

A APLICABILIDADE DA CARGA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*** WALINGTON CARLOS DE LIMA JÚNIOR**

DOUTORANDO EM CIENCIAS JURIDICAS E SOCIAIS PELA UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO, DE BUENOS AIRES, ARGENTINA.

ADVOGADO.

PROFESSOR DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL, NA FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA, FADIPA.

TEM EXPERIÊNCIA NA ÁREA DO DIREITO, COM ÊNFASE EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL.

**** SILVESTRE EUSTÁQUIO ROSSI PACHECO**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Atualmente é Professor/Pesquisador da Universidade Presidente Antônio Carlos e Professor Universitário da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte.

Tem experiência na área de Direito. Atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Direito Internacional, Direito Internacional Publico, Direito de Integração, Direito Comunitário.

***** JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO SANTOS**

Graduado Em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga e juiz de direito - Tribunal de Justiça.

Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

****** MELINA LUNA DIAS**

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo maior o reconhecimento da Internet, ou Rede Mundial de Computadores, como também é conhecida, como direito fundamental, tratando de forma minuciosa e didática, acerca de sua evolução histórica, bem como sua contextualização e importância no panorama jurídico e social do Brasil. Adiante, elabora um importante estudo acerca da relevância da Internet e da forma como é tratada em outros países do mundo. Por fim, busca analisar como é retratado o direito brasileiro no tocante ao acesso virtual, fazendo uma comparação entre o emergente direito fundamental à Internet e princípios correlatos aos direitos fundamentais estipulados na atual Constituição da República Federativa do Brasil. Reconhece-se ao final, que a Internet possui materialidade Constitucional, com conteúdo e efeitos próprios, podendo, de fato, ser tratada como um direito fundamental.

Palavras-chave: Internet. Evolução histórica. Direitos fundamentais. Direito Comparado. Constituição Federal. Contexto social.

1 INTRODUÇÃO

No processo civil de conhecimento objetiva-se o convencimento dos sujeitos processuais acerca dos fatos ocorridos, utilizando-se elementos probatórios, os quais, em redação dada pelo atual Código de Processo Civil revelam um ônus estático. A teoria clássica distribui prévia e abstratamente o encargo probatório, competindo ao autor o ônus de provar os fatos nos quais sustenta seu alegado direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ao juiz, por sua vez é facultado atribuir o valor que tiver por conveniente às provas estatuídas pelo Códex Processual, e sua liberdade se manifesta em admiti-las ou não. Todavia, essa passividade judicial deve ser mitigada, reconhecendo-se ao juiz de hoje um comportamento mais participativo do processo, na medida em que outros escopos sociais, políticos e jurídicos devem preponderar, tornando o seu papel cada vez mais ativo tanto na produção da prova, em sua valoração, como na repartição do ônus da prova.

Nesse ponto, a Constituição Federal resguarda o direito à prova, como garantia de um justo processo, ao assegurar os princípios do contraditório e ampla defesa, constituindo o que se chama de devido processo legal. De tal modo, a convenção probatória apresenta deficiências quando torna excessivamente difícil para uma das partes a produção da prova.

Assim, a regra clássica consagrada no artigo 333 do Código de Processo Civil e aperfeiçoada por Giuseppe Chiovenda deve ser sopesada com as novas intenções do processo civil contemporâneo que busca a preponderância dos princípios da igualdade, boa-fé, lealdade, veracidade e o da solidariedade com o órgão judicial.

O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar a atual distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, comparando-a com a aplicabilidade da moderna teoria das cargas dinâmicas e as vantagens apresentadas, em meio ao surgimento da proposta de novo código de processo civil.

Procura-se ressaltar uma visão solidarista do ônus da prova, que promove a justa e adequada tutela do direito material, em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas. Para tanto, foi utilizada a metodologia de investigação doutrinária, análise legal e jurisprudencial.

2 TEORIA DA PROVA

2.1 Conceito

O vocábulo prova tem diversas acepções semânticas, com procedência do adjetivo latim *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro. Todavia, no sentido jurídico, e em especial, no Direito Processual Civil, é o meio de obter a verdade dos fatos, ou chegar o mais próximo desta, no decorrer do processo, a fim de que o juiz construa seu convencimento a respeito dos fatos trazidos pelas partes.

Benhtham, citado por Didier Jr., (2011) afirma que a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas.

Isso porque, o juiz deve julgar o processo analisando e valorando as provas produzidas no decorrer do processo, não sendo possível recusar-se a proferir sentença ante a carência probatória.

No entanto, a ideia geral de prova nos remete à busca pela verdade, que nem sempre é aferida quando ao caso concreto é aplicada a regra jurídica abstrata contemplada no ordenamento jurídico.

Essa, pois, a razão pela qual se tem a verdade material, ou substancial, como finalidade ontológica da atividade jurisdicional. Como dizem Taruffo e Micheli, citados por Marinoni e Arenhart (2011, p. 253), no processo, a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado.

Assim, a verdade real é senão utópica uma meta inatingível, devendo-se buscar no processo uma verdade mais próxima do real praticável, com a tentativa das partes de comprovarem a verdade de suas alegações.

Nesse ponto, é a lição de Didier Junior, Braga e Oliveira, para quem:

É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou aconteceu ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 21).

Desse modo, pode-se conceituar prova, segundo Liebman (1971, p. 318) como sendo os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico.

2.2 Objeto

Depreende-se, a partir de sua definição, que a prova não se destina a corroborar fatos, mas afirmações de fato, consistentes em alegações das partes, que devem ser demonstradas no percurso processual. Isso porque, a prova não tem por fim criar a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza.

Tem-se, deste modo, que o objeto da prova, segundo Dinamarco (2009, p. 57) é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para

todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos.

Também em entendimento coincidente esclarece Câmara:

As alegações podem ou não coincidir com a verdade, e o que se quer com a produção da prova é exatamente convencer o juiz de que uma determinada alegação é verdadeira. Alegações sobre fatos, pois, e não os fatos propriamente, constituem o objeto da prova (CÂMARA, 2004, p. 397).

