

**UNIJUI – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

EDUARDO MANZONI RUFINO

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO
*SISTEMÁTICA E PROBLEMÁTICA NA PROCESSUALÍSTICA CIVIL BRASILEIRA***

IJUÍ (RS)
2013

EDUARDO MANZONI RUFINO

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO
SISTEMÁTICA E PROBLEMÁTICA NA PROCESSUALÍSTICA CIVIL BRASILEIRA

Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Trabalho de Conclusão de Curso. UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DECJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Orientador: MSc. Joaquim Henrique Gatto

Ijuí (RS)
2013

AGRADECIMENTOS

Imensuravelmente agradeço a meus pais, Francisco Silva Rufino e Solange Catarina Manzoni Rufino, pelo que eles são e me proporcionam; pelo exemplo de vida que me dão todos os dias e pela oportunidade de me colocarem na convivência com o conhecimento.

Ao amigo e brilhante professor Joaquim Henrique Gatto, pela referência profissional e pela colaboração valiosa na elaboração deste estudo;

Aos amigos, colegas e professores que percorreram junto comigo esta jornada tão preciosa em minha vida. A apreensão de cultura, experiência e sabedoria com certeza não seria a mesma sem a presença de vocês. Muito obrigado.

“Ao diuturno contato com as lutas e querelas entre os homens, vim a capacitar-me de que o Direito é algo mais que a norma e que, muitas vezes, há uma inconciliável contradição entre a servil aplicação da lei e a real distribuição de justiça, entre o que é certo, em face da lógica formal, e o que é verdadeiro, à luz dos reclamos da equidade.”(Mário Moacyr Porto, Estética do Direito).

RESUMO

O presente estudo possui como objeto a análise da Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios aplicada no processo civil brasileiro. Busca-se fazer um arrazoado, percorrendo conteúdos teóricos, bem como princípios e normas da Constituição Federal de 1988 e do próprio Código de Processo Civil, para demonstrar a aplicabilidade da teoria na prática processual civilista contemporânea. A metodologia utilizada cinge-se à pesquisa bibliográfica e legislativa nacional. Parte-se do pressuposto de que o modelo estático, inflexível, prévio e abstrato atualmente disposto no Código de Processo encontra-se defasado e não corresponde com a sistemática processual moderna. Além disso, a regra do CPC não consegue satisfazer às demandas sociais hodiernas, muitas vezes entregando à população resultados injustos ou ilegítimos. Nesse contexto, após uma abordagem minuciosa acerca de alguns aspectos do ônus da prova, como o seu conceito, sua natureza e função, passa-se a explorar a harmonia da Teoria das Cargas Compartilhadas com a Carta Federal e o processo civil brasileiro, bem como sua aplicabilidade no sistema processual brasileiro. A Teoria do Ônus Dinâmico da Prova, articulada inicialmente pela doutrina argentina, mais especificadamente pelo jurista Jorge W. Peyrano vem com o intuito de dinamizar a distribuição dos encargos probatórios entre as partes em cada caso concreto. Pretende mitigar a distribuição clássica das cargas probatórias para possibilitar ao magistrado, após a análise de alguns critérios, o compartilhamento dinâmico dos ônus de provar. Verifica-se que apenas pela distribuição tradicional, o Estado-Jurisdição, em inúmeros casos, não devolve às partes uma solução justa ao litígio, e mais, às vezes produz injustiças durante o próprio trâmite processual, deixando de chancelar princípios e normas constitucionais do processo civil moderno. Portanto, a Teoria Dinâmica mostra-se uma importante ferramenta para cláusulas constitucionais aplicados ao processo civil vanguardista.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Ônus da Prova. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova.

ABSTRACT

This current study has as its main objective to analyze the Dynamic Distribution of Probation Charges Theory applied to the Brazilian civil process. We aimed to conduct a research on the theoretical contents as well as on the principles and regulations stated on the 1988 Federal Constitution along with the Civil Process Code; both to demonstrate the applicability of such theory on the contemporaneous civil process practice. The methodology used was based on the bibliographical and national legislation research. Beginning with the following assumption that the static, non-flexible and abstract previous model stated on the Process Code is out of date and does not correspond to the modern systematic process needs. Furthermore, regulations of the Civil Process Code cannot satisfy the modern social requirements and therefore many times deliver unjust or illegitimate results to the population. In such context, after a detailed approach on some of the aspects Charge of Proof, as its concept, nature and function, we begin to explore the harmony present on the Shared Loads with the Federal Constitution and the Brazilian civil process; as well as its applicability in the Brazilian process system. The Dynamic Charge of Proof Theory, connected initially by the Argentinean doctrine, more specifically by the judge Jorge W. Peyrano, emerges with the goal of make the distribution of probation charges among the parties in each concrete case more dynamic. This theory intends to mitigate the classic distribution of probation charges to facilitate after analyzing some important criteria the dynamic sharing of the proof charges to the magistrate. We verify that only by the traditional distribution, the Jurisdiction State, in innumerable cases, do not deliver to the parties a just solution to the litigation, and even can generate injustice during its own process flow, letting aside ruling on principles and constitutional regulations of the modern civil process. Therefore, the Dynamic Theory becomes an important tool to be used on constitutional concepts applied to the vanguard-like civil process.

Key words: Civil Process Rights. Charge of Proof. Charge of Proof Dynamic Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. ÔNUS DA PROVA.....	11
1.1 Conceitualização do ônus da prova.....	12
1.2 Natureza jurídica.....	14
1.3 Dupla função do ônus da prova.....	16
2. DINAMIZAÇÃO DAS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA.....	22
2.1 A evolução do sistema probatório: Do estático ao dinâmico.....	24
2.2 Fundamentos da teoria dinâmica do ônus da prova.....	28
2.2.1 Alicerces constitucionais.....	32
2.2.1.1 Princípio do Acesso à Justiça.....	33
2.2.1.2 Princípio da Efetividade.....	35
2.2.1.3 Princípio da Isonomia.....	37
2.2.2 A contemplação da teoria dinâmica do ônus da prova nas atuais regras do Código de Processo Civil.....	38
2.3. Ocasão para operar a dinamização.....	43
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O trabalho realizado pretende abordar a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova na atual sistemática do processo civil brasileiro. Será feito o estudo sobre o tema do ônus da prova e seus mais diversos aspectos explorados pela doutrina. Logo após, a análise atravessa para o terreno da prática e investiga a possibilidade da introdução da Teoria no Código de Processo Civil vigente.

Inicialmente busca-se realizar uma abordagem teórica sobre o instituto do ônus da prova, principalmente no que diz respeito ao seu conceito, ou seja, o que representa o ônus da prova para as partes. Essa primeira análise visa a introduzir o leitor, de uma maneira ampla, no trabalho realizado, situando-o na pesquisa dentro do Código de Processo Civil.

Em seguida, vislumbrar-se-ão alguns aspectos dos encargos probatórios que consubstanciam o próprio instituto. São temas de grande relevância para o simples entendimento do ônus da prova, bem como para uma posterior análise mais profunda, não sendo possível deixá-los à mercê do descaso do autor. Essas temáticas basicamente transitam entre a natureza jurídica do ônus da prova e as funções dele para com o processo.

Tanto a conceitualização como os elementos são extremamente relevantes para o futuro exame do ônus probatório na prática processual civil, sendo que dessas características encontram-se reflexos na aplicação das teorias no dia-a-dia forense.

Assim, percebendo uma nova sistemática do processo civil moderno e constitucional, passa-se a investigar a aplicação de uma nova teoria, dinâmica, de distribuição do ônus probatório, verificando se ela se enquadra nos moldes contemporâneos das demandas.

Nesse momento, a teoria será submetida a um estudo confrontado com princípios e normas da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, buscando-se perceber se ela está em harmonia com essas duas Cartas, para a partir daí, caso o resultado das avaliações seja positivo, cancelar sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente a isso, supondo um diagnóstico positivo para a implementação da nova teoria ao sistema jurídico pátrio, cumpre averiguar a maneira que essa teoria dinâmica será operacionalizada dentro dos ditames processuais. Imperioso, nesse ínterim, fazer o destaque da forma e, principalmente, do momento em que o magistrado procederá a dinamização do ônus da prova entre as partes.

Nesse diapasão, o trabalho contempla apresentar fundamentos para essa implementação da Teoria do Ônus Probatório Dinâmico no processo civil brasileiro, fazendo um estudo harmonioso com princípios constitucionais e processuais, e mostrando que apenas a teoria clássica não é o suficiente para atender as demandas modernas e exigentes.

Assim, busca-se elucidar essa nova Teoria em confronto com a sistemática constitucional-processual para evidenciar a possibilidade e, principalmente, a necessidade da aplicação dela no Caderno Processual, definindo critérios de procedimentalização e demonstrando sua recepcionalidade pelo Codex atual.

1. ÔNUS DA PROVA

Tendo em vista as vicissitudes da sociedade, e, conseqüentemente, da própria legislação, o andejar da ciência jurídica esta sempre perseguindo aperfeiçoamentos e inovações adequadas para cada momento histórico da evolução humana. O ônus da prova é instituto há muito estudado por diversos doutrinadores. São inúmeros autores a se debruçarem sobre o tema, várias teorias buscando encontrar o melhor entendimento a seu respeito, e diversos estudos sobre seus diferentes aspectos, características e funções.

Atualmente, surge grande discussão em torno da flexibilização das regras do ônus da prova diante do atual estágio do sistema processual civil brasileiro, considerando, conforme afirma Reichelt (2009), o espírito de colaboração seguido pelo processo contemporâneo e o paralelo com as próprias exigências de um Estado Social de Direito. Nesse contexto, incontestável a notoriedade alcançada pelo ônus da prova no processo civil moderno, principalmente pelo referido debate da distribuição dinâmica do ônus da prova que busca uma harmonia com essa nova visão do Estado Social de Direito e a participação dos sujeitos processuais.

1.1 Conceitualização do Ônus da Prova

Primeiramente, é de suma importância conceituar o instituto do ônus da prova pelo estudo etimológico da expressão “ônus” e, posteriormente, “ônus da prova”, distinguindo-os de expressões próximas.

Ônus é palavra originária do “latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame.” (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 635, grifo do autor).

No entender de Bueno (2011, p. 282), o “ônus”

relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.

O ônus pode ser entendido como um poder declinado a alguém, para utilizar-se dele conforme seu próprio interesse, praticando, se possível, ato a seu favor, buscando chegar numa posição de superioridade em relação à parte contrária. Todavia, caso a parte encarregada do encargo não se desincumba dele, ou pratique ato insuficiente, estará correndo o risco de ter evidenciada a superioridade do adversário, podendo receber decisão desfavorável no processo.

