V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

A TEORIA DINÂMICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

LA TEORÍA DINÁMICA Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

Agnes Carolina Hüning [1]
Liane Francisca Hüning Pazinato [2]

Resumo

RESUMO A pesquisa versa sobre “A Teoria Dinâmica e a Inversão do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, que possui como objetivo evidenciar teoria dinâmica da prova prevista no novo código de processo civil, analisando para tanto, o ônus da prova e sua possibilidade de inversão, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, realizando uma análise integrativa entre as legislações gerais e específicas apontando as principais mudanças que a previsão dessa teoria trouxe para o juiz e para o processo. O estudo se desenvolverá através de pesquisa bibliográfica, com a análise doutrinária e das normas jurídicas.

Palavras-chave: Palavras-chave: processo civil, Prova, Teoria dinâmica, Ônus. inversão

Abstract/Resumen/Résumé

RESUMEN La investigación versa sobre "La Teoría Dinámica y La Inversión de la Carga de la Prueba en el Nuevo Código Procesal Civil Brasileño", tiene como objetivo conocer la teoría dinámica de la prueba, prevista en el Nuevo Código Procesal Civil, analizando para ello la carga de la prueba y la posibilidad de invertir la persona sobre la cual recae dicha. Realizando análisis integrativo entre legislaciones generales y específicas, destacando los principales cambios que ha previsto dicha teoría, tanto para el juez como para el proceso. El studio desarrolla a través de la literatura, con análisis doctrinal y normas legales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: procedimiento civil, Prueba, Teoría dinámica, Lien, Inversión

[1] Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP e mestranda em direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

[2] Mestre em direito pela UFSC. Doutora em direito pela PUCRS e professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema “A Teoria Dinâmica e a Inversão do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, na qual buscar-se-á analisar o problema da aplicação da teoria dinâmica da prova e inversão do seu ônus advindos com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, o qual prevê a possiblidade do juiz inverter o ônus da prova, facilitando assim a produção da mesma pelas partes litigantes. Nesse sentido, os objetivos da seguinte pesquisa serão evidenciar a origem da teoria dinâmica da prova e sua aplicação no novo Código de Processo Civil Brasileiro, bem como, analisar o ônus da prova e sua possibilidade de inversão existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, iniciar-se-á abordando a prova no ordenamento jurídico, o procedimento probatório e os poderes instrutórios do juiz brasileiro. Feito isso, avançar-se-á, para análise do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil e, a seguir, para o ônus de fato negativo. Por derradeiro, o presente estudo ruma a análise da teoria dinâmica da prova, no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a qual possibilita ao magistrado realizar a distribuição diversa do ônus da prova, prolatando assim uma decisão mais justa as partes litigantes.

Justificar-se a presente pesquisa e sua importância para o mundo acadêmico e profissional, uma vez que o Novo Código do Processo Civil prevê a possibilidade do juiz modificar a carga probatória, realizando a alteração do ônus da prova, a fim de facilitar sua produção, o que dará ao magistrado maior subsídio e fundamentação para prolação da decisão, pois as provas são primordiais para o convencimento do julgador, e para a resolução do conflito existente. Diante disso, poderá ter o juiz maior embasamento, uma vez que as provas serão mais robustas, o que possibilitará sua aproximação da verdade real dos fatos, prolatando, assim, uma decisão mais justa e equânime, atendendo aos fins sócias.

Utilizar-se-á para tanto o método hipotético-dedutivo, e quanto a técnica de pesquisa a mesma será bibliográfica, com análise doutrinária, através da coleta de dados em fontes disponíveis efetuando uma seleção de documentos e afins a temática, capazes e suficientes para que se responda o problema proposto, expondo os resultados.

2 A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo auxilia as partes a eliminar conflitos existentes entre elas, bem como possibilita a ela defender um direito que entende ser seu. No que se refere a essa temática, é importante observar o seguinte entendimento:

> O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição se opera (instrumento para a positivação do poder. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 297).

Contudo, é necessário que a parte, ao defender seu direito, faça prova dos fatos alegados, para assim, convencer o magistrado, a quem esta é destinada, a julgar a ação a seu favor. Diante disso, pode-se verificar a importância das provas produzidas nos autos, tendo em vista que são elas que formaram o convencimento do juiz e darão a ele meios de fundamentar sua decisão. Diante disso, passa-se a analisar o procedimento probatório e os poderes instrutórios do juiz.

2.1 Procedimento probatório

Importante observar que o procedimento probatório assume um papel relevante na instrução processual, haja vista que a apresentação das provas possibilita a descoberta da verdade, principalmente se considerarmos que o juiz não pode basear-se apenas nas alegações das partes. A função primordial do procedimento probatório, incluindo provas testemunhais, periciais, documentais, é nortear a ação julgadora do juiz, para que seu julgamento seja o mais justo possível.

Necessário, então, deslindar o significado da prova.

O vocábulo prova vem do latim *probatio*, que segundo Francisco Augusto das Neves e Castro (apud PACÍFICO, 2001, p. 18) significa “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. Sabe-se que a prova é feita sobre as alegações dos fatos, não destes em si, tendo em vista que não se pode afirmar ser um fato verdadeiro ou não, pois os fatos apenas existem ou inexistem, suas alegações que podem ser verdadeiras ou falsas, pois estas decorrem de juízos valorativos ou de impressões de seus espectadores.

