

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

ALINE CHRISTINO

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A BUSCA PELA EFETIVIDADE
PROCESSUAL**

Três Passos (RS)

2012

ALINE CHRISTINO

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: A BUSCA PELA EFETIVIDADE
PROCESSUAL**

Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Monografia.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: MSc. Lisiane Beatriz Wickert

Três Passos (RS)

2012



UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NORDESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Cursos de Graduação: Direito, Serviço Social e Sociologia (EuD)



DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito
CCPEGD - Colegiado de Coordenação do Programa de Ensino de Graduação em Direito

DECLARAÇÃO Nº 06/2012- 2º semestre

Declaramos, para os devidos fins, que se encontra registrado no Livro de Atas (Ata nº 07/2012 - 2º semestre) de defesas de monografias do Curso de Graduação em Direito, Campus Três Passos, que **Aline Christino** (RG: 614341), defendeu sua monografia de graduação na data de 12 de dezembro de 2012, obtendo nota 97 (*noventa e sete*).

A monografia, intitulada "A aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro: A busca pela efetividade dos Direitos Humanos" foi apresentada à Banca Examinadora integrada pelo (a) professor(a) Lisiane Beatriz Wickert, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, orientador(a) do(a) graduando(a) e presidente da Banca, e pelo(a) professor(a) Joaquim Gatto, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI.

Declaramos, ainda, que o(a) graduando(a) deverá enviar para o e-mail nucleoacademico.tp@unijui.edu.br até o dia 21 de dezembro de 2012 uma via da versão definitiva do Trabalho de Curso em formato PDF, incorporando sugestões da banca examinadora e, caso seja aprovado(a) com nota igual ou superior a 80(oitenta), deverá entregar termo de autorização (anexo) para publicação de seu trabalho no acervo digital da Biblioteca Universitária Mario Osório Marques, condição *sine qua non* para a expedição do certificado de conclusão do curso.

Passado na Secretaria da Coordenação do Curso de Graduação em Direito, Campus Três Passos, aos doze dias do mês de dezembro de 2012.

Lisiane Beatriz Wickert
Coordenadora do Curso de Graduação em Direito
Campus de Três Passos



www.unijui.edu.br/dcjs
dcjs@unijui.edu.br
Rua do Comércio nº 3.000 - Bairro Universitário - Ijuí/RS - CEP: 98700-000 - Telefone: (55) 3332-0413

Dedico este trabalho a minha família, aos amigos, aos colegas de aula e de trabalho, por todo incentivo, pela força, amparo e compreensão.

AGRADECIMENTOS

À professora Lisiane Beatriz Wickert, minha orientadora, pela paciência, disponibilidade e tamanha eficiência.

À minha família por todo carinho, auxílio e amparo. Por sempre me instigar a lutar pelos meus sonhos, incentivando de toda forma a persistir.

Aos meus amigos, colegas de aula e de trabalho que sempre estiveram dispostos me apoiando.

“Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra geral, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.”

Aristóteles

RESUMO

Este trabalho apresenta aspectos pertinentes e questões polêmicas sobre a prova no processo civil, bem como tece considerações acerca da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Inicialmente, analisa o conceito, fontes e meios de prova, a valoração e finalidade da prova, bem como os principais princípios que norteiam o direito probatório. Em seguida, examina aspectos polêmicos sobre a prova no processo civil brasileiro, como a prova diabólica e a distribuição estática do ônus da prova. A partir do exame desses aspectos polêmicos pretende verificar se a sistemática atualmente prevista na legislação, sobre a distribuição do ônus da prova, é eficaz para o esclarecimento dos fatos e para a busca da verdade real. Nessa perspectiva, busca demonstrar a viabilidade e a imprescindibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro, conferindo maiores poderes instrutórios ao juiz, em prol da efetivação dos direitos fundamentais dos litigantes, trazendo à baila o entendimento doutrinário e jurisprudencial, além das disposições constantes no Projeto de Lei nº 8.046/2010, que regulará o novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Fatos. Prova. Verdade real. Princípios fundamentais. Ônus da prova. Poderes instrutórios do juiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

ABSTRACT

This work presents aspects relevant and controversial issues about proof in civil proceedings, and presents considerations about the theory of dynamic allocation of the burden of proof. Initially, analyzes the concept, sources and evidence, the purpose of the valuation of proof, as well as the main principles guiding the law of evidence. Then examines controversial aspects about the proof in Brazilian civil procedure, as proof diabolical and static distribution of the burden of proof. From the examination of these controversial aspects is intended to verify the systematic currently foreseen in the legislation on the distribution of the burden of proof is effective to clarify the facts and to search for the real truth. In this perspective, we seek to demonstrate the feasibility and indispensability of the application of the theory of dynamic allocation of the burden of proof, giving greater powers to the judge investigation is in favor of enforcement of fundamental rights of litigants bringing to fore the doctrinal and jurisprudential understanding, beyond the provisions in the Draft Law No. 8.046/2010, which will regulate the new Code of Civil Procedure.

Keywords: Facts. Proof. Real truth. Fundamental principles. Burden of proof. Powers investigation of judge. Theory of dynamic allocation of the burden of proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A PROVA	12
1.1 Conceito de prova na área jurídica	12
1.2 Valoração da prova	14
1.3 Finalidade da prova	16
1.4 Principais princípios norteadores do direito probatório brasileiro	17
1.4.1 <i>Princípio da necessidade da prova</i>	18
1.4.2 <i>Princípio da contradição da prova</i>	18
1.4.3 <i>Princípio do dispositivo e princípio inquisitivo</i>	19
1.4.4 <i>Princípio da verdade real</i>	20
2 QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DA PROVA	23
2.1 A prova de fato negativo	23
2.2 A prova diabólica	24
2.3 Poderes instrutórios do juiz	26
2.4 O ônus da prova	28
2.4.1 <i>A distribuição do ônus da prova</i>	32
2.4.2 <i>O ônus probatório no Código de Processo Civil brasileiro</i>	34
2.4.3 <i>A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor</i>	35
3 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	38
3.1 Conceito	38
3.2 Fundamentos e princípios fundamentais	42
3.3 Aplicabilidade	45
3.4 Discussão doutrinária e jurisprudencial	47
3.5 Análise sobre o ônus da prova no Projeto de Lei nº 8.046/2010 – regulamenta o novo Código de Processo Civil	50
CONCLUSÃO	53

REFERÊNCIAS	57
-------------------	----

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar a necessidade de positivizar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro. Para tanto, inicialmente aborda alguns aspectos relevantes sobre a prova na área jurídica, já que esta funciona para demonstrar a ocorrência dos fatos e fundamentar as decisões judiciais, bem como para que possa haver uma melhor compreensão acerca do assunto central do estudo, o qual será analisado no terceiro capítulo.

Para que seja proferida uma legítima solução ao conflito, possibilitando o alcance da paz social, finalidade precípua da prestação jurisdicional, deve haver o mínimo de prova sobre os fatos alegados. É através das provas que as partes se valem para tentar comprovar a veracidade de suas alegações.

Por meio dos elementos de prova colhidos ao longo da instrução da causa, em conjunto com o direito material invocado pelas partes, que o juiz decidirá qual a pretensão jurídica que deve ser tutelada pelo Estado, seja confirmando a versão dos fatos apresentada pelo demandante, seja negando tais ocorrências, ou mesmo verificando a existência de fatos alegados pelo demandado, cuja eficácia seja justamente o impedimento, a modificação ou a extinção dos fatos apresentados como fundamentos da causa de pedir da demanda.

Em seguida, o estudo apresenta algumas questões polêmicas existentes na legislação processual civil que prejudicam a colheita de certas provas no processo, problemáticas as quais acabam impossibilitando a obtenção da verdade real e, por conseguinte, a prolação de uma decisão judicial que atenda de forma satisfatória a pretensão jurisdicional buscada.

Nas questões polêmicas são apresentados assuntos que geram discussão na área jurídica, tais como a problemática da prova diabólica, considerada aquela cuja produção é praticamente impossível de ser realizada; a sistemática de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, a qual apresenta um modelo imutável de distribuição do *onus probandi*, deixando de examinar as particularidades de cada caso concreto; bem como a possibilidade de inversão *ope judicis* do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, à luz dos ideais do processo constitucional moderno, estuda-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. A partir do exame da aplicabilidade desta teoria, objetiva-se demonstrar que ela é capaz de esclarecer de toda forma os fatos controvertidos no processo, a fim de melhor instruir a causa, possibilitando a formação adequada do convencimento do juiz e garantindo, através do seguro exame das regras de direito material, uma solução jurídica justa à lide.

Esse instituto é visto como um instrumento capaz de proporcionar na relação processual a paridade de armas, assegurando a igualdade processual entre os litigantes, bem como a ampla defesa relativamente à dilação probatória.

Por tais razões, à vista de situações enfrentadas na prática processual, na qual muitas vezes uma das partes resta encarregada de produzir uma prova que não está ao seu alcance, enquanto a parte adversária tem condições suficientes de produzi-la, verifica-se ser imprescindível a aplicação desta teoria no processo civil brasileiro.

1 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A PROVA

A prova é imprescindível para a solução dos conflitos levados ao judiciário, uma vez que somente por meio dela que será possível formar no julgador um juízo de valor sobre a questão fática apresentada nos autos, de modo que ele se convença acerca da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor ou pelo réu, a fim de decidir a demanda.

Inicialmente, serão abordadas algumas questões relevantes sobre o direito probatório, para que possa ser realizada uma melhor análise da aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, em busca de maior qualidade da prestação jurisdicional.

Isso porque, muito embora haja parte de processos que envolvam apenas questões de direito, atualmente o Poder Judiciário está abarrotado de lides que dependem da apreciação das questões fáticas, necessitando, deste modo, da instrução probatória para a solução dos litígios.