Nesse caminho, Marinoni e Arenhart (2009), citando Rodrigo Xavier Leonardo, observam tratar-se - o ônus - de uma espécie de poder do onerado, possibilitando-o a agir conforme seus interesses, sem olvidar os preceitos pré-determinados, cuja inobservância poderá acarretar prejuízos à parte encarregada.

Um dos conceitos de “ônus” mais abrangentes e completos é encontrado na dissertação de Pacífico, citado por Pereira (2004, p. 58),

[...] cunhado por ECHANDÍA: “**Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção,** e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis”. (grifo nosso).

Diante do examinado não se permite, pois, o equívoco de classificar o ônus como um dever de quem o carrega, pois ele corresponde, como já afirmado, a um poder da parte no seu interesse íntimo. Assim, importante ressaltar, que o exercício do ônus não tem correlação com o comportamento da outra parte, sendo executado pela livre vontade do onerado.

Carpes (2010), pelos ensinamentos de Pontes de Miranda, sentindo a proximidade dos dois conceitos, pertinentemente diferencia o ônus de dever, percebendo o dever em relação a alguém, ou seja, percebendo uma relação jurídica bilateral em que um é o que deve, e a satisfação do interesse fica por conta do sujeito ativo; enquanto o ônus é em relação a si mesmo, não existindo relação entre sujeitos, satisfazer é do interesse do próprio onerado sendo de seu livre critério a opção entre desincumbir-se, ou não ter a tutela de seu próprio proveito.

Imediatamente, é oportuno, portanto, explorar o significado de “ônus da prova”, como sendo o poder da parte em construir um conjunto probatório destinando-se à formação

da convicção do juízo. Carpes (2010, p. 51-52), citando mais uma vez o renomado jurista Pontes de Miranda e Eduardo Couture, sobre o ônus da prova, diz:

longe de ser conceituado como dever jurídico, na medida em que constitui imperativo de interesse próprio da parte, a disposição relativa ao ônus da prova pode sintetizar-se como “a exigência feita pelo legislador, a um, ou a ambos os litigantes, de que demonstrem a verdade dos fatos por eles alegados”.

Com a máxima *venia*, o conceito parece ser raso, merecendo reflexões mais aprofundadas. A exigência feita pelo legislador, lembra-se, não imprime, em caso de descumprimento da conduta, ato ilícito por parte do sujeito onerado. A parte possuidora do encargo não sofrerá coerção pelo não desempenho da conduta indicada pela norma, apenas correrá o risco de não formar o convencimento do juízo a seu favor e, provavelmente, sucumbir em sua pretensão.

Percebe-se inadequado inferir equivalência entre o ônus da prova e obrigação. Esta é uma importante distinção que merece ser feita. Segundo lição de Marinoni e Arenhart (2009), na obrigação, o agir vincula-se ao comando legal, existindo para o indivíduo a opção de infringir, sofrendo a respectiva sanção. Caso cumprida a obrigação, o exercício corresponde a um interesse de outra parte, proveniente de um vínculo jurídico.

Em se tratando de ônus probatório, o agir igualmente é faculdade da parte, podendo ela optar em atuar conforme a regra normativa ou não, de acordo com seu interesse individual. Entretanto, agindo em desconformidade da lei, o ônus não caracteriza ato ilícito e, conseqüentemente, não caberá punição ao onerado. Como se pode ver, o ponto de distinção entre as duas expressões resume-se em perceber se a violação à norma jurídica pode ou não ser tida como ato ilícito. E os próprios autores, Marinoni e Arenhart (2009, p. 164), arrematam:

[...] o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário [...].

Sendo assim, parece ser mais correto relacionar o conceito do ônus da prova às expressões “poder” e “faculdade”, pois a atuação da parte possui fundamentação em interesse

próprio, contudo, com a advertência legal de que caso seja desobedecida sua regra, aumentará o risco de sucumbência.

Comparando agora a palavra “ônus” com “faculdade”, Marinoni e Arenhart (2009, p. 164) sintetizam bem esta circunstância:

se no ônus e na faculdade a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal, no ônus **a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo a previsibilidade dos efeitos do comportamento.** (grifo nosso).

Por fim, dentro de todo o contexto abordado, é propício o paralelo feito por Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina entre as expressões “ônus”, “faculdade” e “dever processual” na obra de Paulo Rogério Zaneti, reforçando não ser possível haver confusão entre elas:

As partes têm, predominantemente, no processo, ônus. **Ônus**, nesse sentido, são atividades que devem ser desempenhadas e, uma vez desempenhadas, geram benefícios àquele que do ônus se terá desincumbido. Omissa aquela a quem caiba o ônus, as consequências negativas da omissão sobre este recaem. Cumprido o ônus, a parte dele se libera. A **faculdade** existe quando a parte pode optar, e o sistema jurídico é indiferente à sua opção [...] A expressão ‘faculdade’, portanto, no mais das vezes, é imprópria para qualificar juridicamente a atividade do juiz e das partes. O **dever** é permanente e não se esgota com o seu ‘cumprimento’ (= com a realização da atividade que lhe diz respeito) [...] o dever se liga a uma conduta, e não a um ato isolado. (ZANETI, 2011, p. 77, grifo nosso).

Nesse diapasão, o *onus probandi* se constitui efetivamente como o próprio “ônus de provar” fatos aportados aos autos pelos sujeitos processuais, associando-se, com semelhantes características, a outros conceitos próximos, mas guardando fortes peculiaridades que geraram sua promoção no status da ciência etimológica.

1.2 Natureza Jurídica

Contemporaneamente, materialistas e processualistas ainda produzem com suas opiniões, demasiadas divergências a respeito da natureza jurídica das regras dos ônus probatórios, em que cada qual possui seus próprios argumentos e contrariedades. Há, ainda, autores posicionando-se entre as duas correntes mais tradicionais e formando uma terceira opinião, levando em consideração ideias e reflexões das duas teses, mas consolidando entendimento misto.

Carpes (2010, p. 49), explica que a discussão exsurge porque, conquanto as regras do *onus probandi* sejam articuladas em torno do procedimento, pois essenciais para composição da atividade probatória das partes, e porventura, para a construção da decisão do juízo, elas atribuem-se a critérios do direito material.

A doutrina de Pereira (2004, p. 54), citando Anelise Coelho Nunes, anota que

para Chiovenda, toda a matéria das provas pertence ao direito processual, ainda que se costume colocá-las em código de direito substancial para, logo a seguir, considerando este o melhor entendimento, **justificar**: “Uma vez que a prova consiste em meio processual de interferência, persuasão, a qual busca alcançar o espírito do juiz, possibilitando que firme convicção através de fundamentos subjetivos por ele relevados e ponderados após a análise de todo o conjunto probatório. (grifo nosso)

A teoria defendida pelos materialistas vincula-se, claramente, aos preceitos jurídicos determinantes do conteúdo da decisão judicial do processo civil. Essa opinião, conforme explica Carpes (2010) acredita nas regras de distribuição do ônus probatório dentro do mesmo setor do direito que o preceito jurídico cujos pressupostos devem importar dos fatos controvertidos, pois em preenchendo-se os pressupostos de suas regras o setor do direito que determina o objeto da decisão também responderá à questão de como o juiz deverá decidir quando a existência de um pressuposto de seus efeitos jurídicos for reprovado.

Para Marinoni e Arenhart (2009, p. 187), utilizando-se da compreensão de Leo Rosenberg, registram que “a inversão do ônus da prova ou a redução das exigências de prova têm a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com uma lei determinada”.

No entanto, a tese materialista não vislumbra dois aspectos significativos da problemática. O primeiro deles, ilustrado por Carpes (2010, p. 50),

está em considerar apenas uma das funções das normas que regem a distribuição dos ônus probatórios, qual seja, a de *regra de julgamento*, quando se sabe que a disciplina dos ônus probatórios exerce ainda outra função, ligada à *estruturação da atividade probatória das partes*.

E o segundo ponto não abordado pela referida tese, também lembrado por Carpes (2010, p. 50-51),

reside na assertiva de que o direito material é inserido no processo *in status assertionis*, e será dele retirado, quando da sentença, necessariamente em outro nível qualitativo. [...] Em outros termos, jamais se pode olvidar que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado”.

Axiomática, pois, a transformação do direito material inserido na demanda como regra de afirmação, o qual foi fortemente influenciado pela sistemática processual ao longo da lide, sendo declarado na sentença de forma transfigurada daquela inicialmente apresentada no processo. Nessa senda, em se tratando de ponto nevrálgico no processo, a matéria do ônus da prova está soterrada de índole processual. (CARPES, 2010, p. 51).

Pela opinião do célebre escritor brasileiro Pontes de Miranda (1996), as regras jurídicas sobre as cargas probatórias não pertencem, exclusivamente, nem ao direito material, nem ao processual. A existência do ônus é comum aos dois ramos, porque concerne à própria tutela jurídica.

No mesmo trilho, Carpes (2010, pg. 51) visualiza as normas do ônus da prova como sendo de natureza mista. Muito embora aparentem estarem ligadas essencialmente ao direito processual, tanto o direito material como o direito processual influenciaram com grande intensidade a distribuição dos ônus probatórios, efetivando a natureza mista, mesclando os dois ramos do direito.

1.3 Dupla Função do Ônus da Prova

Do paradigma construído até aqui, é possível dividir o ônus probatório em dois aspectos os quais a doutrina chama de *Aspecto Objetivo* e *Aspecto Subjetivo*. No primeiro, sua aplicação no caso concreto visa preencher lacunas surgidas na formação do convencimento jurisdicional geradas pela insuficiência de elementos probatórios e influir diretamente na decisão judicial da demanda. De outro modo, pelo aspecto subjetivo, o ônus da prova é empregado como regra de conduta dedicada às partes, indicando quais fatos cada parte se incumbirá de provar (CARPES, 2010, pg.52).

Pereira (2004, p. 62-63), pelas palavras de Cambi, resume a dúplice função do ônus da prova:

I) servir de regra de conduta para as partes, predeterminando quais são os fatos que devem ser provados por cada uma delas e, assim, estimulando suas atividades; II) servir de *regra de julgamento*, distribuindo, entre as partes, as consequências jurídicas e os riscos decorrentes da suficiência ou da ausência da produção da prova, [...] dessa compreensão, pode se falar, no primeiro caso, em ônus da prova em sentido subjetivo [regra de conduta], e, no segundo caso, em ônus da prova em sentido objetivo [regra de julgamento].