Não são todas as alegações feitas pelas partes que serão objeto de prova. De acordo com o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 374 (art. 334 do antigo CPC) não dependem de prova os fatos: notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo como incontroversos e, os que em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, como datas comemorativas e acontecimentos históricos, aqueles que fazem parte da cultura das pessoas, sendo um conceito relativo, pois o que pode ser notório para um grupo de pessoas para outro pode não ser. No entendimento de Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga (2007, p. 26-27):

> Os fatos notórios devem apresentar as seguintes características: a) a notoriedade é um conceito relativo: há fatos conhecidos apenas para cristãos; há fatos conhecidos apenas em um país; assim, para que seja considerado notório, um fato não precisa ser conhecido por todas as pessoas; b) para ser notório, não precisa ser necessariamente conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser: o juiz pode ignorar que a colheita do café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório; dessa forma, pode-se dizer que é notório o fato conhecido ou que, de acordo com a cultura média do homem, *poderia* ser conhecido; c) para ser notório, não se precisa ter com ele uma relação direta: todos sabemos que no dia 07 de setembro de 1822 houve o grito do Ipiranga, sem que tivéssemos estado lá.

Já os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, são aqueles fatos alegados por uma das partes e admitidos pela outra, nos termos do art. 389 do Novo Código de Processo Civil (art. 348 do antigo CPC). Nesse sentido, importante ressaltar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 282-283, grifo do autor):

> A confissão efetiva constitui conduta positiva ou atitude da parte realmente ocorrida no mundo fático, e que, por isso, foi presenciada pelo juiz (ou por outra pessoa habilitada a documentá-la), não podendo ser desprezada. Ao contrário, a confissão ficta consiste em mera ficção jurídica – imposição do legislador -, sendo de somenos relevância se reflete ou não o efetivamente ocorrido. Dessas idéias, pode-se desde logo perceber que a confissão efetiva representa argumento (para o juiz) robusto e quase insuperável, já que consiste no reconhecimento, pela parte adversa, efetivamente se passou da forma como narrado. Já a confissão ficta, como ficção de confissão que é advém de mera imposição legal (de regra abstrata e genérica), sendo desvencilhada dos fatos concretos da causa.
> Por outro lado, a lei admite a confissão judicial ou extrajudicial. A confissão extrajudicial deve ser realizada por escrito, em documento endereçado à parte contrária – ou a quem a represente (art. 353 do CPC). Quando endereçada a terceiro, sua valoração dependerá do exame da prova

> testemunhal, resultante do depoimento daquele que ouviu ou leu a "confissão", o que é suficiente para retirar muito de sua eficácia. Ademais, a confissão extrajudicial feita na forma oral somente tem valor quando a lei não exige prova literal (art. 353, parágrafo único, do CPC).

Fatos incontroversos são aqueles sobre o qual as partes concordam, ou seja, aqueles fatos que não restam dúvida. Como, por exemplo, ocorre em uma ação de cobrança, na qual o autor alega que o réu lhe deve R$ 100,00 (cem reais), enquanto o réu, ao responder a ação, alega lhe dever somente R$ 60,00 (sessenta reais), este é o valor incontroverso. Diante disso, pelo princípio da economia processual, independem de prova.

Quanto aos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade, estes também independem de prova, neste caso o legislador prevê de forma antecipada a veracidade de determinados fatos. No que se refere a essa temática importante destacar o entendimento de Humberto Theodoro Junior (2004, p. 377):

> Também são inteiramente desnecessárias e inúteis as provas de fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Assim, o filho nascido nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal não precisa provar que sua concepção se deu a constância do casamento (Código Civil de 2002, art. 1.597, III; CC de 1916, art. 338,II). E o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento (Código Civil de 2002, art. 1.206; CC de 1916, art. 495).

Diante disso, carecem de prova os fatos controvertidos e relevantes apontados pelas partes, bem como as afirmações que embasam o seu pedido. No que se refere a essa temática, é importante observar o seguinte posicionamento de Fábio Costa Soares (2006, p. 103-104):

> A prova é feita sobre alegações em relação a fatos relevantes e controvertidos narrados pelas partes, dos quais se busca extrair conseqüências jurídicas e fundamentam a pretensão. A relevância e a controvérsia dos fatos para o julgamento da lide e pronunciamento do juiz sobre a pretensão são aspectos a serem abordados para a definição do objeto da prova em determinado processo.
> Assim, não é qualquer alegação que será objeto de prova. É dizer, nem todos os fatos alegados pelas partes integrarão a atividade de instrução probatória a ser desenvolvida sob a direção matéria do juiz, destinatário da prova, que devem ser por ele considerados (valorados) no momento de prolação da decisão.

No entanto, há um procedimento probatório para que tais provas sejam transferidas para os autos do processo. Segundo Francesco Carnelutti (apud ZOLANDECK, 2009, p. 76) o procedimento probatório corresponde aos "atos pelos quais as provas são propostas, deferidas

e indeferidas, determinadas *ex officio* pelo órgão jurisdicional e produzidas". Existem diferentes posicionamentos doutrinários quanto às fases do procedimento probatório, todavia, o de maior relevância prevê a divisão desse procedimento em quatro fases, sendo essas: a proposição, a admissão, a produção e a valoração da prova.