Desse modo, os fatos, compõem o objeto da prova, uma vez que o direito independe de demonstração, excepcionando-se os casos previstos no art. 337, do Código de Processo Civil, quando a parte invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, e o juiz, desconhecendo sua existência, determinar a produção da prova. Conforme disposto no art. 334 do Diploma Processual, também independe de prova a alegação sobre os fatos: notórios, afirmados por uma parte e confessados pela contraparte, admitidos como incontroversos e, ainda, aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Assim, somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados carecem ser provados. As alegações controvertidas, por serem fundamentos divergentes que se excluem, trazem em si a necessidade de serem provadas. Uma parte os afirma e a parte contrária os contesta, não os admitindo como verdadeiros.

Fatos relevantes, por sua vez, são aqueles que têm relação ou conexão com a causa ajuizada, ou seja, os que possuem condições de poder influir na decisão da causa. Mais precisamente, nas palavras de Dinamarco (2009, p. 64) são as condutas ou acontecimentos que, havendo sido alegados na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva pretendida por aquele que os alegou. E, por fim, determinados são os que apresentam características, limites e qualidades intrínsecas capazes de diferenciá-los dos demais que se lhes assemelham.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2006, p. 457) “são, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova”. E nesse sentido, a lei prescreve que o juiz fixará os pontos

controvertidos sobre que incidirá a prova (art. 331, parágrafo 2º e 451 do CPC) ao ensejo de quê para Eduardo Cambi (2006, p. 270) “ponto é todo e qualquer fundamento de fato ou de direito invocado pelas partes ou, eventualmente, suscitado pelo juiz”.

Logo, consideram-se irrelevantes os fatos, física ou juridicamente, impossíveis e, igualmente, aqueles nos quais a prova se mostra impossível por determinação legal ou pela sua própria natureza.

2.3 Destinatário da prova

O discurso das partes objetiva o convencimento do Estado – juiz acerca da validade de suas proposições, que é o destinatário da prova. Aliás, o Código de Processo Civil encampou o Princípio do Livre Convencimento Motivado, podendo o juiz atribuir o valor que tiver por conveniente, às provas estatuídas pelo Códex Processual, e sua liberdade se manifesta em admiti-las ou não.

Nessa linha, Arenhart averba que:

O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas (ARENHART, 1996, p. 688).

Prevalece no processo civil a regra de que às partes compete a busca de provas e a iniciativa de incorporá-las ao processo, ficando a cargo do juiz o seu recebimento, processando-as, para ao final levar em conta os resultados ao julgar. Essa passividade judicial é reconhecida como o processo civil dispositivo clássico, em que o juiz deve ter um comportamento inerte, estático, dirigindo-o tão somente. Segundo Liebman citado por Dinamarco (2009, p. 51) aduz que tanto quanto a iniciativa do processo, a das provas teria também o efeito perverso de favorecer o excessivo envolvimento psicológico do juiz nos conflitos, comprometendo-lhe a imparcialidade.

Djanira Maria Radamés de Sá se posiciona no sentido de compreender o princípio dispositivo como princípio da ação: “I – Dispositivo (CPC, arts. 2º, 128 e 262). Pelo estatuído nos três artigos citados, o interessado tem a disposição da pretensão ao processo. A ele cabe a iniciativa de sua instauração” (SÁ, 1998, p. 29).

Não obstante, tal concepção vem sendo mitigada, posto que guarda resquícios de um direito privado, disponível, superado contemporaneamente, tendo em vista que o direito processual civil é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público.

Assim, reconhece-se que ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo, embora receptor da prova e eivado pelo princípio da imparcialidade, há outros escopos sociais, políticos e jurídicos que devem sobressair.

Pode-se, portanto, enumerar algumas iniciativas probatórias do juiz como: (i) a genérica imposição do dever de assegurar a igualdade entre as partes, trazida no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil; (ii) a determinação ampla, de que o juiz, a requerimento ou de ofício faça realizar todas as provas primordiais à instrução da causa, estatuída no artigo 130 do Códex Processual; (iii) a previsão do artigo 342 do Código de Processo Civil de que o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; (iv) a autorização de inquirir testemunhas referidas para desvendar mais os fatos; (v) a possibilidade de se realizar nova perícia quando a primeira houver sido insatisfatória; (vi) bem como, a previsão de inspeção judicial a ser feita pelo próprio magistrado assegurada pelo artigo 440 do Código de Processo Civil.

Como dito, esse poder do juiz em também dirigir o processo na produção de prova impõe que o próprio sistema do Código de Processo Civil seja interpretado como o de um prudente compromisso entre o princípio dispositivo e seu extremo, o inquisitivo.

Formando o juiz, de tal modo, o livre convencimento racional sobre a ocorrência ou inoccorrência dos fatos, salvaguarda-se o artigo 131 do Código de Processo Civil, porque, segundo Dinamarco (2009, p. 54) permanecendo ele em estado de dúvida, é natural que possa buscar satisfação mediante a realização de novas provas, ainda

quando não requeridas. A esse pensamento, frise-se novamente a importância do artigo 130 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (BRASIL, 2013, p. 261).

2.4 Valoração da prova

O sistema da prova legal desenvolveu-se no processo germânico, arraigado pela superstição e religião. Não obstante, a partir do século XVII, com o iluminismo esse sistema sofreu transformações, simplificando-se com a codificação e o surgimento do princípio geral do livre convencimento.

O nosso Código de Processo Civil segue o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, segundo o qual, o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira a convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e força probante destas.

Todavia, a liberdade na apreciação das provas se sujeita a certas regras, condicionando-se à motivação, bem como aos fatos nos quais se funda a relação jurídica, às provas destes fatos colhidas no processo, às regras legais de prova e às máximas de experiência. Pode-se dizer, segundo Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 41) que o livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não podendo o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo.