Para Câmara (2007, p. 415), citando a lição de Chiovenda, e nos termos do art. 333¹ do CPC, sobre o *aspecto subjetivo do ônus da prova*, cabe ao autor

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.

Isto é, o ônus de provar é distribuído entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Geralmente opera-se na ordem privada das partes e constitui sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte.

Deste modo, a face subjetiva das cargas probatórias é representada pelo art. 333 do CPC, o qual dispõe que ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Nesse aspecto, a título de ilustração e esclarecimento, relaciona-se com o aspecto subjetivo o seguinte questionamento: quem deve provar o quê? A indagação revela o caráter de colaboração das partes para com o processo como signo do processo contemporâneo, em que cada sujeito processual é incumbido de fazer a sua parte para ajudar na construção do convencimento do juízo.

Por outro lado, quanto ao *ônus objetivo da prova*, Câmara (2007, p. 416) leciona que

as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor.

Entendendo melhor o referido aspecto, os preceitos relativos ao ônus da prova servirão para evitar o *non liquet*, que por sua vez significa a recusa de julgamento pelo magistrado por falta de certeza quanto aos fatos. É denominado de regra de julgamento primeiro porque sua

¹ 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. Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

aplicação ocorrerá no momento em que o magistrado tomará sua decisão caso haja insuficiência de provas produzidas; e em segundo, porque o aspecto objetivo tem o escopo de combater a eventual recusa do magistrado em julgar a causa sob justificativa de não haver se convencido dos fatos apresentados pelas partes, apresentado-lhes regras de distribuição, na verdade, dos riscos suportados pelas partes que não conseguirem desincumbir-se dos ônus probatórios (CARPES, 2010, pg. 53).

Fredie Didier Jr (2012, p. 76) lembra a brilhante lição de Barbosa Moreira sobre o ônus objetivo da prova:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna 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 haver provado o fato que lhe aproveitava.

A dimensão objetiva das regras do ônus probatório é abordada pela legislação processualista civil conforme a redação do art. 131 do CPC, a saber: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Como se pode ver, a perspectiva objetiva traz consigo uma pequena representação da atividade do Estado Social de Direito no caso concreto, pois resiste ao *sibi non liquere* (não me parece claro), vastamente utilizado no direito civil romano, onde o *iudex* que não lograsse êxito no convencimento da causa poderia declarar a incerteza ensejando às partes a procura de novo julgador (HIGINO NETO, 2010).

Por esse mesmo caminho vêm as palavras de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, citado por Pereira (2004, p. 63), referindo-se à satisfação do interesse público atrelado na visão objetiva do ônus da prova:

o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pela concretização de instrumentos processuais capazes de contribuir de modo mais eficaz com o escopo de pacificação dos conflitos com justiça e, destarte, permitindo maiores graus de legitimação do exercício da função jurisdicional.

Devido a essa função social – e por que não histórica – do aspecto objetivo, grande parte da doutrina se associa na defesa deste como o verdadeiro sentido do ônus da prova. Mesmo sendo reconhecida a existência da função subjetiva, grande parte das obras jurídicas

investigadoras dessa matéria, evidenciam o entendimento de que a única pertinência do *onus probandi* é como regra de juízo.

É, por exemplo, o assinalado na obra de Câmara (2007), na qual o ônus da prova é tido como regra de julgamento. Apesar de admitida a presença dos dois aspectos, as regras de distribuição do ônus da prova só serão aplicadas caso a investigação probatória for negativa (*aspecto objetivo*), quer dizer, quando os fatos não estiverem completamente provados ao ponto de formar a convicção plena do juízo. E, no mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 638) opinam: “a regra do ônus da prova só tem pertinência como regra de juízo (=regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo, ou liberatório.”²

Por oposição, encontra-se, principalmente na doutrina moderna, o festejado jurista Cássio Scarpinella Bueno, bem como Arthur Carpes, são alguns doutrinadores que aderem à compreensão de que a temática do ônus da prova é função procedimental, ou seja, serve primeiramente como regra de conduta às partes.

Para Bueno (2011, p. 284),

toda temática relativa ao ônus da prova [...] deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de *variação* das regras gerais (estáticas) dos incisos do art. 333 [...] Tratar o ônus da prova como mera regra de “julgamento”, de “juízo” acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente *públicos* – do processo. (grifo nosso).

Carpes (2010) bem assevera sobre o equivocadamente menosprezo de parte da doutrina frente ao papel exercido pelo ônus da prova enquanto *regra de* participação das partes no material probatório, pois a partir do advento do “estado constitucional” e do “formalismo-valorativo”, precipuamente considerando a noção de “participação” no processo contemporâneo, a matéria do ônus da prova assumiu lugar de protagonista para a logística do processo.

² Compartilha da mesma opinião Destefenni (2006, p. 351-352): As regras referentes ao ônus da prova somente são relevantes em situações de ausência ou insuficiência de provas. Se a prova foi produzida e consta dos autos, não interessa saber quem tinha o ônus de produzi-la.

A flexibilização da regra procedimental de distribuição do ônus da prova, desviando do sistema estático atualmente presente no CPC e objetivando a concretização do sistema processual constitucional, não é desapropriado, muito pelo contrário, legitima o “direito fundamental à prova” e permite ao magistrado criar condições prévias de as partes construírem o conjunto probatório do juízo evitando, justamente, a insuficiência de um material robusto de provas que gere incerteza quanto aos fatos apresentados pelos sujeitos nos autos.

Em seu formidável trabalho, “Ônus Dinâmico da Prova”, Carpes (2010, p. 53-54) traz importante recordação:

[...] no Estado constitucional a democracia reflete-se no processo através do contraditório, por onde as partes desempenham sua imprescindível atividade em torno da construção da decisão justa. Tal participação dar-se-á, pois, especialmente mediante a efetiva oportunidade não apenas de alegar, mas de requerer e produzir provas, isto é, em toda a atividade de formação do juízo de fato. Revela-se evidente que a estruturação procedimental dessa atividade [...] é de curial importância para os contornos de um processo que tem por finalidade a tutela dos direitos e a realização da justiça.

A partir daí, o prestígio à concepção subjetiva do *onus probandi* não pode, de forma alguma, ser negada. Se a distribuição dos ônus de provar detém influência na *participação* das partes, e tal *participação* apresenta função elementar para a formação de uma justa decisão, não se pode minimizar a importância do referido aspecto. (CARPES, 2010, p. 54).

Não obstante à divisão dos dois aspectos do ônus da prova, existem fortes vozes doutrinárias merecedoras de digno respeito que rechaçam veemente esta divisão. Zaneti (2011) menciona Roland Arazí, importante professor de Buenos Aires, e este “assinala que o ônus objetivo da prova nada mais é que somente um efeito, uma consequência, do ônus subjetivo da prova; portanto, só existiria este último.” Da mesma forma, Hernando Devis Echandía critica duramente a divisão vislumbrada pelo resto da doutrina repelindo “a classificação de ônus da prova objetivo e subjetivo, porque conduz a fazer crer que existe verdadeiramente o primeiro, o que é inexato [...]”

Enfim, observa-se a doutrina majoritária contemplar o ônus da prova sob dois aspectos, subjetivo e objetivo. Todavia, é mister ressaltar a importância do ônus da prova como regra de procedimento no processo civil hodierno, encontrado-se, as partes, sujeitas a um ônus processual genérico de provar os fatos que aduziram como fundamentos da

pretensão, defesa, ou exceção. Outrossim, sublinha-se a perspectiva de o aspecto subjetivo minimizar a possibilidade de falha na produção probatória para o convencimento jurisdicional, mitigando, assim, a efetividade do aspecto objetivo e potencializando a efetividade das regras – dinâmicas – subjetivas do ônus da prova.

2. DINAMIZAÇÃO DAS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA

Na constante busca pelo aperfeiçoamento de sua prestação jurisdicional o Estado é obrigado a acompanhar as mudanças sociais de um mundo ágil, veloz, ativo e dinâmico. Hodiernamente a sociedade vive em constante atualização em todos os seus segmentos, e quem não segue neste mesmo ritmo, acaba sendo deixado para trás.

Estas novas características da sociedade moderna afetam profundamente a vida de um povo, e o Estado brasileiro obviamente não pode deixar de observar essas mudanças, mormente ao tratar de leis, direitos, deveres e regras. Portanto, exige-se harmonia do Poder Judiciário com essa toada da vida atual, pois ele possui proximidade com o povo e resolve os problemas do dia-a-dia dessa população rápida e articulada.

Cabe, destarte, ao direito processual civil fazer sua parte neste processo de inovação e reciclagem constantes, e nunca se descuidar nas análises de suas leis, mantendo assim um padrão de qualidade legislativa e jurisdicional elevada, equilibrando-se com o nível de exigência da comunidade.

Hoje é incontestável a preocupação do sistema processual civilista em adequar-se aos parâmetros cobrados pela coletividade, tanto é que o projeto do novo código de processo civil e o anteprojeto do código de processo civil coletivo são dois grandes exemplos do cuidado dos juristas brasileiros em manter o processo civil brasileiro em consonância às características atuais da civilização.

Do mesmo modo, o anteprojeto do código de processo civil coletivo demonstra a força do corpo social na contemporaneidade, afastando o processo civil da ideia individualista de que a relação jurídica é formada apenas pelas partes, Autor e Réu, e o Estado-Juiz, que faz o julgamento dos fatos, comprovados ou não, que são levados aos autos da demanda pelos litigantes.

Essa iniciativa do processo coletivo ganhou relevância, pois os litígios que hoje ingressam nos fóruns se tornaram também de grande influência social, e atingem diretamente

a vida de uma coletividade, como por exemplo, os danos ao meio ambiente, a qualidade de produtos postos no mercado que podem colocar em risco a saúde dos consumidores, etc.

Com essa mesma intenção de atender às demandas sociais da atualidade o código de processo civil está reciclando-se e visa a atualizar alguns dispositivos e excluir outros. Assim, todas essas mudanças sociais já explanadas também influenciaram dentro do processo civil, especificadamente em determinadas matérias. Uma delas é o ônus da prova, disposto no art. 333 do CPC, deveras debatido no primeiro capítulo deste trabalho.

Logo, a doutrina processualista fez o seu papel e não perdeu tempo ao apontar os atrasos das regras dos encargos probatórios estabelecidas no CPC. Uma das opiniões consolidadas na doutrina brasileira pode ser resumida pelas palavras de Vicente Higinio Neto (2010), que ao lecionar sobre as regras sobre do ônus da prova auferiu que por possuírem caráter inflexível e imutável, logo começaram a mostrar-se falhas, insuficientes e inadequadas quando aplicadas aos casos reais, levando o magistrado, e em não raras vezes, a situações de perplexidade, pois, sendo o conjunto probatório mal produzido nos autos do processo, o juiz julgava contra seu próprio instinto, contra sua própria intuição.