A proposição compreende o momento que a parte oferece, ou como o próprio nome já diz, corresponde ao momento que a parte propõe a produção de uma determinada prova Em regra, o autor deve indicar as provas que pretende produzir na inicial, e o réu deve indicá-las na contestação.

No entendimento de Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 23):

> Proposição: Consiste no oferecimento, formulado pela parte, de demonstrar um fato, já determinado, por certo meio de prova. No sistema do nosso CPC, a proposição é ato da parte, devendo ser indicada no primeiro ato de postulação. As partes deverão indicar as provas ditas constituendas, ou seja, as provas por fazer (perícia, depoimento da parte, etc.), pois as provas constituídas deverão ser produzidas nos atos de postulação, como os documentos substanciais ou fundamentais.

Para tanto as partes, no momento da proposição devem indicar quais provas, mesmo que genericamente, pretendem produzir, bem como sua finalidade. Além disso, a decisão que defere ou indefere a produção de uma determinada prova também terá que ser fundamentada, devendo o magistrado indicar os motivos pelos quais optou por sua rejeição.

Diante da proposição de provas passa-se a análise da segunda fase do procedimento, que é a admissão da prova, momento no qual o magistrado analisa e examina o cabimento das provas propostas pelas partes e defere a produção de determinadas provas, ou seja, decide quais delas tem relevância para o feito e, assim, poderão ser produzidas. Nesse sentido se manifesta Marinoni e Arenhart (2008, p. 293):

> Uma vez requerida a prova, cabe ao órgão jurisdicional examinar do cabimento e da conveniência em realizar-se tal prova. Esta é, então, a fase de admissão da prova. Exerce aqui o juízo de decisão a respeito da prova requerida, admitindo-a ou não, levando em conta a hipotética utilidade da prova no processo (a viabilidade de que a prova solicitada venha efetivamente a contribuir com o resultado do processo), bem como sua admissão pelo direito positivo. Para que o magistrado possa decidir adequadamente sobre a admissão ou não da prova solicitada, deve, obviamente, o requerimento ser específico – não se admitindo seja genérico

> e indeterminado -, devendo mencionar o tipo de prova a ser produzido, sua determinação (qual o documento ou, ainda por exemplo, que tipo de perícia se pretende) e sua finalidade (a que alegação de fato se destina).

Aceitas as provas, passa-se a terceira fase do procedimento probatório que é a produção da prova, que consiste, no entender de Theodoro Junior (2004, p. 391) "em diligência do juiz e seus auxiliares e das próprias partes, realizada para que a prova se incorpore materialmente nos autos."

Produzida a prova ela passa a incorporar o processo como um todo, e assim pode ser utilizada por qualquer das partes, conforme prevê o princípio da comunhão das provas. Nesse sentido importante ressaltar o entendimento de Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 23):

> Produção: Consiste na reprodução, no processo, dos fatos afirmados pelas partes. É o ato pelo qual se averiguam os fatos afirmados pelas partes. A audiência de instrução e julgamento é a fase procedimental típica para a produção das provas orais. Há exceções: pessoas enfermas (art. 336, CPC), pessoas egrégias (art. 411,CPC); prova documental, que se produz, de regra, no momento do ato postulatório inicial. A prova, uma vez produzida, pertence ao processo e pode ser utilizada por qualquer das partes; a prova produzida desgarra-se de quem a produziu e passa a pertencer à comunidade processual – a isso se confere o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova.

Após a produção passa o magistrado a última fase do procedimento, a valoração da prova, que de regra é feita na sentença ou na decisão de tutela antecipatória, momento no qual o juiz demonstra qual das provas produzidas o convenceu, e assim teve relevância para a decisão do feito.

Existem três critérios de valoração das provas, sendo estes o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional. Nesse sentido importante ressaltar o entendimento de Theodoro Junior (2003, p. 378, grifo do autor):

> O critério legal está totalmente superado. Nele o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente.Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevalecia as *ordálias* ou *juízos de Deus*, os *juramentos*.
> O sistema da livre convicção é o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova, como ao método de avaliação [...]

> Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, o sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.
> Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.

O critério adotado pelo sistema processual brasileiro é o do livre convencimento motivado, também chamado de sistema da persuasão racional, ou princípio da persuasão racional, o qual prevê que o juiz apreciará a prova, devendo indicar as razões de seu convencimento, nos termos do art. 371 do Novo Código de Processo Civil.

Dessa forma, pode-se perceber, previamente, que o destinatário da prova é o juiz, e que através das provas produzidas nos autos busca a verdade real dos fatos. Todavia, este tema será analisado no próximo ponto.

2.2 Poderes Instrutórios do juiz brasileiro

Conforme tratado no item anterior a finalidade da prova é convencer o juiz, sendo este, então, seu principal destinatário. No Novo Código de Processo Civil o juiz poderá, caso entender necessário, determinar de ofício a realização da prova que julgasse prescindível, nos termos do art. 370 (conforme antigo art. 130 do anterior Código de Processo Civil). Diante disso, como se pode perceber o destinatário da prova continua sendo o juiz, que possui amplos poderes instrutórios para tanto.