Enveredando sobre o tema em comento, Ovídio Baptista Da Silva assevera que o juiz tem o:

dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos (SILVA, 1978, p. 288).

Convém anotar, contudo, que o sistema da persuasão racional, embora seja a regra, comporta mitigações, pois sobrevivem no Código de Processo Civil resquícios normativos do sistema da prova legal ou da prova tarifada, para o qual as provas têm valor certo. Como exemplos, citam-se os artigos 302, 319, 334, IV, 434 e parágrafo, 359, 364, 366, 368, 370, 2ª parte, 373, 376, 378, 379, 401, 406 e parágrafos.

Diante desse panorama, no hodierno estágio da evolução da doutrina processualista civil, desapegada do formalismo exacerbado e com mais discricionariedade do magistrado, admite-se o seu papel cada vez mais ativo tanto na produção da prova, em sua valoração, como na repartição do ônus da prova.

2.5 O direito fundamental à prova

O direito à prova é visto como direito fundamental, embora não esteja elencado como um direito na Constituição Federal, deriva dos direitos ao contraditório, do devido processo legal e ao acesso à justiça.

Sua efetividade importa em reconhecer todo o arauto probatório para que as partes tenham vastas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam, influenciando, de tal sorte, no convencimento do julgador.

Na mesma linha, Eduardo Cambi (2001, p. 166) encara o direito à prova “[...] como um desdobramento da garantia constitucional do devido processual legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”.

Acerca do assunto, expressiva a opinião de Marinoni, para quem:

O direito à prova é resultado da necessidade de garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra VIGORRITI, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo (MARINONI, 1999, p. 258).

Destarte, deve-se assegurar, pois, o emprego de todos os meios de prova indispensáveis para a corroboração dos fatos, como o direito de requerer a produção da prova, de participar da sua produção e direito de se pronunciar sobre ela.

3 ÔNUS DA PROVA

3.1 Noção de ônus

Ônus da prova é um encargo, estabelecido pela lei à parte para que demonstre a ocorrência dos fatos de seu interesse. Sua origem remonta a histórica romana, e foi inserido como regra no ordenamento pátrio a partir de 1939, encontrando-se, atualmente, disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Tanto que, a regra do Código de Processo Civil de que o ônus da prova incumbe a quem afirma encontra resquícios no direito romano, segundo o qual, o ônus da prova não se transferiria ao réu mesmo que negasse os fatos aduzidos pelo autor.

Assim, na atual conjectura, o ônus da prova não deve ser confundido, todavia, como uma obrigação, posto que a inobservância de seu ônus apenas colocará o sujeito em desvantagem perante direito.

Comenta-se, então, sobre o ônus:

Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos poderes e das faculdades, porque o sujeito tem a liberdade para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, conseqüências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita (CAMBI, 2006, p. 315).

Eis o juízo burilado de Alvim Netto, transcrito por Rodrigo Garcia Schwarz, que faz essa diferenciação de maneira brilhante:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente (SCHWARZ, *apud* NETTO, 2006, p. 16).

Desse modo, visto que o ônus não se caracteriza como obrigação das partes, em razão do nosso processo civil dispositivo, fato alegado e não provado equivale a fato inexistente, e, por isso pressupõe-se o interesse das partes em corroborar suas alegações. Segundo Carpes, “permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.

Acrescente-se a esse estímulo às partes de provarem suas alegações, o ônus da prova como regra de julgamento, visto que é defeso ao magistrado escusar-se de julgar alegando insuficiência de provas, como ocorria antigamente no processo civil romano. Logo, ao se deparar com a incerteza, comumente apresentado pela prática processual civil e pelo sistema do livre convencimento motivado, o magistrado utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, para resolver a controvérsia nos casos em que a produção probatória não o convence, ou que estiver deficitária.

3.2 Ônus subjetivo e objetivo

A doutrina divide o ônus da prova em subjetivo e objetivo, ou em ônus formal e material, sendo a última classificação adotada por Barbosa Moreira (1988), referindo-se ao ônus subjetivo, de tal modo:

O desejo de obter vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa (MOREIRA, 1988, p. 74-75).

Na perspectiva de Suzana Santi Cremasco, a função do ônus subjetivo é determinar uma regra de conduta que deverá ser adotada pelos litigantes se almejarem obter êxito

na ação, regra essa que presidirá e norteará a atividade das partes, no curso da instrução.

Consoante o art. 333, I e II, do Código de Processo Civil compete às partes integrantes da relação jurídica processual a prova dos fatos alegados, inclusive em conformidade com a qualificação jurídica destes fatos, para o fim principal de formar a convicção do juiz tido como destinatário da prova.

Ao autor competirá o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu o de provar os fatos extintivo, impeditivo e modificativo do direito do autor. Além disso, cabe também ao réu o ônus da contraprova, isto é, o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

É o que dispõe o artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Pode-se dizer com isso, que o réu pode assumir dois encargos, o de provar a inexistência do fato alegado pelo autor, utilizando-se de uma contraprova, ou o de, admitindo o fato constitutivo do direito do autor, provar os fatos que possam extinguir, impedir ou modificar esse direito.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara, a contraprova que incumbe ao réu é:

A hipótese, de resto bastante provável, de o réu não ter a produzir nenhuma prova sobre a existência de fato extintivo, impeditivo, ou modificativo do direito do autor, mas tendo algum meio de provar a inexistência do fato constitutivo, é que a doutrina afirma caber também ao réu o ônus da contraprova (CÂMARA, 2011, p. 395).

Assim, a regra estática fixada no artigo 333 do Código de Processo Civil sintetiza o problema de se aferir quem responderá em razão da ausência de prova do fato controvertido. Por isso, Eduardo Cambi afirma: “Em suma, o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não-produção”. É esse o ônus subjetivo da prova, uma regra dirigida às partes.