1.1 Conceito de prova na área jurídica

A prova pode ser conceituada na linguagem comum, bem como possui conceituação na área jurídica.

Na linguagem comum, *prova* se usa como *controle da verdade de uma proposição*; não se fala de *prova* senão relativamente a algo que está sendo afirmado, quando se trata de controlar sua exatidão; não pertence à prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade não afirmada, mas aquele ao invés pelo qual se demonstra ou se verifica uma verdade afirmada (CARNELLUTI, 2003, p. 66-67, grifo do autor).

Consoante Lopes (2002, p. 26) “*Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo).*”.

O conceito de prova na área jurídica pode ser visto por diversas acepções, de modo que grande parte dos doutrinadores brasileiros conceitua a prova em três

sentidos: a) prova é fonte de prova; b) prova é meio de prova; e c) prova é convencimento, é resultado.

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 20, grifo do autor).

As conceituações mais empregadas pelos doutrinadores definem a prova como fonte e meios de prova.

Não se confundem os conceitos de fonte e meios de prova. As **fontes** são aqueles elementos externos ao processo, dos quais se podem extrair informações relevantes para a comprovação do alegado. Uma pessoa que tenha conhecimento dos fatos e que pode dar o seu depoimento é uma fonte de prova. Uma coisa cujo exame permita elucidar questões de fato relevantes para o processo também é uma fonte.

[...]

Com elas não se confundem os **meios de prova**, que são os métodos gerais usados nos processos para a investigação do fato. Os meios de prova são internos ao processo e genéricos, ao contrário das fontes, que são externas e específicas. Uma determinada pessoa que tenha conhecimento dos fatos é uma fonte de prova. A prova testemunhal, com todos os seus requisitos e formas de obtenção, é um meio. Uma coisa cujo exame traga informações sobre o processo é uma fonte. A prova pericial ou a inspeção judicial são meios. (GONÇALVES, 2010, p. 405, grifo nosso).

Como forma de convencimento de determinado fato, a prova é vista no seu aspecto subjetivo, vez que tal convencimento pode variar entre os sujeitos que compõem a relação processual, assim como para aos possíveis julgadores da demanda, tanto no juízo “a quo” quanto no juízo “ad quem”.

[...] De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia prova, sem entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 422).

Nesse sentido, quando o juiz se convencer acerca da existência de determinado fato alegado por uma das partes, diante das provas colacionadas nos autos, poderá se afirmar que o referido fato restou provado.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a **atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz**. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra prova é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz.

[...]

Pode-se empregar o mesmo vocábulo prova para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato. Valendo-nos de nosso exemplo, podemos afirmar que o autor ou o réu, embora hajam trazido ao processo um determinado documento, ou outro instrumento de prova diferente, em verdade não produziram a prova, ou seja, o procedimento probatório não foi capaz de convencer o julgador da existência do fato probando, de modo que o juiz permaneça em dúvida sobre sua existência. Pode-se, neste último caso, dizer que o fato não foi provado, à medida que o juiz não resulte convencido de sua veracidade, ou da veracidade de sua existência. Temos aqui o terceiro significado do vocábulo prova em direito judiciário. (SILVA, 2008, p. 261-262, grifo nosso).

Além disso, a prova pode ser conceituada, ainda, em dois sentidos: a) o objetivo, o qual demonstra a existência de um fato. Segundo Lopes (2002, p. 26) “[...] *Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.*”; e b) o subjetivo, o qual está intimamente relacionado à convicção do julgador.

1.2 Valoração da prova

As provas apresentadas em juízo, destinadas a formar o convencimento do julgador, serão sopesadas no momento da sentença. No ordenamento jurídico, são reconhecidos três importantes sistemas que estabelecem critérios de avaliação das provas.

[...] são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da *prova legal*, em que

a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada *persuasão racional*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 377, grifo do autor).

O sistema da prova legal, existente, a longa data, também conhecido como sistema da prova tarifada, tornava o julgador mero espectador, o qual deveria obedecer ao valor previamente estabelecido por lei a cada espécie de prova. Tal mecanismo de valoração da prova, por rechaçar ao juiz a apreciação do conjunto probatório de acordo com a sua convicção, apresenta-se totalmente inidôneo no processo civil moderno.

O sistema da prova legal, típico do direito medieval, trazia enraizado em seu bojo um forte sentimento de superstição mística. O juiz nada avaliava. Apenas reconhecia a regularidade da realização das provas, de modo a garantir o acatamento do resultado respectivo – originado, segundo a crença geral, de decisão da própria vontade divina. (OLIVEIRA, 1999, p. 12).

Muito embora antigo e inadequado este sistema de valoração da prova possui hodiernamente resquícios no Código de Processo Civil. De acordo com Lopes (2002, p. 53-54) “[...] o critério das provas legais ou tarifadas sobrevive em algumas disposições esparsas como o art. 366 do CPC [...]”.

Já o critério do livre convencimento, igualmente inadequado à prestação jurisdicional, possibilita que o magistrado não esteja adstrito aos fatos e provas produzidos no processo.

Distanciando-se do critério das provas legais, esse sistema propugna pela liberdade plena do juiz na apreciação da prova. Assim, poderia o juiz preferir um depoimento testemunhal a um documento e decidir segundo suas convicções pessoais, até mesmo contra a prova dos autos. Os exageros desse critério levaram ao arbítrio e à injustiça, razão por que também foi afastado pela doutrina. (LOPES, 2002, p. 54).

Esse sistema é por demais criticado, pois pode levar o magistrado a agir arbitrariamente, uma vez que não há limites a sua atividade funcional.

No sistema da persuasão racional, o magistrado valora a prova no momento do julgamento, porém justificando de maneira racional os motivos que levaram a construção da sua convicção. Esse foi o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

O sistema da persuasão racional da prova surge como uma etapa posterior à tese do livre convencimento e, embora admita a liberdade judicial na avaliação probatória, impõe ao juiz a observância de regras lógicas e das máximas de experiência comum. (OLIVEIRA, 1999, p. 14).

Referido sistema é composto pelo modelo da prova legal e do livre convencimento, uma vez que confere flexibilidade para a apreciação da prova, contudo, criando restrição a livre avaliação pelo juiz.

Certamente, este último mecanismo, previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil, é o mais adequado à análise das provas apresentadas ao longo da instrução processual para a solução da lide. Isso porque, o referido mecanismo proporciona às partes a liberdade de justificar a relevância de cada prova produzida, para lastrear as suas alegações. Por outro lado, possibilita ao julgador o livre exame e a valoração da prova, desde que motive de maneira racional a formação da sua convicção.

1.3 Finalidade da prova

Buscada pelo cidadão a tutela do Estado para a satisfação da sua pretensão resistida, deve ser vislumbrada uma solução jurídica para a questão, cuja conclusão, exige a produção de alguma prova como suporte dos fatos.

Para que uma prova produza efeitos no processo deve percorrer quatro fases: 1) requerimento; 2) admissão; 3) produção; e 4) valoração. Em razão da existência de toda essa trajetória, grande parte da doutrina afirma que a principal finalidade da prova, no processo civil moderno, é a formação da convicção do juiz.

O processo, em linhas gerais, representa uma garantia ao cidadão no sentido da satisfação efetiva dos direitos materiais que entende possuir – qualquer que seja a esfera considerada (civil, penal, trabalhista, eleitoral, administrativa) – uma vez que estabelece, com antecedência, as regras que

irão orientar o trâmite que vai desde o pedido inicial até o momento em que se realiza a prestação jurisdicional.

O percurso é longo. E o objetivo é um só: o convencimento do julgador – qualquer que seja a instância envolvida. Para alcançar seu escopo, os litigantes valem-se basicamente de um instrumento: a prova.

É por meio dela que as partes procuram persuadir o julgador de que a razão acomoda-se ao seu lado; de que suas alegações são as verdadeiras; de que os fatos que embasam os direitos alegados correspondem exatamente às versões por eles apresentadas. (OLIVEIRA, 1999, p. 1, grifo nosso).

Existem doutrinadores que apresentam três teorias para justificam a finalidade da prova no processo.

a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser uma finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 28).

No entanto, como há mais de uma teoria que justifica a finalidade da prova no processo, a que possui o objetivo de formar o convencimento do julgador, é a pertinente a consecução da instrumentalidade do processo.

O magistrado não mais fica jungido às provas, cujo valor probante não tenha sido previamente estabelecido no sistema, pois, em regra, não mais há provas aprioristicamente valoradas. Tem o juiz liberdade, como regra geral, de valorar as diversas provas e até de mandar completa-las, desde que isto seja necessário ao seu convencimento, nos casos em que a atividade produtora da prova, pelos litigantes, não resolva suficientemente as questões de fato. (ALVIM, 2005, p. 380).

Verifica-se, portanto, que a teoria que entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz, almeja o julgamento mais célere da lide, vez que o juiz pode indeferir as provas que entender serem impertinentes a formação da sua convicção, evitando, deste modo a produção de provas que visam tão somente protelar o andamento do feito.

1.4 Principais princípios norteadores do direito probatório brasileiro

Um processo justo e efetivo não pode basear-se tão somente nos ditames das normas processuais. Para que o processo atinja a sua finalidade útil, é necessária a interpretação da legislação em conjunto com os princípios gerais de direito.

Pelo exposto, serão analisados, muito embora de forma breve, alguns princípios fundamentais que regem a teoria geral da prova.

1.4.1 Princípio da necessidade da prova

O princípio da necessidade da prova exige que o juiz não profira sentença levando em consideração unicamente seu senso pessoal e subjetivo. Para este princípio é indispensável que haja a instrução processual, quando a questão fática assim exigir, devendo o juiz ficar adstrito às provas e alegações constantes nos autos.

Segundo este princípio, que de certo modo é um reflexo das regras sobre o ônus da prova, os fatos afirmados pelas partes hão de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção de prova de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular. (SILVA, 2008, p. 268).