Além disso, dispõe o princípio da inércia da jurisdição que esta deve aguardar a iniciativa da parte, ou seja, como regra o judiciário somente irá agir depois de provocado. Contudo, o juiz não poderá ser somente um árbitro na demanda, tendo em vista que ele busca a verdade real dos acontecimentos. Para tanto, tem o dever de atuar, não em substituição das partes, mas junto destas, caso esteja com dúvidas e entenda haverem provas relevantes ao feito, e nesse caso ordenar sua produção de ofício, como no caso de uma prova pericial, ou

havendo a possibilidade, que está seja produzida pela parte. Diante disso, importante destacar o entendimento de Rui Portanova (2008, p. 72):

> Por princípio, a jurisdição é inerte, mas nem por isso deve ser inócua. Ou seja, a jurisdição necessita da ação para dar início a sua movimentação, mas depois disso movimenta-se por impulso oficial. Quer dizer, o andamento do processo dá-se independente da vontade das partes. Ademais, ocorrendo eventos processuais que desatam interesse público e levem à extinção do processo, como falta de condições da ação ou de pressupostos, o juiz poderá conhecer de ofício.
> Não se deve esquecer o cunho liberal que se encerra no princípio da inércia. A jurisdição está aberta a todos, ricos e pobres, competentes e incompetentes, espertos e ingênuos. Por isso, movimentada a jurisdição, o princípio igualizador oferece meios para que todos cheguem ao final de um processo substancialmente justo. O desafio do processualista atual é, possibilitar que o Judiciário Cível não seja local privilegiado de vitórias dos competentes, dos espertos e dos ricos, e o Judiciário Criminal, local e de derrota dos pobres.

Outrossim, importante ressalvar que seus poderes instrutórios, no entanto, não são ilimitados, justamente para não permitir um processo inquisitivo, bem como que o juiz transforme-se em um investigador, visando, dessa forma, manter sua imparcialidade na causa. Nesse sentido importante destacar o entendimento de Theodoro Junior (2003, p. 381):

> O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório. O juiz pode ordenar a produção de provas não requeridas pela parte mas não pode tornar-se um investigador ou um inquisitivo.

Importante ressalvar que conforme visto, apesar do juiz possuir amplos poderes instrutórios de acordo com o princípio da motivação, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, obrigatoriamente todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser motivadas. Conforme o entendimento de Portanova (2008, p. 248):

> A motivação é uma obrigatoriedade em todas as decisões emanadas do Poder Judiciário. Nenhum juiz cível está obrigado a fundamentar todas as citações que determina. No entanto, diante das peculiaridades de cada caso concreto, sequer está afastada a possibilidade da exigência de fundação, inclusive de despachos de mero expediente. Por isso, em princípio é possível dizer que a obrigatoriedade se estende tanto a despachos como a sentenças, tanto a decisões de caráter administrativo como eminentemente jurisdicionais e em qualquer grau de recurso.

Dessa forma, ficam demonstrados os amplos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista que ele na busca da verdade poderá, em caso de dúvida ou entendendo necessário, determinar a produção de provas que não foram produzidas pelas partes, ou seja, redistribuir o ônus de produção de provas previsto no art. 373 do CPC.

3 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é aplicado, de regra, a todos os processos, atendidas as suas peculiaridades. O Código de Processo Civil de 1973 trazia, em seu art. 333 a regra de distribuição desse ônus, segundo ele cabe ao autor produzir prova de fatos constitutivos de seu direito, e ao réu de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, o qual foi reproduzido no art. 373 do Código de Processo Civil de 2015. Traz, ainda, em seu § 3º a possibilidade das partes convencionarem de forma diversa a produção de determinada prova, salvo em se tratando de direito indisponível, ou caso se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

Consoante pode-se observar o autor faz prova de fatos que constituem o seu direito, e não de fatos que não o impedem de constituí-lo, ou seja, fatos negativos não constituem objeto de prova, decorrente do brocardo *negativa non sunt probanda*.

3.1 O ônus da prova no Novo Processo Civil Brasileiro

Inicialmente, para se saber de quem é o ônus de determinada prova é importante destacar a localização das partes no processo, ou seja, quem é o autor e quem é o réu daquela demanda, pois ao réu cabem diversas formas de resposta, entre elas, a contestação, exceção e a reconvenção, sendo a contestação o meio, por excelência, do exercício do direito de defesa.

Recebida a petição inicial, o Novo Código de Processo Civil trouxe, ainda, uma alteração bem significativa, a fim de estimular a autocomposição, prevista no art. 334, que disciplina o procedimento da audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias, sendo que a citação do réu deverá ocorrer com 20 dias de antecedência. Essa audiência não irá ocorrer somente no caso das partes manifestarem, de forma expressa, seu desinteresse.

O réu poderá oferecer contestação, no prazo de 15 dias, contados da data da audiência de conciliação ou mediação, do protocolo do pedido de cancelamento da audiência ou, nos demais casos, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos termos do art. 231 do Novo Código de Processo Civil.