Todavia, mesmo tendo o juiz o poder de determinar a produção de provas, ou, assumindo as partes a consequência de sua não produção, pode ser que ao juiz ainda restem dúvidas no julgamento e então, neste momento, terá de se calçar com as regras técnicas de distribuição do ônus da prova. De tal forma, diz-se que o ônus da prova consiste em regra de julgamento de aplicação subsidiária e simplesmente surgirá caso não haja outro elemento de prova que possa levar à convicção do juiz, independentemente de quem tenha trazido tal elemento.

Pontes De Miranda não faz concessões:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido a prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga, ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado (MIRANDA, apud PACÍFICO, p. 270-271).

E segue Barbosa Moreira comentando acerca do ônus objetivo:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna-se imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material) (MOREIRA, 1988, p. 74-75).

Essa regra de julgamento sustenta a legitimidade do órgão julgador, orientando o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato, e ao mesmo tempo, indica às partes acerca de sua atividade probatória. Eduardo Cambi comenta sobre o tema:

Consequentemente, o ônus da prova em sentido objetivo é uma exigência prática, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à denegação de justiça, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça (CAMBI, 2006, p. 329)

Nesse contexto, válido é o princípio da comunhão das provas, segundo o qual a prova, independente de quem a tenha produzido fica jungida ao processo, ainda que pela

parte sobre a qual não recaísse o ônus inicialmente, conduzindo o magistrado à livre apreciação das provas.

Em resumo, diz-se que o órgão judicial deve se preocupar com o aspecto objetivo do ônus da prova, sem desprezar, contudo o ônus subjetivo, na medida em que servirá à estruturação de sua respectiva atividade probatória.

3.3 O sistema estático de distribuição do ônus da prova positivado no Código de Processo Civil

O vigente Código de Processo Civil de 1973, como visto, adotou a chamada teoria estática de distribuição do ônus da prova, ou seja, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de municiar os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

O Código de Processo Civil ao distribuir o ônus da prova, levou em apreço três fatores, a posição da parte na demanda (se autor, se réu), a natureza dos fatos em que se baseia a pretensão ou exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido) e o interesse em provar o fato. Assim, na literalidade do artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito. Esse dever processual de proceder pode ser traduzido na máxima latina *iudex debet iudicare secundum allegata et probata* (O juiz deve decidir de acordo com as alegações e as provas).

Todo o Código de Processo Civil de 1973 sofreu influência da escola italiana do início do século XX, cuja preocupação basilar era separar o direito processual civil do direito material e, ainda, evidenciar a natureza pública do processo civil. Tal doutrina, guerreada, sobretudo, por Giuseppe Chiovenda, cujos traços estão imersos na ideologia do estado liberal clássico, preocupado em construir as bases da autonomia do processo acabou gerando uma ciência processual indiferente ao direito material, que se pautou em conceitos abstratos que pudessem abarcar quaisquer situações fáticas.

Portanto, a distribuição estática ao se preocupar com a posição em que as partes ocupam no processo e com a natureza do fato probando, deixa cristalina a influência chiovendiana, pois, ignora a realidade concreta dos litigantes.

Destarte, segundo Eduardo Cambi:

O critério de distribuição da prova, adotado no art. 333 do CPC, leva em consideração a posição das partes no processo e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos impeditivos, extintivos e modificativos (CAMBI, 2006, p. 322)

A norma em enfoque deixa transparecer uma preocupação, em nome da garantia da liberdade dos homens, a ideia de igualdade formal de todos perante a lei, vedado ao legislador estabelecer qualquer tratamento diversificado às posições sociais diferentes.

Assim, ao fixar previamente o ônus da prova através de um imperativo inflexível, o Código de Processo Civil de 1973 pretendeu tutelar todos os casos concretos, genericamente, ignorando as particularidades dos fatos objetos de prova.

Ressalta-se que o art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro, em seu parágrafo único permite às partes convenção que distribua o ônus diversamente, desde que não recaia sobre direito indisponível, ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, a Teoria estática, apesar de sua duração, é alvo de críticas apoiadas na dificuldade de se distinguirem os fatos constitutivos dos impeditivos.

A dificuldade para a qualificação está na prévia classificação dos fatos jurídicos. Assim, as condições específicas de uma relação jurídica integram seus elementos constitutivos, enquanto os fatos genéricos, comuns a outros negócios jurídicos, devem ser considerados existentes, independentemente de prova, porque normalmente acompanham os fatos constitutivos. A falta de uma das condições genéricas se constitui em fato impeditivo (HIGINO, 2010, p. 100)

Deve-se, de toda sorte, buscar diferenciar-se, mormente a dificuldade, os fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos para uma melhor compreensão do tema.

O fato constitutivo é aquele que objetiva a criação do direito, devendo o autor pautar-se nos meandros dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil quando da propositura de uma ação. Ou seja, o fato constitutivo é “o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo” (DIDIER JR., 2011, p. 80). Exemplo disso seria a ação de cobrança, em que o credor não possui um título executivo e deseja o reconhecimento de um direito por meio da ação de conhecimento.

Por conseguinte, o fato extintivo é aquele que tem por finalidade aniquilar direitos e obrigações, devendo o réu utilizar-se de todas as matérias de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir, consoante a literalidade do artigo 300 do Código de Processo Civil. Neste ponto, Tesheiner assinala para o interessante detalhe de que um instituto tipicamente processual é qualificado por normas de direito material, tendo em vista que os fatos extintivos são os mencionados no art. 304 e seguintes do Código Civil, como exemplo, o pagamento, a compensação, a dação em pagamento, a novação, a confusão e a remissão da dívida (TESHEINER, 2006, p. 358).

De outra sorte, fato impeditivo é um fato de conteúdo negativo. Assim, carecendo algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico, como a capacidade do agente, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, o direito do autor fenecerá.

Com relação ao fato modificativo, entende-se por aquele que altera a relação jurídica levada a julgamento, tal como a moratória concedida ao devedor.