Por força deste princípio, as partes devem produzir todas as provas pertinentes e necessárias para que o julgador forme seu convencimento, de maneira que sentencie fundamentando o seu raciocínio, não podendo se valer das regras de experiência sem expor adequadamente os motivos que desencadearam a sua decisão.

1.4.2 Princípio da contradição da prova

Para que uma prova tenha validade no processo deve ser passada pelo crivo do contraditório, visto que este princípio garante as partes o direito da igualdade, de modo que sempre deve ser possibilitado o direito de defesa de qualquer meio de prova, apresentado por qualquer uma das partes, que integram a relação processual.

Pela constituição Federal, art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Com isso, nenhuma dúvida pode restar quanto à necessidade de obediência ao contraditório, tanto no processo civil quanto no administrativo. (GONÇALVES, 2010, p. 26).

Ressalta-se a importância de ser observado tal princípio, porquanto sua não obediência é causa de nulidade processual.

[...] Também no domínio do direito probatório, a parte contra quem se produza prova tem direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, e deve ter igualmente o direito de impugná-la e produzir contraprova, se puder, por este meio, invalidá-la. (SILVA, 2008, p. 269).

Logo, de toda forma deve ser assegurado o direito ao contraditório no processo, possibilitando que a parte contra quem fora produzida determinada prova, seja cientificada da sua existência, a fim de que possa formular adequadamente a sua defesa, seja por meio de impugnação, por meio de contraprova, ou qualquer outro meio legal previsto no ordenamento jurídico.

1.4.3 Princípio do dispositivo e princípio inquisitivo

No que tange ao direito probatório, o princípio do dispositivo refere que as partes deverão trazer ao processo todas as provas que entenderem ser relevantes para corroborar as suas alegações, pois como detentoras do direito de ação, deverão impulsionar o feito e convencer o magistrado sobre a veracidade dos fatos alegados.

Já o princípio inquisitivo dá liberdade ao magistrado, conferindo-lhe poderes para agir ativamente no processo, podendo determinar *ex officio* a produção de provas que julgar necessárias, para aplicar adequadamente a lei.

Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 27).

O atual Código de Processo Civil consagra os dois princípios em relação ao direito probatório, os quais estão previstos especialmente nos artigos 130 e 333.

Embora os dois princípios sejam consagrados, percebe-se que há maior preponderância legislativa acerca da aplicação do princípio dispositivo, insculpido no artigo 333 do Código de Processo Civil, já que o artigo 130 do Código de Processo Civil dá poderes instrutórios ao magistrado somente de forma suplementar.

A atual dinâmica do processo civil não se compadece mais com a imagem do juiz como mero espectador, que assiste passivamente à produção de provas pelas partes.

[...]

Não se pode mais, portanto, afirmar que o processo civil é regido pelo princípio dispositivo, senão no que se refere à propositura da ação e à fixação dos contornos objetivos da lide. Quanto à produção de provas, melhor seria dizer que vale o princípio inquisitivo, tendo o magistrado a possibilidade de investigar e determinar livremente as provas que entenda pertinentes. (GONÇALVES, 2010, p. 35-36).

Portanto, verifica-se que o princípio do dispositivo impõe limites materiais aos poderes instrutórios do juiz, o que dificulta a busca pela verdade real, mormente porque algumas partes comportam-se com descaso para contribuir com uma solução justa ao conflito, não apresentando as provas que possuíam o ônus de produzir. Não obstante, pelo teor de alguns dispositivos legais o magistrado acaba impossibilitado de determinar a colheita daquela determinada prova que se fazia necessária.

Por ser a aplicabilidade do princípio inquisitivo controvertida na doutrina, o ativismo judicial/poderes instrutórios do juiz será tratado no próximo capítulo, que cuida das questões polêmicas sobre a prova.

1.4.4 Princípio da verdade real

Sabe-se que o processo é o instrumento pelo qual as partes buscam a tutela jurisdicional, a fim de efetivar seus direitos. É por meio do direito de ação que o processo se perfectibiliza.

Para a satisfação dos direitos discutidos na lide, o princípio da verdade real é de suma importância, uma vez que através da aplicação deste princípio busca-se a descoberta do que realmente ocorreu sobre as alegações fáticas das partes.

A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora cure da busca da verdade, não a coloca como um fim absoluto, em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e a eficácia da sentença é a verossimilhança dos fatos [...] (ALVIM, 2005, p. 379).

Nessa seara, a verdade buscada no processo é a que mais se aproxima à realidade da situação fática, a verdade real, propriamente dita, segundo Fredie Didier Júnior é “utópica”.

A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo que aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; pode imprecisar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa [...] (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 21-22).

A doutrina majoritária afirma que basta que o julgador se convença da verossimilhança dos fatos, para que seja prolatada uma sentença que efetive os direitos materiais das partes, referido juízo de verossimilhança é concebido como sendo a verdade real almejada.

Portanto, no processo civil moderno foi abandonada a busca pela verdade formal. Assim como, a prova judiciária passou a ser considerada fonte primordial para a demonstração do juízo de probabilidade/plausividade, funcionando para buscar a reprodução mais verossímil possível do que realmente aconteceu no mundo dos fatos.

Diante disso, constata-se que a prova é uns dos instrumentos mais importantes para a solução dos conflitos sociais. É por meio da prova judiciária em conjunto com o suporte fático coligido nos autos, que será apreciado o direito material levado ao juízo, possibilitando que seja verificado se razão assiste ao autor ou ao réu.

Por tais razões, a fim de que o processo não sofra com insuficiência ou ausência de provas, as normas processuais devem ser interpretadas à luz dos preceitos constitucionais, para que sejam realmente efetivas.

Assim, a partir da compreensão acerca da prova e outros aspectos a ela inerentes serão analisadas no próximo capítulo questões polêmicas sobre a prova, especialmente sobre as problemáticas existentes na legislação processual civil que dificultam a produção de provas no processo.

2. QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DA PROVA

Existem algumas temáticas, no campo do direito probatório, que causam diversas discussões doutrinárias e jurisprudências. Tais controvérsias possuem o mesmo intuito, administrar as técnicas processuais existentes, de modo que elas funcionem para atrair as provas relevantes ao processo.

Dentre estas temáticas, investigam-se soluções para cuidar do caso da prova de fato negativo, bem como da problemática da prova diabólica, além da atuação ativa do julgador na marcha processual, em contrapartida com as normas sobre o ônus da prova, no processo civil brasileiro.

Isso posto, nas questões polêmicas serão apreciados alguns assuntos que evidenciam e justificam a necessidade de ser realizada a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro, objetivando a equidade entre as partes.

2.1 A prova de fato negativo

As partes podem alegar a existência de fatos positivos (afirmações) ou de fatos negativos (negações). Embora havia entendimento doutrinário de que somente as alegações afirmativas deveriam ser demonstradas, a alegação de fato negativo por uma das partes, merece igualmente ser provada, para o devido clareamento dos fatos, desde que tal fato seja controvertido, determinado e relevante para a causa.

[...] Como bem esclarece GISELE GÓES, todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. “Se há essa paridade de raciocínio, não é pelo simples fato de que as negativas são negativas que, por isso, são impossíveis de serem provadas (...) a se afirmar que é por causa da natureza jurídica que as negativas não são provadas, significa também afirmar que as afirmativas também são impossíveis de serem provadas”.

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insusceptíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição [...]. Não é possível, por exemplo, provar que nunca estive no Município de Candeias. Assim, nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que estive lá – já se aplicando, aqui, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova [...].

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia (fato negativo), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico. A chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais, é um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes”.

E nesses casos em que se negam fatos aduzidos pela outra parte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que contradiz e exclui o fato trazido pela contraparte, o ônus da prova será bilateral (de ambas). (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 59-60, grifo nosso).

Constata-se, portanto, que as negativas absolutas, conhecidas como prova diabólica, por serem concernentes a fatos indeterminados, dispensam comprovação; enquanto as relativas, por se apresentarem aptas a serem demonstradas, exigem comprovação.

2.2 A prova diabólica

Há casos nos quais a produção de determinada prova é impossível ou extremamente difícil de ser realizada, é o que a doutrina denomina de prova diabólica.

A prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. “(...) é expressão que se encontra na doutrina por fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade das alegações a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo...

A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Sucede que nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional – nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica – afinal, viu-se, acima, que os fatos relativamente negativos são perfeitamente susceptíveis de serem provados. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 60-61).