Na contestação pode o réu atacar conteúdo de defesa processual, sendo esta dividida em própria ou imprópria e, posteriormente efetuar a defesa de mérito divida em direta ou indireta, nos termos dos art. 336 e art. 337 do Novo Código de Processo Civil (art. 300 e art. 301 do Código de Processo Civil de 1973).

Em preliminar, consoante previsto no art. 337, cabe ao réu destacar o conteúdo de defesa processual (própria e imprópria), as quais são: a inexistência ou nulidade de citação; a incompetência absoluta; a inépcia da petição inicial; perempção; litispendência e coisa julgada; conexão; incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização; convenção de arbitragem; carência de ação; falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. Nesse sentido importante destacar o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida (2008, p. 389-390):

> Denominam-se preliminares as matérias previstas no art. 301, porque logicamente sua análise precede à análise do mérito. Assim, antes de contestar o mérito cabe ao réu alegar:
>
> a) Inexistência ou nulidade de citação. Não existindo, ou sendo nula, a citação, o processo não se terá formado, e a eventual sentença proferida em processo sem citação válida não produzirá efeito.
>
> Se o réu alega falta ou nulidade de citação em preliminar de contestação, e consequentemente já produz a defesa, o vício está sanado, com o comparecimento espontâneo (art. 214, § 1º). Se o réu comparece, independentemente de contestação, apenas para alegar a falta ou nulidade de citação, e sendo esta reconhecida, considerar-se-á como realizada a citação na data da intimação da decisão (art. 214, § 2º), iniciando-se aí o prazo para a resposta. Se, todavia, o réu alegar a falta ou nulidade de citação, em preliminar de contestação, comparecendo fora do prazo, sendo reconhecida a nulidade, a revelia estará afastada.
>
> b) Incompetência absoluta. A alegação de incompetência absoluta independe de exceção e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 113, caput). Todavia, porque é nulo todo e qualquer ato decisório proferido por juiz absolutamente incompetente, deve o réu, por economia processual, arguir a incompetência absoluta, se existente, já no início da contestação, caso contrário, responderá integralmente pelas custas resultantes do retardo (art. 113, § 1º).
>
> c) Inépcia da petição inicial. A petição inicial é inepta quando lhe faltar pedido ou causa de pedir, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, o pedido for juridicamente impossível ou

contiver pedidos incompatíveis entre si (art. 295, parágrafo único). Se o juiz não indeferir liminarmente a petição inicial inepta (art. 295, I), poderá o réu arguir, na contestação, a inépcia, objetivando a extinção do processo sem julgamento de mérito.

d) Perempção. É a proibição de o autor intentar novamente a ação, contra o mesmo réu e com o mesmo objeto, se deu causa, por três vezes, à extinção do processo, por não promover os atos e diligências que lhe competiam (art. 268, parágrafo único, e art. 267, III).
Todavia, como a perempção apenas atinge o direito de ação, mas não o direito material, fica ressalvada ao autor a possibilidade de alegar seu direito como matéria de defesa, caso venha a ser acionado.

A inépcia da inicial ocorre quando não estiverem presentes uns dos requisitos da ação, previstos no art. 330, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (art. 295, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil de 73), quais são a falta de pedido ou causa de pedir, quando o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais, quando da narração dos fatos não levar a sua conclusão, e quando o pedido for impossível. No mais, importante destacar, novamente, o entendimento de Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 390-391):

e) Litispendência e coisa julgada. A matéria vem tratada no Código de Processo Civil da seguinte maneira, no art. 301: "(...) § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º. Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º. Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

Portanto, se houve a propositura de uma mesma ação contra um mesmo réu, contendo o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, com a citação válida (art. 219), ocorre a "lide pendente". A segunda ação (ou a mesma, pois em verdade é repetição da ação já proposta), na qual a litispendência será alegada como preliminar, não poderá prosseguir, e o processo será extinto, sem julgamento de mérito (art. 267, V).

Da mesma forma, se houve ação com as mesmas partes, pedido e causa de pedir, julgada por sentença de mérito, já não mais sujeita a recurso, a repetição dessa ação (identidade de elementos – partes, pedido e causa de pedir) caracteriza coisa julgada, e o destino dessa segunda ação (ou dessa ação repetida) também será o seu interrompimento, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 267, V).

A litispendência e a coisa julgada são, pois, matérias de defesa, embora possam ser conhecidas de ofício, a ser alegadas antes do mérito, porque, se ocorrentes, impedem o prosseguimento da ação, porque ou ela já foi objeto de provimento jurisdicional, ou ainda está pendente de julgamento. De qualquer modo, esse meio de defesa impede a repetição de ações com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir.

f) Conexão. Trata-se de defesa processual imprópria, porque a conexão, se verificada, não extingue o processo, mas apenas ocasiona a modificação da competência relativa (a absoluta não se prorroga), reunindo dois ou mais processos que se encontrem em juízos de idêntica competência,

para que sejam julgados simultaneamente (art. 105). Nesse caso, a fixação da competência dá-se por prevenção.