A complexidade das causas presentes nessa nova realidade imposta pela modernidade e a rigidez das leis, desencadeou um processo de desconstrução das normas sólidas expostas pelo *Codex*.

A regra solidificada no art. 333, do CPC, dispõe previamente os caminhos que deverão ser seguidos pelo autor e pelo réu em qualquer caso concreto, sem possibilitar nenhuma outra opção caso esta norma implique na produção, por exemplo, por uma das partes, da prova diabólica, ou seja, aquela muito difícil, senão impossível de ser produzida.

Doutrinadores que defendem a teoria dinâmica dos *onus probandi* também sustentam que a rigidez estabelecida na atual distribuição do *onus probandi* obsta à efetivação de diversos princípios constitucionais, mostrando que o emprego da teoria no sistema processual brasileiro não carece de argumentos a seu favor, muito pelo contrário, para Zaneti (2011, pg. 121):

não é difícil concluirmos alguns motivos para a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, dentre os quais destacamos: buscar a verdade, viabilizar a igualdade processual das partes, possibilitar o direito à prova de forma equilibrada,

bem como o real e efetivo acesso à Justiça, evitar a “prova diabólica” ou impossível para uma das partes, conferir a prova à parte que tem melhores condições de auxiliar o juiz na descoberta da verdade etc.

Conforme resume Cremasco (2012, pg. 75) “trata-se, portanto, de uma proposta condizente com a natureza instrumental do processo e dos institutos a ele afins”, e ainda, mostra-se, a teoria dinâmica das cargas probatórias, em sintonia com um anseio implícito no direito moderno, o da elaboração de um modelo apropriado com às exigências da contemporaneidade fazendo com que os critérios para a distribuição dos ônus da prova guardem proporção em face da complexidade presente nessa realidade à qual eles serão aplicados (REICHELT, 2009).

Nesse momento, as disposições acerca da dinamicidade do *onus probandi*, segundo explica Reichelt (2009, pg. 350),

deixam de ser meros expedientes de cominação de critérios formais de decisão, e passam a ser poderosos instrumentos a serviço dos fins do processo como um todo, em especial no que se refere à concretização dos valores justiça, igualdade e liberdade.

Nesse contexto, impossível negar o nível de importância atingido pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em vista o grande risco de a teoria tradicional não responder, em harmonia aos princípios constitucionais do processo civil, às peculiaridades postas a ela em casos concretos, bem como pelo fato de aquela estar atenta aos escopos modernos do direito processual, principalmente à efetividade, à obtenção de resultados justos, à cooperação e à solidariedade (CREMASCO, 2012).

2.1 A evolução do sistema probatório: Do estático ao dinâmico.

O precursor da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova foi o jurista argentino Jorge Peyrano, que a chamava de “*Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*”, e desde o princípio tinha como principal objetivo romper “com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi* tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente” (AZEVEDO, 2013, pg.07).

Já com grande força nos nossos países vizinhos Argentina e Uruguai, a teoria de Peyrano naturalmente rompe fronteiras, atravessa oceanos e se consolida em países da Europa

como a Espanha e a Alemanha. Segundo Carlos Alberto Carbone, citado por Zaneti (2011, pg.129),

o Supremo Tribunal alemão (BGH), por exemplo, reconhece a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica da prova em matérias referentes a: responsabilidade médica em casos de culpa gravíssima; responsabilidade em matéria de consumidores; direito laboral; meio ambiente, contratos financeiros etc.

Ademais, Zaneti (2011, pg.130) também lembra que

na Espanha, depois de ser reconhecida inúmeras vezes por seu Tribunal Supremo, a teoria da carga dinâmica da prova foi incorporada ao direito positivo daquele País quando da edição da sempre lembrada *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei 1/2000)³.

Por consequência, doutrinadores brasileiros passam a perceber a ênfase ganhada pela teoria do jurista argentino, e, aprofundando-se nela, identificam que o seu destaque acontece, pois, em concordância com o que explica Vicente Higinio Neto, é ela que melhor acompanha a “evolução do direito constitucional no final do século XX e início do século XXI [...] que concebe o direito processual como instrumento útil à concretização de direitos, especialmente dos direitos fundamentais” (2010, pg.78).

Deste modo, vale ressaltar, primeiramente, que a nova teoria não subverte nem substitui a teoria tradicional do ônus da prova, apenas surge como um *plus* para aperfeiçoar o sistema clássico. A intenção é a facilidade e acessibilidade dos litigantes às provas, efetivando a sua produção e contribuição ao litígio. Por sua vez, a teoria dinâmica do ônus da prova tem

³ **Artículo 217. Carga de la prueba.**

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

aplicação geral, voltada para qualquer processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente/inadequado e um dos litigantes esteja com mais facilidade/condições de produzir a prova respectiva (CREMASCO, 2012).

Paulo Rogério Zaneti (2011, pg.117) esclarece:

trata-se, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorre em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, senão de formular uma pauta “excepcional” que somente pode funcionar ali quando aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para suposições “normais e correntes”, que não são as correspondentes ao caso.

“Essa teoria apenas repreende e critica o engessamento, a imobilidade, dessas regras em determinadas situações específicas na quais as partes se encontrem em dificuldade de se desincumbir de seu ônus de provar” (ZANETI, 2011). Isto é, surge uma nova teoria a respeito da distribuição dos ônus probatórios no intuito de colaborar com a teoria clássica já sedimentada no sistema processual brasileiro, alertando-a das suas falhas e ajustando-a com os anseios modernos do processo civil.

De acordo com a excelente colocação de Vicente Higinio Neto, a dinamicidade do ônus da prova representa o deslocamento do encargo probatório dentro do processo, levando em consideração as individualidades de cada caso concreto. Outrossim, em consonância com o que aduz o referido autor (2010, pg.114), as decisões das cortes argentinas ensinaram que

as regras relativas ao ônus da prova devem ser apreciadas em função da **índole e características do tema submetido a julgamento**, dando-se primazia, em detrimento da aplicação das normas processuais, à obtenção da verdade, que não pode ser obscurecida pelo excessivo rigor formal. (grifo nosso).

Neste contexto, o consagrado processualista Fredie Didier Jr. (2012, pg. 96) tece importante comentário acerca das responsabilidades do juiz nessa nova proposta processual, permanecendo este como gestor das provas

e **com poderes ainda maiores**, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. **Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum**, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. **Explora a dinâmica fática e axiológica presente no caso concreto**, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la.

Doutro lado, insta sublinhar a pequena distância existente entre a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus

Probatório. O art. 6º, inciso VIII⁴, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de inversão dos encargos de provar para facilitar a defesa por parte do consumidor e reequilibrar a relação de consumo. A inversão, entretanto, somente poderá ser operada por meio de decisão judicial e/ou quando preenchidos os pressupostos da verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Portanto, conforme aponta Rachele Morés (2010), “o âmbito de aplicação da inversão do ônus da prova é limitada aos casos previstos na legislação consumerista e quando presente um dos requisitos assinalados (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor)”.

Diferentemente é a orientação da Teoria Dinâmica, pois esta não busca estabelecer uma distribuição das incumbências probatórias previa e estaticamente estabelecidas na legislação para ser evocada quando encaixada em determinado caso, mas

aplica-se nos casos em que a prova se torne impossível ou naqueles em que a prova seja muito difícil de ser produzida pela parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada, havendo uma relativização do esquema legal. Deve haver tal relativização, portanto, quando as previsões legais não funcionam adequada e valiosamente. (MORÈS, 2010, pg. 29).

E mais, como conclui Vicente Hugo Higino (2010, pg. 112), na Teoria da Distribuição Dinâmica, é “irrelevante assim a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito”, disseminando-se para qualquer matéria.

Desta forma, a teoria dinâmica da carga probatória cuida da realidade concreta de cada processo colocado aos olhos do juiz, adequando-se aos casos individuais, para, atendendo às circunstâncias de cada um, atribuir o ônus da prova àquela parte que se situa em melhores condições de produzir (CREMASCO, 2012). Por conseguinte, completa o mesmo autor (2009, pg. 72), citando Eduardo Cambi:

A distribuição se dá de forma dinâmica, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser expirada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

No mesmo sentido, o professor e escritor Artur Carpes também chancelou a doutrina da teoria dinâmica, pois, conforme suas palavras (2010, pg.73),

haverá casos em que a disciplina dos ônus probatórios positivada na lei processual não se apresentará adaptada a cumprir sua tarefa de tutelar o direito material e fazer justiça. Naquelas situações em que haja manifesto desequilíbrio nos esforços probatórios, bem como excessiva dificuldade no exercício do direito à prova, nada justifica a manutenção da repartição de ônus probatórios disciplinada pela regra legal.

Em suma, colhe-se da teoria dinâmica que ela não admite o prévio e abstrato estabelecimento do encargo de provar, bem como que é ignorável a posição da parte no processo e os fatos que estão se buscando esclarecer, porque se torna relevante mesmo a “natureza” dos acontecimentos, o caso em sua concretude, e, fundamentalmente, a atribuição do ônus probatório à parte que, pelas reais circunstâncias, possui melhor condições de se desincumbir dele (HIGINO NETO, 2010, pg.115).

Depreende-se, de todos os traços aqui delineados e embasados pelos inúmeros teóricos aludidos, que a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas é uma nova doutrina flexibilizadora da atual disposição do art. 333 do CPC, e, mormente, adequada à nova sistemática processual do direito civil brasileiro, qual seja, aquela que afastou a legalidade estrita e o juiz como mero locutor dos caminhos dispostos na lei (CARPES, 2010, pg. 72), para colocar em cena um procedimento cuidadoso com os princípios constitucionais que respondam às exigências modernas da população.

2.2 Fundamentos da teoria dinâmica do ônus da prova

Dentro da sistemática processual, apesar dos trabalhos para adequar o processo à sua melhor forma possível, haverá casos em que a disciplina dos ônus probatórios positivada na lei não estará apta a cumprir sua tarefa de tutelar o direito material e fazer justiça. Naquelas situações em que haja manifesto desequilíbrio no encargo de provar, bem como excessiva dificuldade no exercício do direito à prova, nada justifica a repartição clássica do art. 333 do CPC, surgindo a necessidade de dotar o juiz de critérios para operar a dinamização (CARPES, 2010).