A teoria estática de distribuição do ônus da prova, prevista no atual Código de Processo Civil, demonstra-se incapaz de resolver a problemática da prova diabólica e da prova negativa, razão pela qual a jurisprudência reconhece a

aplicabilidade da dinamização do ônus da prova, quando algum dos litigantes estiver incumbido do ônus de produzir referidas provas e, ao mesmo tempo, impossibilitado de fazê-las.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. DPVAT. ADIANTAMENTO. HONORÁRIOS DO PERITO. TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. REGRA PROCESSUAL QUE TRATA DO ENCARGO DE ANTECIPAR AS DESPESAS PARA PRODUÇÃO DE PROVA NECESSÁRIA A SOLUÇÃO DA CAUSA. PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA SOLIDARIEDADE NA BUSCA DA VERDADE REAL. 1. Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das cargas processuais dinâmicas, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, in casu levantamento técnico, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo. 2. Note-se que a teoria da carga dinâmica da prova parte do pressuposto que o encargo probatório é regra de julgamento e, como tal, busca possibilitar ao magistrado produzir prova essencial ao convencimento deste para deslinde do litígio, cujo ônus deixado à parte hipossuficiente representaria produzir prova diabólica, isto é, de ordem negativa, ou cuja realização para aquela se tornasse de difícil consecução, quer por não ter as melhores condições técnicas, profissionais ou mesmo fáticas, sejam estas de ordem econômico-financeira ou mesmo jurídica para reconstituir os fatos. 3. Aplica-se a teoria da carga dinâmica probatória, com a inversão do ônus de suportar o adiantamento das despesas com a produção de determinada prova, com base no princípio da razoabilidade, ou seja, é aceitável repassar o custo da coleta de determinada prova a parte que detém melhor condição de patrocinar esta, a fim de se apurar a verdade real e obter a almejada Justiça. 4. Releva ponderar que a dinamização do ônus da prova será aplicada quando for afastada a incidência do artigo 333 do Código de Processo Civil por inadequação, ou seja, quando for verificado que a parte que, em tese, está desincumbida ao onus probandi, pois não possui as melhores condições para a realização de prova necessária ao deslinde do feito. 5. Assim, a posição privilegiada da parte para revelar a verdade e o dever de colaborar na consecução desta com a realização da prova pretendida deve ser evidente, consoante estabelecem os artigos 14, I, e 339, ambos do Código de Processo Civil, pois se aplica esta regra de julgamento por exceção, a qual está presente no caso dos autos, pois a parte demandada conta com melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova, pois se trata de seguradora especializada neste tipo de seguro social [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

A partir disso, percebe-se que algumas questões que permanecem polêmicas no âmbito do direito probatório, em razão da colisão de diversos princípios e normas processuais previstas no ordenamento jurídico, estão sendo superadas no processo moderno. Isto ocorre, porque cada vez mais se busca a prestação jurisdicional para a concretização dos direitos dos cidadãos, e para que haja justiça, devem ser aprimoradas as técnicas processuais, tornando-as mecanismos mais pragmáticos, céleres e eficazes para a solução dos conflitos.

Desta forma, verifica-se que a distribuição dinâmica do *onus probandi* como meio de resolver a problemática da prova diabólica, já vem sendo defendida pela jurisprudência e por grande parte da doutrina, sendo que para melhor repartição dos encargos probatórios das partes, deve tal assunto ser imediatamente positivado na legislação processual civil.

2.3 Poderes instrutórios do juiz

O art. 130¹ do Código de Processo Civil prevê que o juiz pode de ofício determinar as provas que entender serem necessárias à instrução do processo, ou seja, este dispositivo legal dá ao juiz poderes instrutórios.

Conforme Gonçalves (2010, p. 392) *“A redação do CPC, art. 130, deixa claro que ao julgador não cabe mais o papel passivo, de mero espectador, que se limitava a procurar a verdade formal dos fatos, na forma como ela era trazida pelas partes.”*.

No entanto, há algum tempo atrás a doutrina tradicional defendia como regra a aplicabilidade do princípio dispositivo, afirmando que por possuírem as partes o direito da ação, a estas incumbia a atividade probatória.

A doutrina tradicional sempre conferiu papel menos importante ao juiz no tocante à produção da prova. Com efeito, os autores mais antigos preocupam-se em ressaltar que, como sujeito imparcial da relação jurídica processual, não deve o juiz assumir a tarefa da investigação dos fatos, nem tomar iniciativas para melhor esclarecê-los, devendo limitar-se ao exame do material probatório fornecidos pelas partes. (ANDRADE, 2006, p. 69).

Nesse contexto, o julgador era visto como mero espectador, somente podendo julgar de acordo com as provas apresentadas pelas partes no processo, porquanto não possuía poder investigatório dos fatos. Ainda, sustentava a doutrina tradicional que se ao juiz fossem conferidos poderes instrutórios seria comprometida a sua imparcialidade.

¹ 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.

Com a evolução do direito processual, a doutrina tradicionalista passou a ser afastada, e a função jurisdicional do magistrado começou a ser vista com outros olhos, de tal sorte que o juiz deixou de ser figura passiva nas lides, assumindo importante papel para a efetivação dos direitos pleiteados em juízo.

Para Gonçalves (2010, p. 393) o tradicional princípio dispositivo, que imputa exclusivamente às partes a atividade de provar, tornando o juiz um mero espectador, deve ser mitigado. Mormente porque a jurisdição é uma atividade pública, e a solução justa dos conflitos sempre deve ser buscada. Se o juiz permanecesse omissivo, satisfeito com a verdade formal, quando há possibilidade para tentar apurar a verdade real, a função jurisdicional não atingiria o seu objetivo e, certamente, muitas causas processuais seriam solucionadas por decisões injustas.

No entanto, ainda, há certa resistência ao ativismo judicial, por entenderem alguns doutrinadores que ao conferir de forma ilimitada poderes instrutórios ao magistrado, este poderia agir arbitrariamente.

Porém, na esteira dos ideais do processo moderno e justo, entende-se que é imprescindível a concessão dos poderes instrutórios do juiz, oportunizando que os julgados sejam mais céleres e eficientes, vez que muitas das lides que atualmente abarrotam o judiciário abordam, geralmente, a mesma questão fática – demandas em massa.

Nada obstante ainda se percebe, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios.

[...]

Hoje em dia, tal como previsto no art. 130 do CPC, predomina o entendimento de que ao juiz são reconhecidos amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo. As vezes que, ainda hoje, opõem alguma resistência à ampla aplicação do art. 130 do CPC, fazem-no, no mais das vezes, por entender que haveria aí ofensa aos princípios do dispositivo, da isonomia ou da imparcialidade. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 54).

Portanto, almejando-se a perfectibilização de um processo moderno justo, sopesando os poderes instrutórios concedidos ao juiz pelo artigo 130 do Código de Processo Civil aos princípios que limitam essa atuação, certamente o primeiro deve prevalecer, porquanto será o julgador que dará solução à lide, cabendo a ele, como destinatário da prova, a definição das provas que serão relevantes e pertinentes ao seu ato decisório.

2.4 O ônus da prova

As partes que compõem a relação processual possuem o ônus de produzir as provas dos fatos que alegaram, pois é através do conjunto probatório que o julgador fundamentará a sua decisão. Justamente por isso, que se fala em ônus e não em dever, haja vista que cada uma das partes possui interesse de demonstrar a realidade fática de suas afirmações ou negações.

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes.

[...]

Como mostra ROSENBERG (*La carga*, § 1º), a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em casa de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória. (SILVA, 2008, p. 267, grifo nosso).

Por se tratar de um interesse da parte, o ônus está sujeito a consequências, de sorte que produzida a prova necessária à demonstração da verossimilhança dos fatos alegados, a parte que possuía o encargo de prová-la atingirá o seu objetivo. Conquanto, não produzida a prova que se fazia necessária pela parte que possuía o encargo de realizá-la, esta arcará com os efeitos de sua inércia, podendo sofrer consequências desfavoráveis, já que mesmo sem provas, o juiz não tem como se abster de julgar a lide.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. **Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional.** Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é fato inexistente.

[...]

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 429, grifo nosso).

Finda a instrução processual, os autos devem estar devidamente instruídos, para que não haja dúvida no julgador acerca da sua convicção para dirimir a controvérsia existente na lide. Obrigada a proferir sentença de mérito, caso não ocorra alguma das hipóteses previstas no artigo 267 do Código de Processo Civil, as quais podem ensejar a extinção do feito, sem a resolução do mérito, na ausência de provas suficientes a construção do seu convencimento, poderá o julgador decidir de forma desfavorável à parte que possuía o encargo de produzir aquela prova que não foi colhida. É o caso de aplicação do ônus objetivo da prova como regra de julgamento para o juiz.

[...] sob o aspecto objetivo [...] as regras do ônus da prova não seriam dirigidas às partes, mas ao magistrado, para orientar o julgamento. Ele não pode eximir-se de sentenciar, alegando que não conseguiu formar a sua convicção a respeito dos fatos que fundamentam o pedido e a dessa. Não pode proferir o *non liquet*. (GONÇALVES, 2010, p. 394, grifo do autor).

Além disso, pode ser aplicado o ônus subjetivo da prova, no qual é determinada uma regra de conduta para as partes. Neste caso, a cada uma das partes que integram a lide será atribuída a atividade de desenvolver certa prova sobre a questão fática constante nos autos, sendo que a parte é cientificada acerca de tal incumbência com antecedência.

O ônus subjetivo estabelece, pois, com quais dos litigantes se relacionam os fatos a serem provados e, a partir daí, a quem compete provar determinado fato, quem deve promovê-lo, ou, ainda, a quem interessa que se produza certa prova, indicando, com isso e por consequência, aquele que será afetado na sentença pela falta da prova respectiva.

Assim, a função do ônus subjetivo é determinar uma regra de conduta que deverá ser adotada pelos litigantes se almejarem obter êxito na ação, regra essa que presidirá e norteará a atividade das partes, no curso da instrução. (CREMASCO, 2009, p. 29-30).

Há divergência doutrinária sobre o ônus da prova como regra de julgamento e ônus da prova como regra de procedimento. Entende-se que o ônus da prova, aos olhos da legislação processual civil, a qual aplica a teoria estática de distribuição do ônus da prova, é regra de julgamento, uma vez que somente em caso de obscuridade probatória, no momento da prolação da sentença, poderá o juiz julgar de forma desfavorável à parte que não produziu a prova que lhe incumbia.

As regras ônus da prova não são regras de procedimento (não há um momento em que o juiz deva determiná-lo ou determinar a sua inversão, se for o caso). O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 56, grifo do autor).

O entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, também é divergente acerca do ônus da prova como regra de julgamento ou de procedimento. O entendimento que prevalecia é o de que é regra de julgamento.

Nesse sentido:

EMENTA: Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

- *Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ.*

- *Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada.*

Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2007, grifo do autor).

No entanto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a inversão do ônus da prova é regra de instrução:

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (BRASIL, 2012).

A visão de que o ônus da prova é regra de julgamento, como visto, é controvertida inclusive no posicionamento jurisprudencial, uma vez que deve haver durante a instrução processual a cientificação das partes acerca do ônus probatório que lhe incumbe e as consequências dele originados, a fim de que não sejam surpreendidos os litigantes quando do julgamento da causa.