Comentando o citado dispositivo legal, Luiz Guilherme Marinoni leciona que tal regra:

funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção” justificando que “não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu (MARINONI, 2011, p. 266).

Depreende-se, portanto, que o Código de Processo Civil adotou uma concepção estática do ônus da prova, ao definir previamente e de forma rígida, que cada parte

assume o ônus de provar o que alegou ou de fazer a contraprova, sem se deter a quaisquer particularidades do caso concreto.

Embora se reconheça que tal regra visa à segurança jurídica, valor constitucional inserto no caput do art. 5º da CF/88, entretantes, consagra a visão de um processo civil orientado pela disputa, em que cada parte deve valer-se dos melhores meios persuasivos para ganhar a demanda, sendo indiferente ao juiz eventual desequilíbrio que a realidade concreta possa revelar.

3.4 Modificação do ônus da prova e o momento de sua inversão

Pode-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em inversão legal (*ope legis*) ou normas de inversão judicial (*ope iudicis*). A primeira ocorre quando a lei a determina, aprioristicamente, ou seja, independentemente do caso concreto e da deliberação do juiz. Ocorre uma modificação do ônus da prova estático previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Segundo Didier Junior, Braga e Oliveira, “é, pois, igualmente uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC.”

A inversão *ope legis* é hipótese de presunção legal relativa, visto que a parte que alega o fato está dispensada de prová-lo, incumbindo a outra parte o ônus da prova de que tal fato não aconteceu.

Sobre o tema, importante a contribuição de Marcelo Abelha Rodrigues:

Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente preveem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo (RODRIGUES, 2003, p. 208).

Exemplo da inversão *ope legis* do ônus da prova é o da propaganda enganosa trazida no Código de Defesa do Consumidor:

O art. 38 do CDC determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor - o patrocinador da publicidade: o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária - fazer a prova. É caso de inversão *ope legis*. Rigorosamente falando, nem de inversão se trata, porquanto seja regra aplicável a qualquer situação. Não é caso de inversão de ônus da prova, mas de um redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação (RODRIGUES, 2003, p. 208)

Lado outro, a inversão *ope iudicis* é verdadeiramente uma inversão do ônus da prova, visto que, o legislador não ressalva a regra geral sobre o *ônus probandi*, mas abre ao magistrado a oportunidade para que, ao se deparar com o caso concreto e constatar a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta. Em síntese, a regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil subsiste, todavia, diante da casuística é que o juiz poderá redistribuir o ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão *ope iudicis* do ônus da prova em seu artigo 6º, VIII, quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência, e quando o consumidor for hipossuficiente.

Observa-se que a previsão da inversão do ônus da prova coaduna-se perfeitamente com o princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa, que a própria lei reconhece.

Ademais, a busca por uma igualdade substancial no processo é um dos escopos perseguidos pelo novo diploma processual e neste intento, papel relevante assume a partilha dos encargos probatórios.

No plano processual, a igualdade material está fundada no equilíbrio das armas e consiste em uma garantia estrutural do processo justo, que é assim apresentada por Leonardo Greco:

As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das

circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses (GRECO, 2001, p. 14).

Contudo, só há previsão legal da possibilidade de inversão *ope iudicis* para as causas consumeristas, sendo, portanto, a teoria da distribuição dinâmica da prova a técnica que prestigia o princípio da igualdade e da adequação, não podendo, por isso, ter seu emprego restrito às causas de consumo.

Imperioso fazer-se, neste andamento, uma distinção merecedora de destaque, qual seja, entre o momento de aplicação das regras do ônus probatório e o momento da ciência às partes de que a modificação das regras ocorrerá.

Primeiramente, o momento de aplicação das regras do ônus probatório ocorre quando o juiz está julgando a causa. Quanto ao momento de ciência às partes, há um dissenso entre os doutrinadores. Uma primeira corrente encara o ônus da prova como regra de julgamento, devendo assim ser aplicada no momento de prolação da sentença. Defendem esta tese Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, autores do anteprojeto de lei que culminou no Código de Defesa do Consumidor, além de Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, podendo ainda encontrar-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assentando julgados nesse sentido.

Por sua vez, uma segunda corrente compreende o instituto como sendo regra de procedimento, devendo sua aplicação incidir no decorrer do processo. Advogando nessa questão, estão Antônio Gidi, Voltaire de Lima Moraes, Manoel de Souza Mendes Junior, Carlos Roberto Barbosa Moreira e Rodrigo Xavier Leonardo, encontrando, igualmente, decisões do Superior Tribunal de Justiça baseadas na referida tese.

Também Didier Jr, Braga e Oliveira, entendem que para não ferir as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o juiz deveria proceder a comunicação de inversão às partes no momento do recebimento da petição inicial, ou por ocasião do despacho saneador, ou até o final da instrução.

Não obstante a existência das divergências doutrinárias acima elencadas para assentamento do momento ideal de aplicação do instituto verifica-se que a forma mais eficaz seria na fase instrutória, e nesse sentido são as palavras de Suzana Santi Cremasco, para a qual o:

Momento adequado para a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, pois, o início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante (CREMASCO, 2009, p. 91)

A segunda corrente parece mais acertada, uma vez que evita uma decisão surpresa para os litigantes, devendo o juiz garantir a ciência de que haverá modificação da regra geral do ônus.

4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Origem e definição

Como visto, nem sempre a regra estática do ônus da prova insculpida no Código de Processo Civil soluciona todos os casos práticos que a vida apresenta, proferindo o juiz decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu de seu ônus.

É por esse motivo que a distribuição rígida atrofia o sistema probatório, e sua aplicação, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, “pode conduzir a julgamentos injustos”.

Contra-pondo-se, então, à ideia clássica da distribuição do ônus da prova, destaca-se a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, cujos principais mentores foram Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello através da Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas.

Segundo Wilson Alves Souza:

A Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houver uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa (SOUZA, 1999, p. 243-244).