A Teoria da Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios é hoje uma tendência muito forte a ser implementada no processo civil contemporâneo. Trata-se da teoria ventilada

por Peyrano aproximadamente no início dos anos 1980, que “*desde então tem tido uma constante – ainda que lenta – evolução*” (ZANETI, 2011, pg. 117).

Por já ter completado 30 anos e percorrido alguns países, a Teoria Dinâmica chega ao Brasil mais robusta e consistente, fortalecida por sustentações que habitam as regras do direito constitucional e do próprio processo civil, sendo que vasta parte da doutrina elenca como pilares da dinamicidade do ônus da prova, além de princípios constitucionais, institutos e normas do processo civil brasileiro.

Um dos critérios sustentados pela doutrina cuida de identificar as reais condições de ambas as partes frente ao ponto controverso a ser provado, ou seja, deve existir uma interação entre a dificuldade de uma parte construir determinada prova e a posição privilegiada da outra parte produzi-la, legitimando princípios como o da isonomia processual das partes e o do direito à prova.

Assim, Zaneti (2011, pg.124) destaca que José Manuel Arruda Alvim tece importantes comentários acerca deste critério evocado pela teoria de Peyrano:

Casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, *in concreto*, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, **atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feito pelo outro litigante.** (grifo nosso).

Compartilhando do mesmo entendimento, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009) salientam que haverá “situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração de sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova”, aceitando a aplicação da Teoria como exceção da regra fixada pelo código.

Ademais, a dificuldade ou impossibilidade de cumprimento dos encargos probatórios que inicialmente foi destinada a um dos litigantes pode decorrer das mais diversas razões - social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica ou hierárquica - (CREMASCO, 2012), todavia, não há relação entre a natureza da dificuldade (ou da impossibilidade) com a aplicação da dinamicidade do ônus, bastando a identificação do critério pelo magistrado no caso concreto para ocorrer a dinamização.

Outra situação constatada nos processos que estimula a teoria do jurista argentino é a ocorrência da “prova diabólica”, que significa a grande dificuldade, ou a impossibilidade na produção probatória por alguma das partes, demonstrando que a distribuição clássica não está em sintonia com os princípios constitucionais, e justificando a adoção da Teoria para esses casos excepcionais.

Portanto, quando se está diante de uma prova diabólica a Teoria do Ônus Dinâmico deve ser invocada, e o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, evitando uma possível inutilização da ação judiciária e o acesso útil ao Estado-jurisdição (ZANETI, 2011, pg.127).

Por fim, Antônio Jeová Santos, citado pelo mesmo autor, chega a uma conclusão sensata, verdadeira e com muito fundamento, dizendo que “a doutrina da carga dinâmica das provas surge exatamente como precioso ferramental jurídico para aliviar o peso que a parte carrega para efetuar a prova diabólica” (ZANETI, 2011).

Outro modo de confirmar a harmonia e a adequação de qualquer teoria frente ao ordenamento jurídico é verificar a correspondência da teoria com a Carta Federal, bem como analisar os princípios constitucionais alusivos à nova doutrina que possuem correspondência constitucional (ZANETI, 2011, pg.132).

Neste contexto, a Teoria das Cargas Compartilhadas apresenta-se voltada aos escopos do processo civil moderno que faz parte do Estado Contemporâneo Constitucional. E o processo civil atualmente afirma-se nos mesmos pilares constitucionais desse Estado, alcançando a efetividade da tutela jurisdicional através de meios como a facilitação da produção probatória dos fatos controvertidos, o fomento da formação do convencimento do julgador e pela investigação assídua do magistrado da verdade real dos fatos (CREMASCO, 2012, pg.77).

Essas bases constitucionais originam-se do desligamento do processo civil as ideologias liberais, ou seja, individualistas e patrimoniais, que, outrora, foram responsáveis pelo aspecto dispositivo que caracterizou o processo civil por muitos anos (CREMASCO, 2012). Conforme a doutrinadora (2012, pg.77), essa nova perspectiva apresenta-se adequadamente para uma demanda na qual

a parte não tem a obrigação ou o dever jurídico de dizer a verdade [...] onde não tem sequer a obrigação jurídica de responder quando o juiz chama para comparecer ao processo, onde não deve manter nem mesmo uma conduta fundada na colaboração para o alcance da verdade material.

E tudo isso por que neste cenário liberal do processo civil obsoleto, não existe preocupação por parte dos operadores do direito com nada além do que foi colacionado aos autos do caso concreto, tampouco com os reflexos que as decisões processuais causam no mundo real (CREMASCO, 2012).

Nesse sentido o escritor Zaneti, lembrando os ensinamentos de Héctor E. Leguisamón, agrega muito ao debate acerca da evolução do ônus da prova na sistemática do processo civil moderno, pois ao advogar pela Teoria das Cargas Compartilhadas, o autor adverte que ela se torna um estímulo ao espírito de colaboração e boa-fé ao direito processual. Pelas palavras de Héctor, citado por Zaneti (2011, pg.122), é possível aferir que

assim aparece o novo conceito de ônus probatório compartilhado, como manifestação de uma nova cultura no processo judicial, caracterizada pela vigência do princípio da solidariedade e o dever de cooperação de todos na procura de um rendimento do serviço de justiça mais eficiente que o atual, no qual se encontra aceitável que, em boa medida, a tarefa probatória seja comum a ambas as.

Com efeito, a visão solidarista tira de cena o processo civil como um simples mecanismo de solução de conflitos e o progrida para um importantíssimo instrumento de realização da efetiva justiça (CREMASCO, 2012). O sistema processual passa a reinventar-se em si mesmo para se adequar às exigências constitucionais que devem ser respeitadas e, especialmente, para responder à busca do povo por justiça.

Não obstante os efeitos produzidos por esse processo contemporâneo, o Estado, no mesmo intuito de perfectibilizar sua prestação jurisdicional, não deve deixar de atender ao formalismo mínimo das regras positivadas. Por essa razão, as manifestações do juízo continuam atreladas à obrigatoriedade de ser motivada racionalmente, indicando os critérios justificadores da dinamização do *onus probandi* no caso concreto. Nessa mesma senda, e segundo CARPES (2010, pg. 130), “a ausência de decisão coerentemente fundamentada acerca da dinamização padece de vício grave, merecendo o decreto de inviabilidade”.

Nesse diapasão, é perceptível que assinala-se na sistemática do processo contemporâneo uma injeção de valores constitucionais frente ao formalismo processual exacerbado enraizado pelo panorama liberal. Por conseguinte, o mesmo doutrinador elenca

duas bases (princípios) constitucionais que, na sua visão, sustentam a Teoria introduzida por Peyrano, quais sejam, os “direitos fundamentais da igualdade e do direito à prova” (CARPES, 2010, pg.130).

Os pilares constitucionais que dão base e, ao mesmo tempo, profundidade à Teoria do Ônus Dinâmico, são inúmeros, sendo que diversos autores salientam alguns de sua preferência.

Além dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, o jurista Arthur Carpes, ao longo de sua obra faz referência a princípios constitucionais como o da igualdade, do processo justo, da efetiva e adequada tutela jurisdicional, da razoabilidade entre outros. Já o ilustre professor Fredie Didier Jr. não deixa de lembrar que a Teoria Dinâmica é “uma decorrência dos seguintes princípios: da lealdade, boa-fé e veracidade, da solidariedade com o órgão judicial...” (DIDIER JR, 2012, pg.97).

O doutrinador Nelson Nery Jr. ressalta ainda, que os princípios invocados pela Carta Magna que motivam a aplicação da Teoria das Cargas Probatórias Compartilhadas também compreendem os da isonomia, contraditório, ampla defesa, sendo todos até aqui já citados “derivados de um único princípio, a saber: do princípio do devido processo legal em sentido processual” (NERY JUNIOR., 2004, pg.70). Luiz Alberto Reichelt (2009, pg.351), por sua vez, registra princípios como o da probidade processual e o dever de colaboração para com o julgador como alicerces para a inserção da Teoria no sistema processual civil pátrio.

Assim, a teoria do Ônus Dinâmico Probatório está escorada em fundamentos constitucionais que dão sustentabilidade para a sua fixação na atual sistemática do processo progressista brasileiro, consolidando-se como mecanismo auxiliador de obtenção de justiça.

2.2.1 Alicerces constitucionais

Dentre os pilares constitucionais que ajudam a sustentar a Teoria no sistema processual, alguns deles merecem destaque especial, pois estão entre os princípios constitucionais que possuem algumas nuances, das quais muitas estão presentes nas normas do processo civil, bem como nas regras constitucionais com menor visibilidade. Por isso, passar a analisar princípios constitucionais de vasta abrangência torna-se importante para

aplicação da Teoria das Cargas Compartilhadas, o que colaborará para selar a aplicabilidade da Teoria progressista.

Diante desse ambiente constitucional que municia fortemente a teoria da dinamicidade do ônus probatório, cumpre enfatizar os verdadeiros dogmas do processo civil-constitucional contemporâneo, que dentro de tantos princípios, abrigam, *per si*, a grande maioria dos demais. Assim, dentro desse vasto repertório constitucional lembrado pela doutrina, podemos identificar a existência de princípios com caráter de abordagem muito grande e que abrigam, dentro de seu próprio conceito, vários outros princípios.

Pela amplitude dos princípios do Acesso à Justiça, da Efetividade do Processo e da Isonomia Processual das Partes, reputa-se alastrar por eles todas aquelas cláusulas que dariam azo à aplicação da teoria em comento. Nota-se, por exemplo, que no Acesso à Justiça, podem ser compreendidas, intrínsecas neste princípio, normas como Direito de Ação, Inafastabilidade de Jurisdição; pela Efetividade do Processo, constata-se que junto a ela estão ligadas as regras do Devido Processo Legal e do Direito à Prova; e, na Isonomia Processual das Partes, inerente a esta certifica-se a presença do Contraditório, Igualdade, Ampla Defesa⁵.

2.2.1.1 Princípio do Acesso à Justiça

Feita a anotação, importante destacar a notória evolução do conceito do princípio do Acesso à Justiça nos últimos tempos, visto que se encontra em total consonância com a chegada da Teoria do Ônus da Prova Dinâmico no sistema processual brasileiro. A norma encontra-se expressamente prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁶, e Zaneti (2011), a respeito de seu conceito, anota que se no primeiro momento o acesso à justiça previa somente a simplória possibilidade de ingressar com uma ação judicial, hoje essa leitura não se enquadra nos moldes constitucionais do processo civil vanguardista.