2.4.1 A distribuição do ônus da prova

As alegações das partes acerca das questões fáticas versadas nos autos, para serem reconhecidas devem ser provadas. Para tanto, a fim de que uma das partes não tenha que produzir provas demasiadamente onerosas, é necessária a distribuição do ônus probatório, possibilitando que autor e réu possam estar em posição de igualdade processual.

A igualdade dos litigantes perante a lei é invocada por Gian Micheli para fundamentar a divisão do encargo, a partir da constatação do impacto que o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem – editada sob os auspícios dos ideais revolucionários de 1789 e que previu a igualdade de todos os cidadãos – causou, sendo encampado pelo Código Civil Francês de 1804 e tendo influenciado sobremaneira as codificações que se seguiram.

Francesco Carnelluti, sua vez, afirma que o ônus da prova deve ser distribuído “porque o interesse na determinação do fato incerto (na decisão acerca da existência do fato incerto) é recíproco entre as partes (ainda que em direção contrária), de tal maneira que normalmente uma e outra apresentam provas (fontes de prova) designadas a fazer considerar a sua existência ou a sua inexistência”.

Leo Rosenberg, a seu turno, vale-se das lições de Wach para dizer que “a distribuição adequada e prudente da carga da prova é uma das instituições mais necessárias ou, pelo menos, mais desejáveis da ordem jurídica”. E vai além ao sustentar que a repartição do ônus da prova encontra seu fundamento no princípio da segurança jurídica, na necessidade de a lei, previamente estabelecer a repartição do encargo e as consequências do seu descumprimento, não permitindo margem para o arbítrio do julgador.

Outrossim, ressalta que critérios de conveniência e de justiça tornam imperativa a distribuição, eis que concentrar todo o ônus nas mãos do autor – responsável por provocar a atividade jurisdicional, ao levar a controvérsia à apreciação do Poder Judiciário – reduziria, quando não excluiria, *a priori*, a possibilidade de êxito na demanda, deixando-o na dependência da postura do réu, que não teria qualquer preocupação ou compromisso inicial com o processo.

[...]

Mas, a nosso ver, é Echandía, porque se ampara nessas e em outras razões que foram declinadas ao longo do tempo, quem melhor justifica a necessidade de distribuição do ônus ao afirmar que “o fundamento da carga da prova, como norma de distribuição do risco da falta de certeza, se encontra nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes diante da lei e do processo, isto é, na necessidade de dar a todas as partes uma adequada oportunidade e um guia seguro para a defesa de seus direitos e de sua liberdade”. (apud CREMASCO, 2009, p. 39-40).

Segundo Chioyenda (apud LOPES, 2002, p. 42) para que haja a igualdade entre as partes no processo “[...] o ônus de afirmar e de provar se distribui entre elas, de modo que cada qual tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.”.

Distribuindo previamente o encargo probatório entre os litigantes, eles poderão ter conhecimento de antemão o que cada um precisa colacionar aos autos, tornando-os mais responsável com o deslinde do feito, possibilitando ainda que o processo possa ser melhor instruído.

Acerca do ônus da prova, WILSON ALVES SOUZA, faz uma síntese das principais teorias:

- 1) *Teoria de Jeremy Bentham*: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc. trata-se de teoria seguida por DEMOGUE, com poucas variações. Aqui já se encontram os primeiros sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.
- 2) *Teoria de Bethmann-Hollweg*: a quem deduz um direito, cabe provar sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.
- 3) *Teoria de Gianturco*: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.
- 4) *Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda*: que muito se assemelham e, em linhas bem gerais, dispõem que o autor deve provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções. Essas teorias são muito criticadas pro MICHELLI, por levarem em consideração a relação jurídica abstratamente colocada, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.
- 5) Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidade de produzi-la e o juiz, verificando que houver uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa. (apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 61-62, grifo do autor).

O atual Código de Processo Civil acolheu a teoria estática do ônus da prova, na qual o *onus probandi* é distribuído expressamente na legislação (artigo 333² do Código de Processo Civil) e de forma rígida. A única flexibilidade permitida é a

² 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.

convenção das partes para redistribuir o ônus da prova (art. 333, parágrafo único, do CPC).

Importante salientar que várias são as teorias “estáticas” acerca da distribuição do ônus da prova, de acordo com as lições de Echandía (apud CREMASCO, 2009, p. 41-42), as principais categorias de distribuição do ônus da prova entre os litigantes são:

a) a que impõe ao autor o ônus de provar; b) a que incumbe o encargo ao titular da afirmação; c) a que exige do autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e do réu a prova dos fatos referentes à sua exceção/defesa; d) a que toca o ônus da prova àquele que alega um fato ou circunstância anormal; e) a que impõe o encargo a quem inova no processo; f) a que tem em conta a natureza dos fatos alegados (constitutiva, impeditiva ou extintiva); g) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma cuja aplicação se reclama; e h) a que distribui o ônus segundo a posição da parte em relação ao bem jurídico desejado ou efeito jurídico perseguido.

Verifica-se, pois, que a teoria estática do ônus da prova adotada no artigo 333 do atual Código de Processo Civil, impõe ao autor fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do demandante.

2.4.2 O ônus probatório no Código de Processo Civil brasileiro

O atual Código de Processo Civil brasileiro, no seu art. 333 do CPC, dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De uma maneira genérica, seria possível dizer que o ônus da prova incumbe a quem alega. Ao autor incumbe fazer prova das alegações de seu interesse (fatos constitutivos do seu direito); ao réu, daquilo que ele apresentou em sua resposta (fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor). (GONÇALVES, 2010, p. 395).

Percebe-se que vige no sistema legal de distribuição do ônus da prova, previsto no Código de Processo Civil, o princípio dispositivo, o qual acolhe a teoria

estática de distribuição do ônus da prova, atribuindo expressamente o encargo probatório que compete a cada litigante.

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Actore non probante absolvitur reus*.

Quanto, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor, tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 429, grifo do autor).

Porém, há uma ressalva prevista no parágrafo único, do artigo 333 do Código de Processo Civil, que abranda um pouco a imutabilidade inerente da sistemática rígida de distribuição do ônus da prova adotada na legislação processual civil. Cuida o parágrafo único do referido artigo sobre a possibilidade de convenção das partes para redistribuir o ônus da prova.

Muito embora haja esta previsão legal, disponibilizando a convenção das partes acerca da redistribuição do ônus da prova, quando o acordado recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, poderá tal convenção ser invalidada.

2.4.3 A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem como sua primordial finalidade proteger o consumidor, diante da sua condição de vulnerabilidade ao fornecedor/fabricante, razão pela qual a Lei 8.078/90 prevê, no artigo 6º, inciso VIII, regra geral de inversão do ônus da prova:

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.

Este dispositivo legal possibilita a facilitação da defesa do consumidor, de modo que o magistrado tem o poder de inverter judicialmente “*ope judicis*” o ônus da prova, quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando for ele hipossuficiente.

Na concepção de Cremasco (2009, p. 63-64) o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, embora algumas vezes acaba sendo distorcido na prática, possui fundamento no princípio da isonomia e tem como escopo reequilibrar as forças entre os litigantes do processo, porquanto muitas vezes o consumidor se encontra em situação de inferioridade processual em relação ao fornecedor.

A autora mencionada, ainda justifica o porquê que isso ocorre, afirmando que dependendo da questão a ser resolvida em juízo, podem faltar condições que impeçam o consumidor de fazer prova acerca do fato constitutivo do seu direito, por ser ele hipossuficiente. Para dirimir este problema, promove-se a inversão do ônus da prova, dispensando o consumidor de promover a prova na qual se funda a sua pretensão, transferindo a responsabilidade de produzi-la ao fornecedor, proporcionando, desta feita, a paridade de armas entre os litigantes.

Consoante Theodoro Júnior (2008, p. 432-433), para que o magistrado possa inverter o ônus da prova ao réu, deve haver um suporte probatório mínimo acerca da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, ou seja, o autor deve apresentar nos autos alguma prova do dano que alega ter sofrido, bem como elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado. Ainda, assevera que uma vez invertido o ônus probatório, ao demandado não competirá provar o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da sua responsabilidade.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, além de prever regra geral sobre o ônus da prova, no seu artigo 38, dispõe sobre outra regra que cuida do ônus da prova. Determina o referido artigo que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias incumbe ao anunciante. “É o caso de inversão *ope legis*. Rigorosamente falando, nem de inversão se trata, porquanto seja regra aplicável a qualquer situação.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 58).

Diante do exposto, verifica-se que as regras sobre o ônus da prova estatuídas no Código de Defesa do Consumidor, certamente facilitam a defesa do consumidor, de modo que se não houvessem as inversões contidas no artigo 6º, inciso VIII, e artigo 38, muitas vezes a decisão que julgaria a lide não seria proferida de forma justa, porquanto não trataria com igualdade processual as partes.

É objetivando a igualdade processual das partes, no caso concreto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova sustenta a sua aplicabilidade, possuindo grande semelhança seus traços com a inversão probatória *ope judicis*, prevista no Código de Defesa do Consumidor, o que se demonstrará no próximo capítulo.

3 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil vigente aplica a teoria clássica, estática do ônus da prova, a qual promove um sistema de produção de provas rígido. De acordo com essa legislação o ônus probatório é previamente repartido, dificultando em alguns casos, a reprodução dos elementos fáticos apresentados nos autos, vez que nem sempre a parte que está encarregada de produzir determinada prova consegue fazê-la. Neste sentido, o julgador poderá se deparar a um quadro de incerteza quando da prolação da *decisium* que julgará o feito, proferindo uma sentença sem segurança jurídica.