Embora não haja expressa menção no art. 301, VII, também a continência poderá ser alegada, pois, se verificada, a consequência é idêntica à da conexão, ou seja, reunião de processos.

g) Incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização. São pressupostos processuais, cuja falta pode acarretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Alegado o vício, o juiz suspenderá o processo, marcando prazo razoável para que o defeito seja sanado (art. 13, caput). Caso o autor não cumpra a determinação no prazo assinado, os atos por ele praticados serão anulados (art. 13, I), ocasionando a extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267, IV).

h) Convenção de arbitragem. Quando o litígio envolve direitos patrimoniais disponíveis, as pessoas com capacidade para contratar podem convencionar a arbitragem (art. 1º da Lei 9.307/96). Esta pode ocorrer antes ou no curso do processo, e em qualquer caso ocasiona a extinção do processo (art. 267, VII), porque a convenção implica renúncia à jurisdição estatal, e a controvérsia será dirimida pelo árbitro, e não pelo juiz. Se as partes convencionarem a arbitragem e, mesmo assim, o autor propôs a ação, cabe ao réu alegar a existência do pacto, em preliminar de contestação.

A existência da convenção de arbitragem, tratando-se quer de cláusula compromissória, quer de compromisso arbitral, é matéria que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, devendo ser alegada pelo réu (art. 301, IX e § 4º).

i) Carência de ação. É a consequência da falta de qualquer das condições para o exercício do direito de ação (legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica de pedido). Faltando qualquer delas, o processo será extinto, sem julgamento do mérito (art. 267, VI).

j) Falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar. Há casos em que a lei exige, para propositura da ação, que o autor preste caução, como ocorre, por exemplo, quando o autor residir fora do Brasil, ou dele de ausentar na pendência da demanda, e não tiver, no País, bens imóveis suficientes para garantir o pagamento das custas e honorários advocatícios da parte contrária (art. 835).

Feita a defesa preliminar, caso necessária, passa, então o réu à defesa de mérito, a qual poderá ser direta ou indireta. Na defesa de mérito direta a parte requerida nega a ocorrência dos fatos alegados pelo autor na inicial, ou relata que tais fatos ocorreram diferentemente, ou ainda os aceita como verdadeiros, mas discorda das consequências pretendidas pela parte autora. Já na defesa de mérito indireta ele não nega os fatos alegados pelo autor, mas assim apresenta fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele, como por exemplo, quando o autor propõe uma ação de cobrança e a parte requerida, em contestação, não nega a existência daquele fato, contudo, relata já ter efetuado o pagamento daquela dívida. Nesse caso, o réu não busca defender-se nem dos fatos, e nem das consequências jurídicas apresentadas pelo autor, mas ele traz ao processo fatos novos que

podem alterar o pedido da causa. De acordo com o entendimento de Theodoro Junior (2003, p. 342):

> Quando o réu ataca o fato jurídico que constitui o mérito da causa (a sua *causa petendi*), tem-se a defesa chamada de mérito.
> O ataque do contestante pode atingir o próprio fato arguido pelo autor (quando, por exemplo, nega a existência do dano a indenizar), ou suas consequências jurídicas (quando reconhecido o fato, nega-se-lhe o efeito pretendido pelo autor). Em ambos os casos, diz-se eu a defesa de mérito é direta.
> É direta, porque dirigida contra a própria pretensão do autor e objetivando destruir-lhe os fundamentos de fato ou de direito.
> Mas a defesa de mérito pode, também, ser indireta, quando embora se reconheça a existência e eficácia do fato jurídico arrolado pelo autor, o réu invoca outro fato novo que seja "impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (art. 326). São exemplos de defesa indireta de mérito a prescrição e a compensação.

O nosso Novo Código de Processo Civil, em seu art. 373 traz a regra de distribuição do ônus da prova, a qual prevê que o autor provará os fatos constitutivos de seu direito, e réu dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Prevê, ainda, em seu § 3º a possibilidade de inversão desse ônus, a qual decorre de convenção entre partes, salvo em se tratando de direito indisponível ou quando se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

No entanto, entendem alguns doutrinadores que tal convenção é ineficaz, tendo em vista a natureza pública da matéria, ou seja, os poderes instrutórios do juiz prevalecem sobre a convenção das partes quanto ao ônus da prova. Apesar disso, pacífica é a possibilidade de convenção das partes quanto as provas, excetuadas aquelas restrições, tanto que o legislador introduziu no Novo Código de Processo Civil tal previsão.

Importante ressaltar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, VI prevê a nulidade da convenção caso esta traga prejuízo ao consumidor. No que se refere a essa temática, é importante observar entendimento de Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 59):

> Permite o CPC, parágrafo único do art. 333, às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova mediante convenção, formada antes ou no curso do processo.

> É passível de invalidação,entretanto, a convenção, que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando : a) recair sobre direito indisponível da parte; b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
> O art. 51, VI, do CDC cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC, que expressamente permite negociação da distribuição do ônus da prova, limitando-a nos dois incisos previstos neste dispositivo.

Conforme visto o juiz pode julgar de forma favorável o processo para quem não cumpriu com o seu ônus probatório, pois as provas, depois de produzidas, incorporam o processo. Entretanto, é importante para as partes que se esclareça previamente, a quem incumbe a produção de determinada prova, para que assim está tenha, ao menos, a possibilidade de produzi-lá, tendo em vista que caso haja o descumprimento de seu ônus ela assume o risco de arcar com uma decisão desfavorável, sem muitas vezes, sequer saber, até prolatada a sentença, que ela era responsável pela produção de uma determinada prova importante para o deslinde do feito.