⁵ A articulação desta relação entre os princípios de maior notoriedade e aqueles que estão implicitamente ligados à esses ocorreu a partir da análise de diferentes obras, sendo que cada autor faz a sua relação. Essa foi baseada na doutrina dos juristas aqui já trabalhados, como por exemplo, Suzana Santi Cremasco, Paulo Rogério Zaneti, Arthur Carpes, Luiz Alberto Reichelt, Moacyr Amaral Santos, Fredie Didier Jr. e Cassio Scarpinella Bueno

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;**

Atualmente, conquanto o conceito do acesso à justiça tenha se expandido de modo significante, apontam-se duas finalidades fundamentais do princípio no sistema jurídico: “acessibilidade igualitária a todos” e “produção de resultados justos”. E o mencionado autor (2011, pg. 134), lembrando nomes como Cappelletti e Garth, elucidou:

Segundo aludidos autores, essas duas finalidades básicas da expressão “acesso à Justiça” só seriam tangíveis desde que – e somente se – esse acesso se desse de forma *realmente efetiva*, o que implicaria a existência de mecanismos adequados para reivindicação de direitos. Caso contrário estaríamos diante de um acesso à Justiça *totalmente ineficaz, para não dizer utópico ou, ainda, apenas formal*. (grifo nosso).

E acena nesse mesmo caminho Nelson Nery Jr.:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, **sem o quê estaria vazio o princípio**. (grifo nosso).

Sensíveis a todas as modificações contemporâneas que aconteceram e vêm acontecendo, bem como à necessidade de adaptação de conceitos que começavam a ficar ultrapassados, a doutrina jurídica identificou três fases do acesso à justiça que provocaram esse conceito atual humanista, sendo, na verdade, esses três momentos, o histórico conceitual do princípio do Acesso à Justiça.

A primeira “onda”, como é chamada por Cappelletti e Garth, foi aquela que procurou disponibilizar a assistência judiciária aos pobres. A segunda “onda”, preocupou-se com a representação dos interesses difusos. Já a terceira e última, trouxe uma nova dimensão de acessibilidade jurídica. Ela preocupa-se, da mesma maneira que as demais, em efetivar um direito, mas ultrapassa isso e instiga um conjunto geral de ações, provocando instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos e reconhece a imprescindibilidade de “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” (ZANETI, 2011, pg. 135).

Portanto, nessa ótica que alia alicerces constitucionais e dinamismo processual, Zaneti (2011, pg.135) sintetiza a última “onda” do acesso à justiça:

Enfim, na visão mais atual e contemporânea do processo civil como instrumento de realização do direito material, o real e verdadeiro acesso à Justiça é aquele que é efetivo/eficiente, e somente esse. [...] Consubstancia-se na adoção de mecanismos que possibilitem o reconhecimento do próprio direito alegado pelas partes, uma vez que ter um direito sem possibilidade de prová-lo é o mesmo que não tê-lo.

Do exposto, fica claro que das duas finalidades essenciais do princípio do Acesso à Justiça, “acessibilidade igualitária a todos” e “produção de resultados justos”, as duas primeiras “ondas” de acesso à justiça visaram a garantir a acessibilidade para todos, criando mecanismos para possibilitar oportunidades aos mais carentes financeiramente, ou às grandes massas populacionais. Porém, essa última “onda” atenta dar efetividade à construção de resultados processuais legítimos e probos, tornando-se um movimento realmente de justiça.

Por seu turno, perspectiva equivalente é a que a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova pretende implementar no sistema processual, caracterizando-se como um dos aspectos que tornam apta sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Um dos instrumentos que viabilizariam o efetivo acesso à justiça, seria justamente a possibilidade de os encargos probatórios serem compartilhados entre os litigantes sem a existência de critérios fixos, dependendo apenas da análise do juiz no caso concreto.

Isso porque quando o magistrado compartilha dinamicamente o ônus da prova entre ambas as partes, mormente nas situações em que o art. 333, do CPC, cega e inflexivelmente gera dificuldade, ou até mesmo impossibilidade da produção probatória, ele está efetivando o acesso das partes no judiciário, pois busca a verdade real para proferir um resultado justo.

Vale lembrar mais uma vez a interdisciplinaridade das bases constitucionais sustentadoras da Teoria Dinâmica, ressaltando o prisma abrangente do exame nestes princípios aventados. Ou seja, em um aprofundamento na análise desses princípios constitucionais-processuais, chega-se à conclusão de que todos, de um certo modo, estão interligados, servindo um de complemento para o outro.

2.2.1.2 Princípio da Efetividade

Assim, outro princípio pertinente para ser analisado é o da Efetividade do Processo, que também está conectado não só com os princípios do Devido Processo Legal e Direito à Prova, mas também à própria regra esmiuçada anteriormente, a do Acesso à Justiça. No mesmo trilho, a doutrina hodierna alia ao preceito da Efetividade do Processo normas como do contraditório e da ampla defesa, pois são formas de, ao transcorrer da lide, garantir a efetividade da demanda.

A efetividade processual deve seguir o olhar de expressões como “realizar”, “efetuar” ou “perfazer”, pois um processo só pode ser considerado efetivo quando realiza, efetua ou perfaz o direito material a ele conferido para apreciação. Logo, a efetividade assenta-se na ideia de eficiência, ou seja, na aptidão de desempenho, da melhor maneira possível, da própria função do processo (ZANETI, 2011, pg.138). O processo será efetivo quando conseguir alcançar, ao final de sua prestação jurisdicional, seu principal objetivo, qual seja, entregar um resultado justo.

Nesse ínterim, não é possível deixar de fazer o *link* com os princípios do devido processo legal e do direito à prova (contraditório e ampla defesa), evocados anteriormente. São eles que darão instrumentalidade ao princípio da Efetividade durante o litígio processual, assegurando o direito de um processo dentro de seus devidos passos e procedimentos, bem como garantindo às partes a possibilidade de provar suas alegações e induzirem no convencimento do juiz. Aproveitando os ensinamentos de Zaneti (2011, pg.139), conclui-se que “a teoria da carga dinâmica da prova encontra espaço de aplicação pelo que atualmente se deduz acerca da efetividade do processo e com essa se compatibiliza perfeitamente”⁷.

Em tempo, o próprio autor (2011, pg. 136), reportando-se aos ensinamentos de Sandra Aparecida Sá dos Santos, frisa:

sabendo-se que as sentenças não de se apoiar nas provas, fácil é concluir que, quanto mais se garanta igualitário tratamento às partes no acesso à jurisdição, tanto melhor se há de dar a cada um o que é seu. Por isso, o equilíbrio da distribuição do ônus da prova, nas relações jurídicas de natureza civil, é indispensável para a efetiva garantia constitucional do devido processo legal.

Consoante dissertado acima, a caminhada evolutiva dos princípios constitucionais é feita sempre em conjunto com vários outros princípios e sempre um serve de impulso para o outro. Por esse motivo, Zaneti (2011) constata que a efetividade processual chega muito perto do significado atual de acesso à justiça, “na medida em que ambos os princípios visam garantir às partes o fornecimento de uma tutela jurisdicional adequada e, acima de tudo, qualificada para a realização do direito”.

⁷ Discurso similar, e que também chancela a Teoria por essa base principiológica, é o de João Monteiro de Castro, em *Responsabilidade Civil do Médico*, São Paulo, Método, 2005, p.190: “A jurisprudência, dando mostras de flexibilizar o entendimento tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, **na medida em que esta objetiva garantir o direito a quem realmente o titule, já agrega esta teoria**, que encontra campo no panorama do direito positivo brasileiro, sem, contudo, com ele conflitar”. (grifo nosso).

2.2.1.3 Princípio da Isonomia

Por fim, vem à baila o princípio da Isonomia Processual que possui a intenção de contribuir com a mitigação da desigualdade entre os demandantes, principalmente demonstrando que a diferença econômica, técnica, cultural, hierárquica etc., que pode haver fora do processo, não refletirá nos olhos do Judiciário. E a norma ganha força justamente por ter o desígnio de igualar as partes dentro do processo, quaisquer que sejam elas, independente de sua posição processual, sem discriminação.

Aludida regra acha-se expressa no diploma de processo civil brasileiro, mais especificamente em seu art. 125, I⁸, e ganha guarida também em âmbito constitucional, no Texto Maior, art. 5º, *caput* e inciso I⁹. Contudo, Zaneti (2011) detecta o perigo dessa igualdade não ser concreta e real, tornando-se apenas letras de legislação, passa a ser mera “igualdade formal”.

A partir disso, na busca de colocar autor e réu em imprescindível e obrigatório equilíbrio processual que a aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova se torna fundamental perante as situações de enorme disparidade probatória. Consequentemente, o autor sublinha que essa desarmonia surge do fato de que uma das partes se localiza em posição privilegiada em comparação ao conjunto probatório da outra, ou em face da própria parte contrária (2011, pg.141).

Alerta-se, diante do exposto, esta a trata-se de uma conduta inicialmente observadora por parte do magistrado para identificar qual parte encontra-se em posição de superioridade no plano do ônus da prova, porque, a partir de então, deverá ocorrer o compartilhamento do encargo probatório com a justa proporcionalidade entre as partes.

E com isso, Fredie Didier Jr. (2012, pg.147) volta a diagnosticar que a paridade entre as partes “só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-

⁸ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; (...).

⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...).

lo”, ratificando novamente, porém agora sob a luz do princípio da Isonomia Processual das Partes, a aplicabilidade da Teoria Dinâmica de Peyrano no processo civil brasileiro.

Considerando que diante do prisma constitucional a regra clássica de distribuição dos encargos probatórios é relativizada, a nova Teoria aparece para complementar a norma do art. 333 do CPC, compondo sua exegese e ajustando o instituto do ônus da prova aos parâmetros constitucionais do processo civil.

2.2.2 A contemplação da teoria dinâmica do ônus da prova nas atuais regras do Código de Processo Civil

Desde a edição do CPC de 1939 a distribuição do ônus da prova tem por base a posição assentada pelas partes e a natureza do fato objeto da respectiva prova. Em que pese a regra disposta no *Códex*, podemos encontrar diversas normas que autorizam e amparam a Teoria Dinâmica, desde princípios constitucionais e institutos do processo civil, até preceitos expressos no atual CPC, bem como orientações doutrinárias e jurisprudenciais.