De outra banda, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, transforma o magistrado um gestor, o qual verificará através dos fatos, no caso concreto, a parte que possui melhor aptidão de produzir a prova necessária, tornando possível que a instrução processual seja devidamente conduzida, oportunizando, por conseguinte, a feitura de uma sentença justa, capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos litigantes.

3.1 Conceito

Várias foram as teorias criadas regulamentando a repartição do encargo probatório entre os litigantes, sendo que a maioria delas distribuía de forma estática e imutável o que competia ao autor e ao réu trazer aos autos.

Ocorre que as teorias estáticas de distribuição do ônus da prova, não levavam em consideração as necessidades específicas dos litigantes frente à controvérsia existente no processo, o que é imprescindível, mormente porque cada questão levada ao juízo possui suas particularidades fáticas e jurídicas.

Em razão disso, o sistema estático de repartição do ônus da prova, muitas vezes não atende os interesses das partes, porquanto muitas lides acabam sendo julgadas de forma não muito convincente, com decisões injustas.

Isso acaba acontecendo porque a não distribuição do ônus da prova de maneira adequada, reproduz nos autos a deficiência probatória, de tal sorte que não raras são as vezes que o julgador, ao analisar as alegações e as poucas provas colhidas, não consegue formular com segurança o seu convencimento.

Diante dessa problemática, começaram a surgir teorias, dentre o século XIX e século XX, objetivando suprir a dificuldade existente na distribuição do encargo probatório de modo estático, levando em consideração, para tanto, as peculiaridades do caso concreto.

Assim é que, embora se tenha sempre presente que a sua sistematização teria se dado na Argentina, no final do século XX, a doutrina ressalta a aplicação expressa da distribuição dinâmica dos encargos probatórios pelo BGB, na Alemanha, já no início do século passado, ao adotar, para o ônus, a nomenclatura – *beweisumkehr* – que nada mais significa que trânsito cambiante (ou em sentido contrário) da prova. Além de ter sido claramente adotada pelos §§ 282, 285, 831, 891 e 892 do BGB, a carga dinâmica encontra respaldo também da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão para os casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de esclarecimento e comunicação nos negócios jurídicos, de condições gerais de contratação, de direito do trabalho, de contratos financeiros e de direito ambiental. Outrossim, há notícias também acerca da adoção ampla da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Tribunal Supremo da Espanha, que há muito prevê a flexibilização dos encargos probatórios, em razão da obrigação das partes de colaborar com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e da obtenção de um resultado justo, sobretudo nos casos de concorrência desleal e publicidade ilícita. Reconhecendo a insuficiência do critério de repartição do ônus previsto no art. 1214 do Código Civil Espanhol – que impunha a prova da obrigação àquele que reclamava o seu cumprimento e a de sua extinção àquele que lhe opunha -, duramente criticado não só em razão da incorreção técnica decorrente da referência à prova das obrigações e não dos fatos, mas também ante a ausência de referência aos fatos impeditivos e modificativos, doutrina e jurisprudência trataram de aperfeiçoá-la, ao longo do tempo. Não obstante, nos trabalhos de elaboração da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, no final da década de 1990, previu-se, inicialmente, a manutenção dos critérios clássicos de distribuição, o que acarretou uma grande mobilização da comunidade jurídica local, liderada por juízes espanhóis, que oportunamente propôs um *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, defendendo a distribuição da carga da prova em função da proximidade ou domínio do fato por cada uma das partes. Este conteúdo acabou prevalecendo no texto final, dando origem ao enunciado do art. 217 da Lei nº 1/2000, que encampa expressamente a possibilidade de deslocamento do ônus da prova em razão do critério da maior facilidade em produzi-la, não sem antes manter o critério tradicional. A distribuição dinâmica insere-se, assim, como critério complementar e subsidiário. Sobre a adoção da teoria da distribuição dinâmica na Alemanha e na Espanha, cf., respectivamente: Carbone, Carlos Alberto, *Cargos Probatorias Dinámicas: Una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores,

2004, pp.210-211; e Peyrano, Marcos L., La Teoría de Las Cargas Probatorias Dinámicas en la Flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley nº 1/2000), in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp.187-189. (apud CREMASCO, 2009, p. 69-70, grifo do autor).

Mas, somente no final do século XX, por juristas argentinos, que restou efetivamente perfectibilizada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conceituada como “*Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*”.

Já em meados do século XX, mais precisamente em 1957, porém, é possível encontrar na jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, na Argentina, precedente envolvendo a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova – ainda que sem referência expressa à teoria -, no qual o Tribunal impôs a um funcionário público a prova da ilegitimidade de seu enriquecimento, por entender que ele estaria em melhores condições que o Estado de produzir a prova respectiva. Mas somente no início da década de 1990, o tema ganhou espaço na doutrina – inclusive com menção em congressos de relevo, como as *Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Infomático*, em 1992, o *XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, em 1993, no qual, a teoria foi tida como *doutrina já recebida* pela Comissão Processual Civil e Comercial do país. Com a divulgação e o aprofundamento do trabalho da doutrina, sempre com a coordenação do Professor Peyrano, em 1997 a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* voltou novamente os olhos para a teoria da carga dinâmica, quando, ao julgar caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico, impôs o ônus da prova quanto a adequação e correção dos procedimentos utilizados durante a cirurgia ao cirurgião e ao hospital no qual ela se realizou, por entender que teriam melhores condições de produzir a prova quanto a este aspecto. Desde então, a *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas* tem sido amplamente aplicada e aceita pela comunidade jurídica, não obstante o art. 377 do *Código Argentino de Procedimiento Civil y Comercial para La Nación* imponha o ônus da prova “a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”. Entretanto, mesmo em sede legislativa, alguns códigos de província, como é o caso do *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa* já vêm adotando expressamente a carga dinâmica, o mesmo ocorrendo com o *Proyecto del Código de la República Argentina Unificado con el Código del Comercio*. A propósito, cf.: Baracat, Edgar J., Estado Actual de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba com Especial Referencia a Antecedentes Jurisprudenciales y a la Materia Juzgada, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 273-275; e Peyrano, Jorge W., La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.86. (apud CREMASCO, 2009, p. 71-72, grifo do autor).

Muito embora delineada em meados do século XX, em nosso país, percebe-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, somente começou a ser apreciada com relevância no final do século XX e início do século XXI.

Essa teoria leva em consideração, a partir do caso levado ao juízo, a parte que possui maior facilidade e acessibilidade à produção de determinada prova. Verificada as condições pessoais dos litigantes ante a controvérsia existente nos autos, o julgador funciona como um gestor, de tal sorte que poderá deliberar, distribuindo de forma dinâmica o ônus da prova, quando o sistema imutável, previsto no artigo 333 do Código de Processo, se demonstrar inadequado.

[...] o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo. Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração. (MARINONI; MITIDIERO, 2009, p. 337).

Trata-se, pois, de uma teoria voltada às propensões do processo moderno, uma vez que o extremo formalismo processual demonstra-se ineficiente aos anseios dos jurisdicionados, pois muitas normas processuais se não analisadas em conjunto com bases principiológicas, por limitarem os poderes instrutórios do magistrado e, por consequência, o direito à prova, deixarão de garantir as partes um processo justo e efetivo.

Nesse diapasão, Cremasco (2009, p. 73-74):

O que se apresenta é uma teoria voltada aos escopos modernos do direito processual, mormente à efetividade, à verdade e à obtenção de resultados justos, e que parte dos princípios da boa-fé, da cooperação e da solidariedade – princípios que são uma das grandes fontes do Direito. O que se propõe é uma teoria que, naqueles casos em que o litigante ao qual incumbe a produção de uma dada prova não tem condições de fazê-lo, ao passo que o outro litigante inicialmente desincumbido o tem, autoriza ao magistrado, atento às peculiaridades do caso e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas mãos daquele que

tem melhores condições para cumpri-lo. Tem-se, assim, uma complementação, um aperfeiçoamento da disciplina de distribuição dos encargos probatórios, tendo como norte os ditames que regem o processo civil moderno.

[...]

A teoria da distribuição dinâmica preocupa-se, pois, com a tutela final que será outorgada aos jurisdicionados, com a sua efetividade e justiça. E, porquanto pressuposto necessário para a sua obtenção, com a vinda da prova do fato controvertido aos autos, pelas mãos daquele que tiver “conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou mais facilidade na sua demonstração”, evitando, inclusive, “que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia”.

Assim, quando se apresentar insuficiente para a instrução processual o encargo probatório estático expresso no Código de Processo Civil, estando presentes no caso concreto as condicionantes materiais e processuais, a dinamização do ônus da prova poderá ser aplicada, pois não há para o seu emprego impeditivo legal que o torne ilegítimo e, principalmente, está alicerçado nos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal.

3.2 Fundamentos e princípios fundamentais

A distribuição dinâmica do ônus da prova objetiva, precipuamente, a facilitação da colheita das provas necessárias ao esclarecimento dos pontos controvertidos existentes no processo, proporcionando que o julgador possa melhor formar o seu convencimento acerca das alegações fáticas apresentadas pelo autor e pelo réu.

Trata-se, portanto, de uma proposta condizente com a natureza instrumental do processo e dos institutos a ele afins, que, ao estimular a produção da prova e o esclarecimento de todos os fatos do litígio, possibilita a descoberta da verdade real, evita a ocorrência de *non liquet* e, ainda, permite que a decisão exarada seja uma decisão efetiva e justa, apta a tutelar adequadamente o direito substancial, a provocar alterações concretas no mundo dos fatos e satisfazer a pretensão do jurisdicionado. (CREMASCO, 2009, p. 75, grifo do autor).

Atualmente não há previsão legal que fundamente o emprego dessa teoria no código de processo civil. Conquanto, sua aplicabilidade vem sendo sustentada pela interpretação sistemática da legislação processual civil com princípios correlatos à efetivação de direitos fundamentais.