Diante disso, pode-se perceber que este é o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico quanto ao ônus da prova, admitidas, exceções como a teoria dinâmica da prova.

3.2 O ônus da prova de fato negativo

Conforme visto anteriormente, a parte requerida poderá apresentar a defesa de mérito de duas formas, direta e indireta, sendo que na defesa de mérito direta a parte ré nega os fatos alegados pela parte autora na petição inicial, ou seja, simplesmente diz que tais fatos não aconteceram ou, ainda, relata que estes ocorreram de forma diversa. Nesse caso, ocorre a negativa de fatos, ficando assim a parte requerida desincumbida de qualquer prova, pois caberá a parte autora produzir prova de que aquele fato aconteceu, fazendo assim, prova de fato constitutivo de seu direito.

No entendimento de Zolandeck (2009, p. 122):

> Cabe esclarecer, inicialmente, que há diferença entre fato negativo, que precisa ser provado, da negativa dos fatos. A solução é simples. Explica-se: o réu, na contestação, ao negar a existência do fato, tal como alegado pelo autor, não opondo outro fato extintivo, modificativo ou impeditivo, não atrai para si o ônus da prova, ou seja, não precisa provar nada, basta negar. Consequentemente, recai sobre o autor a necessidade de provar que o fato existiu.

> No entanto, quando se trata de fato negativo como pressuposto para constituição de um direito, precisará ser provado por quem alega. Assim como os fatos positivos, os negativos, quando se busca alguma declaração também devem ser objeto de prova.

Entretanto, fato diverso ocorre quando o próprio fato negativo constitui um direito, ou seja, a parte afirma que determinado fato não ocorreu e, isso gera um direito, e, dessa forma precisará ser provado, nos termos do art. 373, § 1º do Novo Código de Processo Civil.

Diante disso, consoante se pode observar não é impossível constituir prova de fato negativo. A simples negativa de fatos é que não pode ser provada, ou seja, dizer que aquilo que foi alegado pela parte não corresponde a verdade. Entretanto, quando o fato negativo é que constitui o direito da parte, este deve ser provado por ela, como qualquer outro.

4 A TEORIA DINÂMICA DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto anteriormente no Código de Processo Civil de 1973 o ônus da prova era de quem alegava, nos termos do art. 333 daquele Código, podendo o juiz determinar a produção da prova que ele entendesse necessária para o deslinde do feito, conforme previsto no art. 130 do Código de Processo Civil de 73.

Todavia, o Novo Código de Processo Civil trouxe em seu art. 373 a teoria dinâmica da prova, que nada mais é do que a possibilidade de inversão do ônus da prova, feita pelo juiz, desde que, consoante prevê o § 1º do art. 373, por decisão fundamentada, bem como, que seja possibilitada as partes a produção daquela prova, ou seja, dada a parte a oportunidade de se desincumbir desse ônus.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, teve sua origem na Argentina, conhecida como Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas, tendo como mentor Jorge W. Peyrano. Essa teoria tem como fundamento que o ônus de determinada prova deve ser atribuído a parte que tem maior possibilidade de produzi-la, não importando assim, a posição daquela no processo, pois é o juiz que irá, ao analisar o caso concreto, decidir qual das partes tem melhor condição de produzir aquela determinada prova. No entender de Soares (2006, p. 179-180, grifo do autor):

> O Código de Defesa do Consumidor adotou os postulados da teoria das cargas probatórias dinâmicas no artigo 6º, inciso VIII, na medida em que permite ao julgador mitigar e eliminar as consequências da ausência de produção da prova sobre fatos relevantes para o julgamento da causa de acordo com as regras clássicas de distribuição do *onus probandi*, diante das circunstâncias do caso concreto reveladas pela verossimilhança das alegações do consumidor, ou da sua hipossuficiência, sempre com base nas regras ordinárias de experiência. A inversão do *onus probandi* consagrada no CDC evidencia a adoção da teoria das cargas dinâmicas.

Assim, o legislador brasileiro adotou a teoria das cargas probatórias dinâmicas no Novo Código de Processo Civil, permitindo uma flexibilização das regras quanto ao ônus probatório, visando a busca da verdade dos fatos pelo juiz, da justiça processual e da igualdade entre as partes, para que assim, exista um processo mais justo, evitando que a parte corra o risco de perder uma determinada ação somente pela sua impossibilidade de provar o seu direito. No que se refere a essa temática, é importante observar o entendimento de Antonio Janyr Dall'agnol Junior (apud DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA 2007, p. 62):

> Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito - mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo.

Essa teoria acaba com a anterior rigidez do ônus da prova, tal como já ocorria no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII que prevê a possibilidade do juiz realizar a inversão do ônus da prova, sendo o consumidor parte hipossuficiente na relação, recaindo assim, sobre o fornecedor o ônus da prova sobre as alegações dos fatos. Existido, ainda, a possibilidade de aplicação dessa inversão em outros setores, como ocorre no processo do trabalho, em favor do empregado por ser ele parte vulnerável na relação, assim como o consumidor nas relações de consumo.