Há quem argumente em favor da desnecessidade de regulamentação da dinamização do ônus da prova no processo civil, como por exemplo, Robson Renault Godinho, mencionado por Fredie Didier Jr. (2012, pg.96), que exprime, “a distribuição do ônus da prova é uma questão vinculada ao exercício dos direitos fundamentais, não necessitando de integração legislativa para sua flexibilização”. Contudo, a ideia é articular o debate sobre a teoria e seus fundamentos para confirmar a possibilidade de introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa etapa do processo civil brasileiro, o Projeto do novo Código de Processo Civil contempla a Teoria Dinâmica, e, desta forma, também contempla, como diz José Miguel Garcia Medina (2010), “dispositivos que concretizem os princípios e garantias constitucionais”. Por essa ótica, mostra-se que a previsão da técnica do ônus dinâmico pelo Código de Processo Civil garantiria maior segurança jurídica aos litigantes, uma vez que seria obrigatória sua aplicação quando preenchidas suas condições e haveria uma maior uniformidade das decisões, já que a utilização da técnica não estaria ao livre arbítrio da autoridade.

Já na análise sobre a distribuição compartilhada do ônus da prova de Suzana Santi Cremasco, (2012, pg. 94), uma visão interessante estuda os variados artigos expressos no CPC vigente que dão entrada para a “procedimentalização” da Teoria. A autora explica que o atento exame de todo o processo civil,

desde a audiência preliminar, passando pelos poderes instrutórios do juiz, até o modo de produção de algumas modalidades de prova – permite constatar, de forma irrecusável, a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fundada nas particularidades de cada caso concreto e tendo como escopo precípua a efetiva produção da prova que se pretende realizar e o conseqüente alcance de um resultado justo.

E a mesma autora também alerta sobre o ônus da prova dinâmico poder ser aplicado em relação a mais de um fato controvertido no mesmo litígio, sendo que a incidência da dinamicidade está condicionada à existência dos critérios ou não na produção da prova relativa a cada fato. Ou seja, é possível recair sobre uma das partes o encargo probatório referente a um fato controvertido determinado, não ocorrendo a mesma coisa quanto a outro fato, em que as regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova se inverteriam para a parte contrária àquela (CREMASCO, 2012).

No mais, sendo as bases constitucionais assunto já trabalhado, os artigos espalhados pelo CPC que possuem harmonia com a Teoria Dinâmica, de certa forma condensam princípios da Carta Magna em normas processuais aplicáveis ao dia-a-dia dos litígios nos fóruns. E esses artigos não se confundem com o tema estudado dos fundamentos da Teoria, pois, apesar de possuir estreito espaço de diferenciação, apenas representam a inexistência de óbice da dinamização do ônus da prova na atual legislação em vigor.

Inicialmente, tem-se por destacar a análise feita das regras contidas no art. 333 do CPC por Paulo Rogério Zaneti (2011), acrescentando importante compreensão para o tema da Teoria Dinâmica. Ao propor uma reflexão sobre as convenções expostas nos incisos do parágrafo único do art. 333, do CPC¹⁰, o autor encontra alguns motivos considerados pelo legislador para autorizar a decretação de nulidade de alguma disposição de ônus da prova

¹⁰ Art. 333. [...] Parágrafo único. **É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.** (grifo nosso).

diversa daquela estabelecida no *caput* e incisos do artigo. Essas razões seriam coibir a prova diabólica, evitar que uma das partes se utilize de artifícios ou superioridade técnica/econômica/cultural/jurídica para se sobrepor à outra e combater o desequilíbrio processual nocivo a segurança jurídica e as decisões justas.

Nesse sentido, destarte, se a lei permite ao juiz decretar nulo o pacto das partes que distribui o ônus da prova de modo diferente do estatuído nos incisos I e II do art. 333 do CPC quando esse acordo torna muito oneroso o exercício do direito para uma delas, “nada mais natural e elementar que o magistrado possa, num determinado caso concreto [...], atribuir esse ônus também de maneira diversa do previamente estabelecido pelos incisos I e II do art. 333 do CPC, utilizando, por exemplo, a teoria da carga dinâmica da prova para tal [...]”. (ZANETI, 2011, pg. 144).

Nem seria preciso mencionar que em inúmeros casos concretos, no decorrer da instrução processual, as partes possuem enormes dificuldades para desempenhar as regras contidas estaticamente no art. 333, do CPC. Apresentando o mesmo fito da Teoria difundida por Peyrano, porém de modo mais tímido e conservador o legislador introduziu o art. 130¹¹ ao CPC, outorgando ao juiz a possibilidade de determinar a produção de provas que ele julgue necessárias à instrução do processo, bem como indeferir diligências que ele repute inúteis ou protelatórias.

Se o destinatário da prova é o juiz, é corolário lógico que essa autoridade possa utilizar-se de teoria que facilite sua convicção quando as regras clássicas de partilhamento do ônus probatório representem elas próprias obstáculo à sua atuação justa e efetiva (ZANETI, 2011, pg. 149). Nesse caso, procedendo na forma facultada pelo artigo, o magistrado estará cumprindo com sua tarefa de sujeito processual ativo, alterando o encargo probatório inicialmente fixado, aprimorando a instrução e permitindo que sua convicção final se forme concretamente.

Na obra de Suzana Cremasco (2012, pg. 95), nota-se que esse momento do juízo aplicar as possibilidades trazidas pelo art. 130 do CPC, instigando a instrução processual,

¹¹ Art. 130. 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.

deve calhar quando o magistrado sentir que sua convicção não está plenamente formada, ou seja,

constatando a falta de elementos de prova quanto a fatos relevantes para a solução do litígio, tem o dever de determinar diligências voltadas a construir, no processo, um quadro fático-probatório tal que mais e melhor se aproxima da realidade daquilo que efetivamente ocorreu. [...] Só assim o magistrado cria condições para que a sua decisão seja justa e, enquanto tal, seja capaz de pacificar o conflito [...] e fazer com que a atividade jurisdicional e o próprio processo alcancem os fins a que se propõem.

Com o poder instrutório concedido ao magistrado, é possível identificar que a “dinamicidade” de Peyrano também já foi introduzida na própria atividade jurisdicional do juiz, transformando-o em um verdadeiro diretor do processo. Revela-se então que o legislador já vem demonstrando sinais de que a própria legislação recepcionaria a Teoria dos Encargos Probatórios Dinâmicos.

Entretanto, depois do art. 130, o Código Processual brasileiro não se esqueceu dos litigantes e injetou, através do enunciado do art. 339¹², segundo o qual ninguém poderá se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para buscar a verdade real dos fatos, o dever de colaboração das partes com a busca da verdade, impossibilitando que algum demandante, mesmo em melhores condições, se esconda atrás do art. 333 do Código.

O aludido art. 339 compromete as partes pela sua própria literalidade, não deixando outra saída para as partes senão a de incorporar o espírito solista e contribuir com a produção probatória, mesmo quando se tratar de fato alegado pelo outro litigante. Com finalidade de corroborar com o art. 130 que dá poderes ao juiz para determinar diligências, o art. 339 completa aquele e coloca o dever de as partes colaborarem com a lide, incitando a preocupação com o espírito da cooperação e do solidarismo que habita o processo civil moderno.

Outrossim, o Código de Processo também contém expresso em seu art. 125, I, a seguinte redação: “*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento [...]*”, da qual também extrai-se facilmente alguns princípios constitucionais que também justificam a aplicação da Teoria do Ônus da Prova Dinâmico. Além de viabilizar ao juiz o não comprometimento de

¹² Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

suas decisões, o art. 125, I, do CPC, leva ao magistrado o dever funcional de garantir o princípio da Igualdade das Partes no processo, que, como vimos, é um dos alicerces para o implemento da Teoria no sistema processual do Brasil.

Soma-se ainda aos artigos supracitados as regras do art. 131¹³ e 332¹⁴, do CPC, pois implícitas nelas também estão normas constitucionais que são bases da Teoria da Dinamização do Ônus da Prova. Do primeiro artigo denota-se consonância com uma das mudanças propostas pela Teoria, na qual o juiz não irá se ater a posição das partes para distribuir os encargos probatórios e “apreciará livremente a prova”, importando-se apenas “com a obtenção da prova e não propriamente com qual foi o litigante responsável por produzi-la” (CREMASCO, 2012, pg. 95). Já pela concepção do art. 332 do CPC, Cremasco (2012) capta que apesar do texto fazer menção a “meio legal ou moralmente legítimo”, é certo que em não resultando na *probatio* diabólica, o deslocamento do encargo de uma parte para outra constitui sim um mecanismo de que dispõe o julgador para a descoberta da verdade real e do qual deve se valer para sua obtenção nos casos concretos.

Dessa forma, nessa visão recepcionista dos artigos do processo civil à Teoria Dinâmica, todas as regras ilustram, na prática, os referidos princípios constitucionais que embasam a Teoria. Ou seja, verifica-se que não há obstáculo para introduzi-la no Código de Processo, muito pelo contrário, os dispositivos até aqui expostos demonstram grande afinidade com princípios como o do Direito à Prova, Devido Processo Legal, Isonomia das Partes, Solidariedade, Efetividade do Processo, Processo Justo e tantos outros estudados anteriormente.

Portanto, fica evidente que o uso dos poderes de instrução pelo juiz, bem como os deveres estabelecidos às partes, abrigam uma gama enorme de normas constitucionais que são esteio da Teoria das Cargas Compartilhadas, sendo mister sublinhar o resultado lógico de influência exercida sobre a regra do art. 333 do CPC, pelos demais artigos do Carta Processual já comentados aqui. Segundo explica Suzana Cremasco (2012, pg. 96), esse reflexo acontece

¹³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁴ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

pelo simples fato de que, ao definir que deve ser produzida esta ou aquela prova, o julgador está, de certo modo, indicando o litigante que será responsável pela prova de qual fato, responsabilidade esta que deverá incidir quando do julgamento do feito, se a prova reclamada não for verdadeiramente produzida.

Dessa digressão por tantos preceitos legais que envolvem e atingem as regras de distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC, deve ser destacado que o legislador processual civil pátrio já segue uma tendência moderna ao conferir maior *dinamismo* à atuação do magistrado. Assim, chega-se outra vez ao resultado que a possibilidade de o juiz atuar de forma dinâmica, servindo-se de seus poderes instrutórios, confere plena acomodação da Teoria no caderno processual brasileiro, validando a hipótese de sua introdução no art. 333 do CPC.

2.3 Ocasão para operar a dinamização

Conforme foi demasiadamente ressaltado, esse novo rumo do processo possui pleno apoio constitucional, não deixando muitos espaços para opiniões desfavoráveis à Teoria Dinâmica. No entanto, um dos temas polêmicos que ainda gera muitas divergências na doutrina é acerca de qual é o momento mais adequado para proceder a dinamização do ônus da prova. Qual o momento, ou fase processual é mais adequado para o juiz compartilhar o ônus da prova de modo dinâmico?