O CPC não contém regra expressa adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual. A distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios:

- a) *princípio da igualdade* (art. 5º, caput, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) *princípio da lealdade, boa-fé e veracidade* (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;
- c) *princípio da solidariedade* com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;
- d) *princípio do devido processo legal* (art. 5.º, XIV, CF) pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;
- e) *princípio do acesso à justiça* (art. 5.º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 63, grifo do autor).

Um dos princípios basilares da dinamização do ônus da prova em prol da efetivação dos direitos fundamentais, com efeito, é a busca pela verdade real. Este princípio não é devidamente apreciado pelo sistema imutável de distribuição do ônus da prova, tendo em vista que ele não analisa as particularidades de cada caso, aplicando regra geral que dificulta não raras vezes a produção de um conjunto probatório hábil para que o julgador profira uma sentença adequada.

Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333. (THEODORO JR. 2008, p. 430-431).

Para que haja uma sentença justa, não há como julgar a demanda deparando-se com carência probatória. Deve ser destinado ao magistrado um conjunto probatório capaz de possibilitar o esclarecimento das questões fáticas, a fim de que ele possa realizar o devido exame do conflito levado ao juízo.

Se é por meio da prova que o juiz conhece a verdade, pode modelar a realidade e formar o seu convencimento de modo a proferir uma decisão justa e se é no conjunto probatório que se apresenta no processo que o juiz deve, necessariamente respaldar a sua convicção, nada como criar meios que facilitem a obtenção e a vinda dos elementos probatórios aos autos. A distribuição dinâmica do ônus da prova é um desses meios, na medida em que, ao impor o encargo de provar cada um dos fatos afirmados no processo àquele litigante que melhores condições tem para fazê-lo,

aumenta-se, substancialmente, a possibilidade de que a prova necessária à solução da controvérsia venha aos autos e o julgador tenha acesso a ela. A carga dinâmica tem, pois, o condão de auxiliar no encontro da verdade real elemento cujo alcance é essencial para que o magistrado consiga proferir uma solução condizente com o seu convencimento e, mais ainda, uma solução justa. E, com isso, a carga dinâmica faz com que a jurisdição consiga desempenhar – de fato e de direito – a mais importante função para a qual ela foi criada, qual seja, a de efetiva pacificação social. (CREMASCO, 2009, p. 81).

Porém, para que a verdade real possa ser alcançada, antes de tudo, deve haver cooperação entre a figura do Estado-Juiz e as partes. As partes que compõem a relação processual devem agir como um todo, almejando na mesma intensidade que o processo cumpra a sua finalidade.

Devem servir os litigantes de forma solidária para que haja presteza na solução dos litígios, contribuindo que o processo não seja apenas mais um, nos já tão abarrotados “escaninhos” do Poder Judiciário, mas sim, que seja efetivo e atenda de modo adequado às pretensões dos jurisdicionados.

Theodoro Jr. (2009, p. 16, grifo do autor) leciona sobre instrumentalismo e efetividade processual:

Instrumentalismo e efetividade são ideais que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de *instrumento*. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.

A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das *formas* (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Não podem descambar para o formalismo doentio e abusivo, empregado não para cumprir a função pacificadora do processo, mas para embaraçá-la e protelá-la injustificadamente. *Efetivo*, portanto, é o processo *justo*, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à *segurança jurídica* (contraditório e ampla defesa), “proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.

Deste modo, atentando-se aos fundamentos e princípios que balizam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, este mecanismo mostra-se

adequado ao desapego com as formas procedimentais extremamente solenes que estão positivas na atual legislação.

Importante salientar que a aplicabilidade desta teoria não sustenta a exclusão do emprego da distribuição do ônus da prova previsto, expressamente, na legislação processual civil. A dinamização do ônus da prova é um instrumento “plus”, devendo ser empregado quando a norma expressa se demonstrar insuficiente e incapaz de obter os resultados necessários.

3.3 Aplicabilidade

A atual sistemática do Código de Processo Civil muitas vezes deixa a desejar quando se pretende a ampla produção de provas no processo, porquanto em diversas ocasiões a parte que está por disposição legal encarregada de produzir determinada prova, não possui condições de fazê-la. É por isso que o sistema estático de distribuição do ônus da prova mostra-se falho, o que fundamenta a aplicabilidade da dinamização do ônus probatório no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Theodoro Jr. (2008, p. 431), conforme a evolução do processo, no caso concreto, o juiz atribuirá o encargo probatório à parte que apresentar conhecimentos técnicos ou informações específicas, ou ainda, maior facilidade na demonstração dos fatos discutidos na causa. Para tanto, analisará se os elementos constantes nos autos tornem verossímil a versão afirmada por um dos litigantes, sendo que na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias, definirá a nova responsabilidade pela respectiva produção.

Ademais, o autor mencionado ensina que para que a decisão dinamizando o ônus da prova não se torne arbitrária, deve ser feita racionalmente pelo juiz, o qual deverá fundamentar de forma adequada a inversão, apontando os elementos que a determinaram.

Nesta teoria, servirá o juiz como um gestor das provas, de sorte que seus poderes instrutórios, concedidos pelo artigo 130 do nosso Código de Processo Civil, restarão fortalecidos.

Além disso, servindo o julgador como um gestor das provas, que analisará as peculiaridades, no caso concreto, para verificar a imprescindibilidade da dinamização do ônus da prova, o referido encargo não poderá ser distribuído previamente.

[...] de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito -, mas sim, quem tem mais possibilidades de prova-lo. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 62).

Somente será possível a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, após a verificação da presença dos elementos que justificam o seu emprego, para evitar arbitrariedades e, inclusive, surpresa às partes.

Para que possa ser aplicada a teoria da distribuição do ônus da prova devem estar presentes as condicionantes materiais e processuais:

[...] na perspectiva material, para que possa ser aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova, o art. 333 do CPC deve se apontar inadequado ao caso. Uma regra só incide e é aplicável se o seu suporte fático se verifica e se sua aplicação não é excluída pela finalidade que motiva a edição da própria regra. Não estando atendida a razão motivadora da regra, essa tem a sua incidência afastada por não se razoável a sua aplicação. Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando levar ao processo todos os elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabólica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica.

[...] Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a

duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331, CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo (art. 327, CPC). Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dès (sic), é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há retroatividade da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro. (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 337, grifo do autor).

Diante do exposto, demonstrados os elementos que assentam a aplicabilidade da teoria da distribuição do ônus da prova, caso ocorra problema com a distribuição determinada de forma dinâmica pelo juiz, modificando no decorrer da instrução processual as circunstâncias particulares que balizaram a sua decisão, em razão do direito das partes à prova no processo civil e, afim de evitar prejuízo aos litigantes e ao julgamento adequado do feito, poderá o ato de repartição do encargo probatório outrora determinado ser revisto.

3.4 Discussão doutrinária e jurisprudencial

Em consulta à jurisprudência gaúcha, verifica-se que os primeiros julgados reconhecendo a aplicabilidade da teoria da distribuição do ônus da prova, foram proferidos no decorrer do ano de 1999.

Inicialmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconhecia a aplicabilidade da dinamização do ônus da prova, tão somente em ações que envolviam negócios bancários, nas quais figuravam no polo ativo o cliente e no polo passivo as instituições bancárias.

Nesse sentido:

EMENTA: NEGOCIO JURIDICO BANCARIO. ACAO REVISIONAL DE CONTRATO. CONTRATO DE ABERTURA DE CREDITO EM CONTA CORRENTE. INICIAL DESACOMPANHADA DOS CONTRATOS. ONUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINAMICA DA CARGA PROBATORIA. DEIXANDO O AUTOR DE TRAZER AOS AUTOS OS CONTRATOS OBJETOS DA ACAO REVISIONAL, PODE, O JUIZ, DETERMINAR QUE A INSTITUICAO FINANCEIRA OS FORNECA, INVERTENDO-SE O ONUS DA PROVA, SEM QUE TENHA DE EXTINGUIR O FEITO POR AUSENCIA DE DOCUMENTO INDISPENSAVEL A PROPOSITURA DA ACAO.

APLICABILIDADE, IN CASU, DA TEORIA DA CARGA PROBATORIA DINAMICA, SEGUNDO A QUAL HA DE SE ATRIBUIR O ONUS DE PROVAR AQUELE QUE SE ENCONTRE NO CONTROLE DOS MEIOS DE PROVA E, POR ISSO MESMO, EM MELHORES CONDICÕES DE ALCANCA-LA AO DESTINATARIO DA PROVA. APELACAO PROVIDA, SENTENCA DESCONSTITUIDA. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1999).

Posteriormente, o emprego do encargo probatório dinâmico passou a abranger outras demandas judiciais, quando reconhecida, no caso concreto, a posição desvantajosa da parte que por força de lei possuía o *onus probandi*. É o caso das ações de responsabilidade civil por erro médico, nas quais o profissional evidentemente possui conhecimentos técnicos na área da saúde superiores aos do paciente.

Nessa seara:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS. PROCESSO CIVIL. AGRAVOS RETIDOS DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Evidenciado que o diagnóstico foi emitido pelo requerido, incontroversa a sua legitimidade para responder ao pedido indenizatório. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. QUESTÃO TÉCNICA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS. A inversão do ônus probatório diz respeito à dificuldade a que está submetido o consumidor em demonstrar aquilo que alega, especialmente pela sua notória hipossuficiência técnica frente à própria matéria em primeiro grau debatida. Hipótese dos autos em que é evidente a relação de consumo, sendo autorizada a inversão do ônus probatório segundo as regras do CDC. Aplicação da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições de produzir o meio de prova. Lições doutrinárias. [...]. A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de acesso à justiça. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não se permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça. Mas, como a garantia de acesso à justiça não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais, e reclama ` (sic) o acesso à ordem jurídica justa, o direito positivo reforça os poderes do juiz na condução da causa, tanto na vigilância para que seu desenvolvimento ocorra procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio. Poderes instrutórios do juiz para determinar as provas necessárias á correta compreensão dos fatos litigiosos (art. 130 do CPC). Sentença desconstituída. À UNANIMIDADE. AFASTARAM AS PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS E DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Por fim, também poderia ser reconhecida a aplicabilidade da dinamização do ônus da prova em ações envolvendo litígios familiares, ao exemplo das investigatórias de paternidade.