Advinda da Argentina, a Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas propõe uma flexibilização, diante de casos excepcionais, do ônus estático da prova, para que o encargo probatório recaia, primordialmente, sobre a parte que tem melhores condições técnicas, fáticas ou profissionais para dela se desincumbir, independentemente de sua posição (autor ou réu) ou da natureza do fato (extintivo, modificativo ou impeditivo).

Porém, como bem ressaltado por Cremasco:

Embora se tenha sempre presente que a sua sistematização teria se dado na Argentina, no final do século XX, a doutrina ressalta a aplicação expressa da distribuição dinâmica dos encargos probatórios pelo BGB, na Alemanha, já no início do século passado (CREMASCO, 2009, p. 69).

Ou seja, a preocupação com a dificuldade, às vezes insuperável, que é frequentemente imposta à parte que não tenha a capacidade de produzir provas, já é uma preocupação recorrente do direito sistematizado desde a elaboração do Bürgerliches Gesetzbuch, em 1886.

Destarte, depreende-se que o importante, para tal teoria, é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe de melhor capacidade para suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas, capacidade econômica, ainda que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. É, portanto e originalmente, a substância da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova.

Nesse sentido, conclui-se conforme definição de Jorge W. Peyrano, para quem:

En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la

cual se incumbe la carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva (PEYRANO, 1992, p. 98).

Assim, o postulado mais indicado para a definição da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova é, como preconizado, aquele que condiciona à capacidade das partes, atribuição do dever de produção de provas.

4.1.1 Características

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é posta de tal modo que, se a parte a quem o juiz impôs o ônus probatório não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente. Miguel Kfoury Neto sintetiza didaticamente o dinamismo dessa teoria:

[...] as regras que determinam a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico (KFOURI NETO, 2002, p. 137).

Dessa forma, vê-se uma flexibilização do esquema tradicional do processo para atendimento de um fim maior, isto é, a melhor instrução do processo com relação às provas.

Em obra similar sobre o assunto, Dall'Agnol Júnior anota que:

A distribuição dinâmica leva em conta o processo em sua realidade concreta, desprezando por completo a posição que a parte ocupa (se autor ou réu) ou a espécie do fato alegado (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). A demonstração do fato, ainda que alegado pela parte contrária, cabe àquele que se encontrar em melhores condições de fazê-lo (DALL'AGNOL JÚNIOR, 2001, p. 98).

Observa-se que no pensamento de Dall'Agnol há um aprofundamento da flexibilidade da teoria da distribuição dinâmica, pois, é mitigada até a ideia de que deve provar os fatos aquele que os alega.

Alexandre Câmara, utilizando-se do conceito de prova diabólica, isto é, a situação em que é imputado a uma das partes a prova difícil ou impossível de fatos, pondera que:

A distribuição dinâmica consiste em "sistema excepcional", a ser empregado exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada: "Não se trata, porém, de fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas. Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atendê-lo (CÂMARA, 2005, p. 14-15)

Infere-se, então, um entendimento mais comedido, em que a fixação de ônus probatório dependa não só da livre fixação judicial, mas de uma situação em que a regra estática mostrar-se insuficiente ou inadequada para o melhor desenvolvimento do processo. Corrobora, portanto, o pensamento de Jorge Peyrano para que:

a teoria das cargas dinâmicas tem evoluído no sentido de só admitir-se o afastamento das normas legais sobre distribuição do ônus de prova quando sua aplicação por manifestamente injusta, em casos excepcionais. Mesmo assim, ainda que excepcionalmente seja imposto ônus de prova àquele que tem melhores condições de atendê-lo, o juiz deve ser especialmente cuidadoso na hora de avaliar os resultados da prova, porque a parte que a produziu, valendo-se de sua superioridade técnica e profissional, também está em condições de desvirtuá-la, de manipulá-la em seu benefício (PEYRANO, 1992, p. 101).

Assim, deve ser sedimentado, portanto, que a utilização da carga dinâmica das provas está condicionada à real necessidade de afastar-se as regras processuais tradicionais quando estas se mostrarem injustas diante do caso concreto.

Além disso, verifica-se que é extremamente importante que o juiz esteja preparado para fazer uma avaliação mais profunda da prova, devendo, inclusive, utilizar-se do seu poder geral de cautela para acompanhar a produção probatória, visto que os resultados podem ser manipulados por aquele que os produz em razão da sua superioridade técnica ou mesmo do seu interesse, uma vez que eventualmente pode ser que tenha que produzir provas contrárias a seus interesses.

Ainda segundo Jorge Peyrano, o surgimento da teoria foi impulsionado pela necessidade de aliviar a ingrata tarefa da vítima, paciente de um ato cirúrgico de provar

a conduta culposa dos médicos intervenientes, em casos de responsabilidade subjetiva. Tal encargo se tornaria árduo, posto que dificilmente a vítima deteria conhecimentos técnicos específicos. Lado outro, bastaria ao réu manter-se inerte, uma vez que pela teoria estática, incumbiria ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

Portanto, a teoria da carga dinâmica surge para equilibrar essa situação de disparidade entre as partes no processo, cuja perpetuação tornaria inútil a pretensão do autor face a inércia do réu, no caso de indenização contra erro médico.

Sem dúvida, ao ser aplicada, resguardam-se os princípios de solidariedade, transparência, cooperação, boa-fé e colaboração processual para o fim de melhor tutelar o bem em discussão, adequando-se o ônus da prova ao caso em concreto através de poucos requisitos:

Basta, para tanto, que, no caso concreto, fique constatada a dificuldade séria ou a impossibilidade prática de a parte a quem inicialmente tocara o ônus de produzir a prova respectiva efetivamente fazê-lo e, em contrapartida, a possibilidade ou a maior facilidade para que a outra parte o faça, a fim de que o encargo seja distribuído de forma diversa, pela adoção da teoria da carga dinâmica, proporcionando, assim, que a prova seja verdadeiramente produzida (CREMASCO, 2009, p. 99).