A pergunta é perspicaz e possui basicamente duas linhas de respostas em que afloram as opiniões da doutrina. Transita a discussão nas hipóteses de o juiz indicar a incidência da dinamização do ônus da prova no início da fase instrutória, no despacho saneador, ou ao final do processo, na fase decisória, em sentença.

Dentre as correntes, o professor Artur Carpes (2010) explica que há aquela a sustentar a flexibilização das regras estáticas do ônus da prova no momento do julgamento da causa, alegando que as normas de distribuição do ônus probatório são normas de juízo que orientam o magistrado, quando surge um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Assim, no caminho dessas considerações, não caberia ao juiz “antecipar o juízo sobre a distribuição do ônus da prova para momentos procedimentais anteriores, quando a cognição ainda é sumária e superficial, pois com isto estará pré-julgando os fatos alegados” (CARPES, 2010, pg. 134).

Em contrapartida, existe o entendimento apoiador da dinamização do ônus de provar na fase postulatória, ou no momento de saneamento do processo. A doutrina posicionada nesse raciocínio discorre no sentido de que a atividade instrutória já se iniciaria com o ônus da prova transparentemente distribuídos entre os sujeitos, deixando as partes cientes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas (CARPES, 2010, pg. 135).

Diante dessas duas alas da doutrina, a autora Santi Cremasco (2012, pg. 89) se posiciona já mais enfaticamente e explica que a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova deve ser aplicada nas primeiras atuações do magistrado, porque

para além de nortear a conduta do julgador quando da prolação da sentença, o ônus da prova tem por escopo também orientar e embasar a atividade das partes no curso da instrução, a intenção de repartição dos encargos não só pode, como deve ser claramente enunciada e expressamente definida antes do início da fase probatória, de forma a possibilitar o seu conhecimento e, sobretudo, o seu cumprimento por parte dos litigantes.

E o espírito mais veemente da jurista é adequado. Praticar a dinamismo do ônus da prova apenas no momento da sentença, apenas como forma de punição ao preparo probatório defeituoso realizado por alguma das partes não traduz a melhor procedimentalização. Como a própria autora explica (2009, pg. 90), quando há distribuição dos encargos probatórios dinamicamente antes da fase de instrução, essa percepção do juiz não cria uma medida de cunho punitivo, como seria no caso se fosse feita na sentença, mas destina-se a

incentivar a sua efetiva produção, de forma a auxiliar na formação de um conjunto fático-probatório que mais se aproxime da realidade daquilo que efetivamente ocorreu, possibilitando, assim, a descoberta da verdade e a obtenção de um resultado justo.

Para esse resultado se concretizar devem as partes ser obrigatoriamente avisadas pelo juiz de qualquer mudança que possa vir ocorrer na regra do art. 333, de forma a não serem surpreendidas no momento do julgamento e, mais grave ainda, não tenham sequer a oportunidade de produzir a prova e cumprir com o ônus recebido (CREMASCO, 2012, pg.90).

Além disso, atentaria contra o direito fundamental ao contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, na medida em que a participação na construção do convencimento judicial restará prejudicada, ante a impossibilidade de cumprir com o ônus de provar depois

encerrada a fase de instrução (CARPES, 2010, pg. 136). Assim, o autor afirma que a sentença constituída por esses moldes, encontra-se eivada de legitimidade.

Não suficiente, o renomado professor (2010, pg. 136-137) faz mais um alerta:

ao surpreender as partes com a alteração na repartição dos esforços de prova quando da sentença, acaba-se por violar o próprio interesse público [...]. A “problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”.

Ainda, o mesmo autor (2010) ressalta que a mutação da regra do ônus da prova em ocasião de sentença fere também o dever de colaboração do órgão judicial para com as partes, sendo que quando o juiz não cumpre com o dever de prevenção - no sentido de “prevenir” as partes acerca das insuficiências das alegações, bem como seu dever de auxiliar as partes na solução das dificuldades – ofende justamente um dos fundamentos mais patrocinados por aquela doutrina, o de colaboração entre os sujeitos do processo.

Por fim, Artur Carpes (2010, pg. 133) anota com muita riqueza que a dinamicidade dos encargos probatórios prescinde de postulação das partes para ser operada, pois seus corolários lógicos – os princípios constitucionais já mencionados – constituem questões de ordem pública,

eis que se ligam diretamente à finalidade principal do processo, que é promover o alcance da justiça. Assim, mesmo na ausência de requerimento das partes, uma vez flagrada a inconstitucionalidade da distribuição do art. 333 do CPC, constitui verdadeiro dever do juiz determinar, isto é, até mesmo de ofício, a dinamização dos ônus probatórios, com o fito de possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional.

Em vista disso, ao proceder em concordância com a corrente fundada na ideia de que a dinâmica do ônus da prova deva dar-se no momento do julgamento, o juiz estará por engessar a dinâmica da carga, voltando esta a ser estática, “perdendo a teoria, senão a sua essência, certamente a sua própria razão de ser” (CREMASCO, 2012, pg. 91).

Consoante leciona Carpes (2010), o processo cumpre sua finalidade quando faz justiça, e se ela encontra-se vinculada à aproximação da verdade real dos fatos, somente se chegará a ela evitando-se a formalização do juízo. Portanto, tudo leva a crer que o incentivo à construção do conjunto probatório, mediante o eficaz e tempestivo compartilhamento do ônus

da prova é o que proporciona resultado mais ajustado aos desígnios da justiça, além de fomentar o diálogo e a colaboração entre as partes.

A divisão dinâmica do ônus da prova revela-se adequada no início da fase instrutória, no despacho saneador proferido pelo magistrado, quando este fixar os pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e estabelecer os encargos probatórios de cada prova para determinado litigante (CREMASCO, 2012, pg. 91). Paulo Rogério Zaneti (2011, pg. 125), ao citar Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, também chancela o compartilhamento dinâmico dos encargos probatórios no referido momento:

“Há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração de sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar”.

Ademais, outro doutrinador renomado que possui o mesmo entendimento é Fredie Didier Jr. (2012, pg. 100), que resume:

essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.

Sob esse olhar, tem-se que a nova teoria deva ser implementada como uma regra que venha a complementar a regra estática do CPC, oportunizando ao magistrado, nos casos em que a regra tradicional tornar-se insuficiente, a possibilidade de distribuir dinamicamente os encargos das provas entre os sujeitos do processo no início da fase instrutória, porém, não impedindo que se faça em momento posterior, caso surja novos pontos controvertidos.

Desses apontamentos, insta frisar que a regra do ônus da prova dinâmico é importante ferramenta processual de efetivação de inúmeros princípios constitucionais que passaram a habitar o processo civil contemporâneo. Dessa forma, além de suas bases estarem em harmonia com a Carta Magna, a proceduralização do ônus dinâmico da prova – e, conseqüentemente, o seu momento de distribuição de maneira compartilhada - também encontra guarida com os preceitos constitucionais, confirmando a legitimidade da adoção da Teoria.

De acordo com o estudo proposto, perceptível, ainda que implicitamente nos dispositivos do Código, a presença da nova Teoria na Carta Processual brasileira. Contudo,

isso aparenta não ser o bastante, sendo preciso incluí-la expressamente nos ditames do art. 333 (do CPC). Assim, só resta ao legislador pátrio acompanhar a citada “terceira onda” do princípio do Acesso à Justiça e positivar a Teoria no Código de Processo Civil, conferindo efetividade as reais funções do processo civil contemporâneo e correspondendo as ânsias sociais.

CONCLUSÃO

De toda pesquisa até aqui realizada, imperioso se faz destacar que a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova é hoje um instrumento do processo civil moderno que está apto para ser introduzido na sistemática processual brasileira e, mormente, encontra-se plenamente adequado às exigências da sociedade contemporânea.

O ônus da prova detém grande relevância no processo civil, haja vista que influencia na conduta das partes durante a instrução probatória e, ainda, contribui para a construção da convicção do magistrado para ele estabelecer seus critérios no momento decisório. Percebe-se, dessa forma, que o instituto do *onus probandi* estabelecido no art.333 do Código de Processo Civil não seja suficiente às demandas atuais, pois distribui os encargos das provas de maneira prévia e estática, gerando, inclusive, em diversos casos, a dificuldade da produção probatória, ou, até mesmo, a impossibilidade da sua produção.

Trazendo prejuízo às partes em determinados casos, bem como entregando alguns resultados injustos ou até ilegítimos, a lei processual vigente é carecedora de um complemento, sendo, neste aspecto, a nova Teoria das Cargas Compartilhadas, que visa dinamizar a distribuição dos encargos probatórios dependendo de cada caso concreto. Esta ferramenta do processo civil cada vez mais constitucional é uma maneira de instrumentalizar o processo, levando para o dia-a-dia forense soluções para as demandas hodiernas, legitimando princípios constitucionais às regras do processo.

Sem dúvidas, a distribuição dinamizada do ônus da prova tem a dádiva de propagar um caráter mais humanista e solidário aos sujeitos das lides, impulsionando uma colaboração de todos os lados na busca da elucidação dos pontos controversos, resultando, por fim, em

decisões mais justas e legítimas. Dessa forma, sustentada por bases estabelecidas na Carta Federal, bem como por normas do próprio CPC, a Teoria veiculada por Peyrano possui espaço no ordenamento jurídico brasileiro, encaixando-se perfeitamente no atual momento em que a população cobra por dignidade e honestidade.

Assim, pelo caminho percorrido até aqui, percebe-se que a Teoria Dinâmica dos Encargos Probatórios merece ser introduzida na legislação processual civil, para então assim chancelar as novas faces do processo civil-constitucional contemporâneo tanto difundido pela doutrina e solicitado pela população.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário**, Tomo I. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, vol. I.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DIDIER JR, Fredie; et al. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2012, vol. 2.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento da sentença**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova: Teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas**. Curitiba: Juruá, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O espírito democrático do anteprojeto do novo CPC.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/detalha_artigos.asp?data=12/03/2010&codigo=2077. Acesso em: 20 Jun. 2013.

MORÉS, Rachele. **A dinamização do ônus da prova.** Porto Alegre: UFRGS, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios do processo civil na constituição federal:** coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

PEREIRA, Paulo Macedônia. **O ônus da prova.** Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 52, n. 317, p. 53-68, mar 2004.

PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil,** Tomo IV. 3 ed. rev. e aum. Atualização legislativa Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova.** São Paulo: Malheiros, 2011.