Importante referir, ainda que o Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso VIII do art. 6º prevê requisitos necessários para que haja a possibilidade de inversão do ônus da prova, os quais são a hipossuficiência da parte e, a verossimilhança nas alegações. Hipossuficiência está relacionada à deficiência técnica e cultural do consumidor, bem como sua ausência de condições econômicas para arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, ou seja, relacionada ao seu estado econômico, analisado sempre o caso concreto.

Já, a verossimilhança diz respeito à verdade, ao que aparenta ser verdadeiro, se aproxime da verdade.

Como já ressaltado, o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor traz como requisitos necessários, para inversão do ônus da prova a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações. Todavia, para que haja a inversão é necessária a presença dos dois requisitos, ou de apenas um deles? Existe na doutrina divergência quanto a isso, sendo que a corrente minoritária defende que para a inversão devem estar presentes, ao analisar o caso concreto, os dois requisitos.

Entretanto, de acordo com a corrente doutrinária majoritária faz-se necessária a presença de apenas um dos requisitos para que seja possível o juiz determinar a inversão do ônus da prova. Consoante o entendimento de Marinoni e Arenhart (2008, p. 275):

> O art. 6º,VIII, afirma claramente que a inversão do ônus da prova é possível, em favor do consumidor, quando "for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. De modo que basta a verossimilhança ou a hipossuficiência.

No mesmo sentido corresponde o posicionamento de Nelson Nery Júnior (apud SOARES, 2006, p. 200), "não há necessidade de ambas as circunstâncias estarem presentes para que o juiz possa assim agir: basta que uma delas exista."

Todavia, o Novo Código de Processo Civil não traz a previsão de preenchimento de nenhum requisito para que o juiz possa realizar a inversão do ônus da prova, devendo ele buscar a justiça processual, analisando, para tanto, o caso concreto e as características das partes que compõe o processo para, assim, verificar a qual destas possui melhores condições de produção daquela determinada prova.

Essa teoria torna o ônus da prova mais dinâmico, mais justo, uma vez que o juiz vai impor a prova a parte que possui melhores condições de produzi-la, buscando sempre não somente a verdade processual, mas a verdade real dos fatos. Com essa alteração introduzida no Novo Código de Processo Civil, caso o juiz se utilizando da teoria dinâmica da prova, inverta o ônus da prova, ele deverá possibilitar as partes a realização ou produção dessa prova, tornando o processo muito mais justo, que o anterior, uma vez que no Código do Processo

Civil de 1973 o juiz poderia realizar a inversão do ônus da prova na sentença, impossibilitando assim a produção da prova pela parte.

Quanto ao momento processual dessa inversão, trazida à baila pelo Novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou o entendimento de que a inversão deve ser realizada na fase de saneamento do processo, permitindo assim "a parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de prova" (TJMG, 2010, REsp 1186171 MS 2010/0053509-6).

Diante disso, conforme pode-se perceber o Novo Código de Processo Civil manteve a regra geral quanto a distribuição do ônus da prova, anteriormente prevista no art. 333 e agora no atual artigo 373, possibilitando, todavia, que o juiz se utilize da teoria dinâmica da prova e inverta o ônus da prova tornando assim o processo mais satisfatório e justo.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se com a presente pesquisa analisar a alteração prevista no Novo Código de Processo Civil, lei processual brasileira de suma importância, quanto à distribuição da prova, através da teoria dinâmica que prevê a possiblidade de inversão do ônus probatório, a critério do magistrado. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida em três etapas, a primeira quanto a prova no ordenamento jurídico, a segunda quanto o ônus da prova e, por fim, a teoria dinâmica da prova.

Desta forma verificou-se que o juiz poderá resolver o problema da produção da prova quando essa for mais difícil a parte que lhe incumbe, uma vez que a partir dessa nova previsão trazida pelo Novo Código de Processo Civil o magistrado poderá modificar o ônus probatório diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumprir o encargo, desde que o faça de forma fundamentada e, possibilite a parte se desincumbir desse ônus, ou seja, produzir a determinada prova.

Conclui-se com a presente pesquisa que o Novo Código de Processo Civil trouxe uma mudança muito significativa quanto ao ônus probatório, pois prevê a possibilidade de o juiz aplicar a teoria dinâmica da prova e realizar a inversão do ônus processual, flexibilizando assim a carga probatório, devendo oportunizar, todavia, a parte a produção dessa prova, que anteriormente não lhe incumbia. Portanto, o Novo Código de Processo Civil se diferencia do

Código de Processo Civil de 1973 pois possibilita que o juiz busque a verdade dos fatos e não somente a verdade processual, podendo incumbir o ônus a parte que tenha mais facilidade de produção daquela determinada prova, dando assim subsídios ao próprio magistrado para efetuar o julgamento do feito de forma mais justa e igualitária, atendendo aos fins sociais que se propõe.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** v. 2. 8. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil,** v. 2. Salvador: Podivm, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 9. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo.** 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v.4. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A Inversão do ônus da prova:** como garantia constitucional do devido processo legal. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES, Fábio Costa**. Acesso do Consumidor** à Justiça: Os Fundamentos Constitucionais do Direito à Prova e da Inversão do Ônus da Prova. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.