Assim, o principal postulado da teoria dinâmica é a busca das regras a serem aplicáveis ao caso concreto. Se, ao analisar a lide, o juiz identificar que, pela lei, o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste momento ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte tecnicamente hipossuficiente.

Em síntese, Antonio Janyr Dall’Agnol Junior identifica como premissas decorrentes da Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios:

a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exige a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 11).

E prossegue o referido autor dizendo:

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 - ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 98).

Tem-se, destarte, uma melhor caracterização da dinamicidade do ônus probatório.

4.2 Receptibilidade da teoria das cargas processuais dinâmicas no direito brasileiro

O Direito Processual brasileiro não dá privilégio expresso à teoria da carga dinâmica do ônus da prova, tendo adotado a teoria encabeçada por Chiovenda, conforme tratado pelo art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, pelo qual incumbe ao autor a prova de seus fatos constitutivos e ao réu, as provas de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Há, assim, uma prévia definição do ônus da prova, que situa a legislação brasileira entre aquelas que adotam a carga estática do *onus probandi*.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – bem mais recente que o códex processual, já dá indícios de que a carga estática mostrava-se insuficiente para todos os casos concretos, tanto que em seu art. 6º, VIII, foi consagrada a possibilidade de inversão do ônus da prova diante, entre outras coisas, da hipossuficiência da parte.

Importante se faz frisar aqui que a inversão do ônus da prova, típica das relações consumeristas, ainda não é igual à teoria da carga dinâmica, pois algumas diferenças são notáveis, como a indefinição inicial do encargo probatório e a manutenção da responsabilidade conjunta das partes para com a instrução, que estão presentes apenas na teoria da carga dinâmica (CREMASCO, p. 75).

Não se encontra no Código de Defesa do Consumidor, portanto, a adequada recepção à teoria tratada no presente trabalho, sendo, apesar disso, um relevante indício de que a carga estática tem sido repensada no direito processual brasileiro.

Com relação à doutrina e jurisprudência, tem-se verificado uma melhor aceitação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, através de interpretações sistemáticas e principiológicas da legislação nacional. É isso que constata Lima Vaz:

Inobstante a ausência de norma expressa acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova em nosso ordenamento, a doutrina tem defendido sua aplicação com base nos princípios da igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça, ou mesmo, do princípio da solidariedade, da efetiva colaboração das partes com o órgão judicial e do princípio da igualdade das partes em bases materiais (VAZ, 2007).

Tal como o excerto acima, Didier também elencou princípios que seriam ensejadores da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, citando também Souza; Dall'agnol e White (p. 98 e 99), que seriam:

- a) Princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) Princípio da lealdade, boa-fé, e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;
- c) Princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, e 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos e exige-se que a parte colabore em matéria de prova para que o juiz alcance a verdade;
- d) Princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;
- e) Princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

A esses princípios, acrescentamos o da adaptabilidade do procedimento.

É com base, portanto, em diversos princípios já consagrados pelo Direito brasileiro que a distribuição dinâmica do ônus da prova tem encontrado caminho para a sua aplicação pelos tribunais, tendo, inclusive, boa aceitação perante a doutrina.

Godinho, ao relacionar a distribuição do ônus da prova com o exercício dos direitos fundamentais, averba que:

[...] se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito clamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional (GODINHO, 2006, p. 182).

Alerta a doutrina, contudo, que não há como se fazer uma definição apriorística do ônus da prova, o que leva Marinoni e Arenhart a dizer:

Como o juiz deve se convencer de algo que está no plano de direito material, não há como exigir uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, de seguro e relativos a atividades perigosas, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é justificada pela própria estrutura e natureza dessas situações. Por isso, diante delas é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades próprias, suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material. Nelas, o próprio direito material não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 273-274).

Assim, entende-se possível a aplicação da carga dinâmica das provas no direito brasileiro embora não haja expressa previsão legal e desde que atendidos determinados princípios.

Nesse sentido, corroboram as seguintes decisões jurisprudenciais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública ambiental – Decisão que impôs à ré o adiantamento dos honorários periciais – Ônus da prova a cargo da requerida – Teoria das cargas processuais dinâmicas que está lastreada na simples ideia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre na melhor condição para produzi-la – Recurso provido em parte apenas para reduzir o valor fixado (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 7786635200, Rel. Desembargador Samuel Júnior, São Paulo, 23 de out. 2008).

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela

comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso Especial não conhecido."

(STJ. REsp 69309 / SC; RECURSO ESPECIAL 1995/0033341-4. Rel(a).:Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 18/06/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 26.08.1996 p. 29688.)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERDÍCIO OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA

REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ATENÇÃO AO CRITÉRIO PUNITIVO-PEDAGÓGICO AO OFENSOR E COMPENSATÓRIO À VÍTIMA. INAPLICABILIDADE AO CASO PELO JUÍZO A QUO DO INSTITUTO NORTEAMERICANO DO PUNITIVE-DAMAGES.

1 - Incontroverso o fato de que o anúncio registrado no site "Almas Gêmeas" pertencente à requerida, foi efetuado por terceiro alheio ao processo. 2 - Atuando a ré como provedora de acesso à Internet e não sendo possível a identificação do

real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é seu o dever de indenizar pelos danos à personalidade da autora. Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, ou seja, incumbe a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso. 3 - Não só como provedora de acesso em sentido amplo atuou a ré na relação em análise, como atuou também como prestadora de serviços, mesmo que gratuitamente. Evidencia-se a desmaterialização e despersonalização das relações havidas pelo uso da Internet, não sendo mais possível identificar o objeto e muito menos os sujeitos de tais relações. Assim, sendo a ré empresa que possui site na Internet de relacionamentos deve, a fim de evitar a incomensurável dimensão dos danos oriundos do mau uso de seus serviços, adotar medidas de segurança que diminuam tais riscos. 4- Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. Inaplicabilidade do instituto norteamericano do punitive damages. Aplicação ao caso dos critérios para aferição do quantum a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro. NEGADO PROVIMENTO AOS APELOS, COM EXPLICAÇÃO.

(Apelação Cível Nº 70013361043, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/12/2006.)

RECURSO ESPECIAL Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : BANCO RURAL S/A

ADVOGADO : DECIO FLAVIO GONCALVES TORRES FREIRE E OUTRO

RECORRIDO : INDÚSTRIAS REUNIDAS DE COLCHÕES LTDA - IRCOL E OUTROS

ADVOGADO(S) : SILMARA NOGUEIRA VIDAL E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

REsp 69309 / SC

RECURSO ESPECIAL

1995/0033341-4

Relator(a)

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento
18/06/1996
Data da Publicação/Fonte
DJ 26/08/1996 p. 29688
JBCC vol. 194 p. 55
LEXSTJ vol. 89 p. 155
RSTJ vol. 87 p. 287

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA.

1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS.

2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE.

3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA.

5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

Observa-se que, de fato, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova tem sido aplicada pelos tribunais a despeito de não estar expressa na legislação. Isso porque, pelos princípios já explicitados, foi possível trilhar um caminho de recepção da referida teoria no sistema jurídico brasileiro.

Além disso, é importante notar que a recepção tem se dado em consideração que a regra é a inculpada no art. 333 do Código de Processo e que, diante do caso concreto, poder-se-ia avaliar a aplicação da teoria da carga dinâmica, de forma a minimizar eventuais desigualdades entre as partes e como forma de valorização da verdade real.

Por fim, deve-se considerar que o próprio ordenamento jurídico tem sido alvo de pressões legislativas para a sua modificação de forma a acomodar e recepcionar adequadamente a teoria da carga dinâmica do ônus da prova. Tanto que tramita atualmente no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 8.046/2010, conhecido como Projeto de Novo Código de Processo Civil que conta, entre seus artigos, com a seguinte proposição:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o

contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Art. 263. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo (BRASIL, 2013).

Pelo exposto acima, vê-se que o texto original do Projeto de Lei 8.046/2010 incorpora exatamente as questões discutidas no presente trabalho e demonstra a convergência do pensamento jurídico brasileiro à consideração da dinamicidade do encargo probatório, com as exceções que já vem sendo consideradas pela doutrina.

Dessa forma, ocorrendo a aprovação da proposta de novo código de processo civil, conforme o texto original, seria possível considerar como plena a recepção da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho buscou-se compreender que a distribuição estática do ônus da prova tem como escopo o tratamento igualitário e justo às partes ao partir do pressuposto que, ao litigarem em igualdade de condições e sendo-lhes assegurado o contraditório e ampla defesa, não é justo impor a apenas uma delas o ônus probatório.

Todavia, a prática processual revela que a distribuição rígida pode levar a uma estagnação do nosso sistema, conduzindo a julgamentos injustos, isso porque, em algumas situações é extremamente difícil que a parte produza a prova que lhe foi incumbida, quando, lado outro, a parte contrária pode produzi-la com mais facilidade.

A carga dinâmica possibilita o cumprimento da função da jurisdição, de pacificação social, angariando aumento da credibilidade dos jurisdicionados no ideal de justiça e nos órgãos do Poder Judiciário.

Além disso, pautando-se o juiz em critérios abertos e dinâmicos para verificar quem tem mais facilidade de produzir a prova, reforça-se a importância que os princípios e regras constitucionais desempenham em toda a ciência processual, em meio à mudança paradigmática de seu estudo.

O acolhimento da teoria da carga dinâmica no Projeto de Novo Código de Processo Civil revela os novos traços processuais que exsurtem para restabelecer a justiça e a efetividade da jurisdição.

Convém frisar, que com esse trabalho foi possível depreender que a regra geral do ônus da prova não deve ser expurgada do ordenamento jurídico, prestando serventia para a divisão da responsabilidade quanto à prova dos fatos suscitados, mas, tão somente, mitigada e racionalmente motivada pelo juiz quando esse verificar que a aplicação do art. 333 do Código de Processo Civil seria inadequada ao caso concreto.

Também foi visto que o momento de inversão do ônus da prova deve ser preeminente à fase de instrução, de forma que as partes não sejam surpreendidas pela aplicação da teoria, e, assim, produzam a prova necessária.

Destarte, a distribuição dinâmica do ônus da prova desponta-se como mecanismo de forte substrato constitucional, que potencializa o direito fundamental à prova, razão pela qual vem sendo absorvida pela doutrina e pela jurisprudência nacionais com recepção parcial em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 14, p. 1-272, Maio. 2008.

_____. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 69.309/SC**. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 18 jun. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500333414&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 7786635200**. Relator: Desembargador Samuel Júnior, São Paulo, 23 de out. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70013361043**. Relator: Desembargador Artur Arnildo Ludwig, Porto Alegre, 21 dez. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 69309/SC**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 18 jun. 1996. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500333414&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=1>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10317612&sReg=200302319623&sData=20100601&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez. 2013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. **A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional de processo**. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/143/teoria%20carga%20dinamica_Costa%20Junior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 out. 2013.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: JusPodvim, 2011. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Daniel Dias Carneiro. **Cargas probatórias dinâmicas no Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/14295/14295.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2013.

KNIJNIK, Danilo. **Ônus dinâmico da prova**. Disponível em: <http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.

LEÃO, Thales Braghini. **Teoria dinâmica do ônus da prova no Processo Civil**. Disponível em: <<http://unifacef.com.br/novo/3fem/Inic%20Cientifica/Arquivos/Thales%20Braghini.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

VAZ, Carlos Augusto Lima. O princípio da igualdade e a nova distribuição do ônus da prova no direito brasileiro. **Revista Ética e Filosofia Política**. n.15. v. 2, dez. 2012.