Nestas ações, ao autor, em razão da previsão contida no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbiria fazer prova do fato constitutivo do seu direito. No entanto, nestes casos, a prova determinante, seja nas ações positivas ou negativas de paternidade, é o resultado do exame genético pelo método do DNA. Assim, se faz necessária a colaboração dos litigantes para a verificação da existência do suposto vínculo biológico, uma vez que é de interesse de ambos a declaração da verdade.

Dito isso, se fosse aplicada a legislação letra fria, excluindo os textos previstos no artigo 322 do Código Civil e na súmula 301 do STJ, diante da recusa do suposto pai na realização do exame genético, nas ações ajuizadas pelo suposto filho, por incumbir ao autor fazer prova do fato constitutivo, a ação investigatória não lograria êxito, ante a insuficiência probatória.

No entanto, para solucionar as problemáticas supervenientes a recusa das partes à submissão de exame genético aplicam-se: a) o artigo 322 do Código Civil, o qual dispõe que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretenda obter com o exame”; e b) a súmula 301 do STJ, a qual prevê que “a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Se não houvessem os dispositivos legais acima transcritos, a dinamização do ônus da prova poderia ser perfeitamente empregada nas ações investigatórias de paternidade, diante da inviabilidade da realização da prova constitutiva do direito do autor (exame genético), sem a colaboração do adversário.

3.5 Análise sobre o ônus da prova no Projeto de Lei 8.046/2010 – regulamenta o novo Código de Processo Civil

No atual Código de Processo Civil, em vigor desde 1973, na exposição dos motivos que fundamentaram a redação do seu projeto, foram traçadas algumas bases que certamente prevalecem na sua nova reforma que está sendo realizada, por meio do Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Uma destas bases almejava “pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o processo científico dos tempos atuais”. Outra base, que no Projeto de Lei nº 8.046/2010 vem mais aprimorada, era a percepção do processo, como instrumento do Estado para a administração da justiça. “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores.”

O novo modelo buscado pela comissão que formulou o Anteprojeto, busca por meio da aplicação de técnicas legislativas inovadoras, tornar realidade a promessa constitucional de uma solução justa dos conflitos levados ao Poder Judiciário, constitucionalizando o processo civil.

A preocupação com um processo que assegure a efetividade dos direitos fundamentais estará presente, de forma expressa, na nova legislação processual civil. O título I, do livro I, cuidará dos princípios e garantias, normas processuais, jurisdição e ação, sendo que no primeiro capítulo, serão abordados os princípios e garantias fundamentais do processo civil, consoante os artigos infracitados:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

[...]

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

[...]

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos

ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

[...]

Art. 8º As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Percebe-se, pois, que todos os novos mecanismos implementados, deverão ser interpretados à luz dos princípios constitucionais, pelo que a obtenção de um resultado justo, deverá ser buscada com a cooperação e colaboração das partes e do juiz, princípios estes que estarão previstos na parte que tratará dos deveres das partes e seus procuradores.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: **1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;** 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; **4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;** e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 14, grifo nosso).

Na questão probatória, serão conferidos maiores poderes instrutórios ao magistrado, para que ele possa proferir decisões que se aproximem o máximo possível da realidade fática, evitando injustiças.

No título VI, capítulo I, que disporá sobre os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, o artigo 118, inciso V, transformará o julgador um gestor das provas, proporcionando-lhe que no caso concreto, adeque as questões probatórias, às necessidades das partes.

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

[...]

No livro II, que disporá sobre o processo de conhecimento e cumprimento de sentença, o título I, capítulo XI, falará das provas. Na seção I, haverá disposições gerais sobre a prova, nas quais se encontrarão a distribuição do ônus da prova, da maneira como vem sendo aplicada pela jurisprudência dominante, uma parte dispendo de forma estática, para que as partes tenham conhecimento de antemão acerca dos seus encargos probatórios e outra possibilitando a redistribuição do *onus probandi*, levando em consideração as particularidades da causa.

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.

[...]

Art. 364. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Toda a nova tônica em cima do ônus da prova no Código de Processo Civil que está por vir concebe valores como a cooperação/colaboração das partes com a devida marcha processual, a paridade de armas entre os ligantes, o agir de acordo com lealdade e boa-fé, objetivando a busca da verdade, para que possa ser proporcionada uma solução efetiva à tutela jurisdicional pleiteada.

Assim, se aprovado, nos moldes que está sendo formulado, o Projeto Lei nº 8.046/2010, certamente adaptará os procedimentos judiciais existentes, realizando a justiça no caso concreto, deixando de lado o hodierno excesso de formalismo processual que impregna o ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, constatou-se que o direito processual contemporâneo almeja a obtenção de um resultado justo aos conflitos dos litigantes. Nesse ponto, para que haja uma solução que satisfaça o interesse das partes, deve ser buscada no processo a verdade real, considerada aquela que se assemelha à situação fática efetivamente ocorrida.

Em busca da efetivação dessa verdade próxima da realidade deve haver o mínimo de provas no processo, atentando-se ao princípio da necessidade da prova, pois não há como realizar o exame das alegações fáticas sem suporte probatório, sob pena de ser dada uma solução injusta à lide. Não obstante, o juiz não pode se abster de julgar o processo quando ele não estiver devidamente instruído, em razão da proibição do *non liquet*.

Assim, diante do direito constitucional à prova e da sua imprescindibilidade, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possui importante função, uma vez que esse instituto é um remédio capaz de facilitar a colheita das provas que devem constar no processo para a formação da convicção do juiz, a fim de dar uma resolução idônea à causa.

Nesse particular, verificou-se que a legislação processual atual é insuficiente para possibilitar uma fundamentação adequada à sentença judicial, porquanto adota um sistema estático de distribuição do ônus probatório, o qual encontra previsão no artigo 333 do Código de Processo Civil.

A aplicação tão somente da teoria estática no processo civil dificulta a instrução probatória, uma vez que é regra geral, atribuindo ao autor fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, não atendendo as particularidades de cada caso concreto.

A fim de buscar solução a esta deficiência legislativa, verificou-se que atualmente grande parte dos julgadores está interpretando o Código de Processo Civil em conjunto com bases principiológicas do direito constitucional para sustentar a aplicabilidade da dinamização do ônus da prova, já que não há previsão legal para redistribuir de maneira diversa o ônus previamente fixado na legislação.

Também foi possível constatar que o juiz tem papel fundamental na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, atuando como verdadeiro gestor da prova, já que a ele a mesma é direcionada.

Observou-se, a partir da análise dos aspectos relevantes, que a finalidade da prova judiciária é formar a convicção do julgador. Deste modo, por ser o destinatário das provas colhidas no processo, a dinamização do ônus da prova atribui uma postura ativa ao juiz, a fim de que atue com maior presteza, distribuindo o ônus das provas relevantes ao processo à parte que se apresentar mais apta a produzi-la.

Essa ampliação dos poderes instrutórios do juiz, conferida pela teoria da dinamização do encargo probatório é capaz, ainda, de proporcionar a igualdade substancial entre os litigantes no processo, pois, distribuindo o magistrado de forma equânime o ônus probatório, resolverá com a desigualdade processual existente pela imposição da lei da incumbência probatória rígida.

Referente ao momento adequado para aplicação da dinamização do ônus da prova, objetivando evitar surpresa às partes, averiguou-se que o entendimento doutrinário é no sentido de que a decisão que redistribuir o ônus da prova deve ser proferida na fase saneatória do processo.

Outrossim, observou-se que há sistemática semelhante à distribuição dinâmica do ônus da prova na legislação brasileira, atenuando a inflexibilidade prevista no artigo 333 do Código de Processo, a qual está prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. O referido artigo trata de uma forma de inversão *ope judicis* da prova, proporcionando ao juiz, diante do caso concreto, a redistribuição do ônus da prova em desfavor do fornecedor, quando restar evidenciada a hipossuficiência (técnica ou financeira) do consumidor e se demonstrarem verossímeis suas alegações.

Ainda, averiguou-se que o disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, possui o propósito de facilitar a defesa do consumidor, que frequentemente apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação ao fornecer. Essa proteção à parte que se encontra em situação desigual é originária dos ideais do processo moderno, o qual permanece na visão do processo contemporâneo.

Foi possível perceber que o processo civil contemporâneo prima pela constitucionalização do processo civil, ou seja, nesse viés, todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos direitos e garantias fundamentais, com o intuito de resolver de maneira justa os conflitos levados ao judiciário. Para o processo contemporâneo, todas as partes que compõem a relação processual devem funcionar solidariamente, observando-se os princípios da boa-fé, da lealdade processual e da colaboração das partes, para que o processo atinja a sua finalidade.

Pelo exposto, se aplicada expressamente na legislação processual civil a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, os direitos fundamentais das partes serão evidentemente efetivados, porquanto este instituto facilitará a obtenção da verdade real e, conseqüentemente, proporcionará, através de um processo justo, uma solução condizente com os direitos e garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, percebeu-se que surtiram efeitos os esforços envidados pela doutrina e pela jurisprudência, defendendo a aplicação da distribuição dinâmica do

ônus da prova no direito brasileiro quando se apresentarem insuficientes as disposições constantes no artigo 333 do Código de Processo Civil.

No ano de 2010, foi confeccionado o Anteprojeto para a realização da reforma do Código de Processo Civil, e nele assentada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o qual restou convertido no Projeto de Lei nº 8.046/2010.

O artigo 358 do Projeto de Lei nº 8.046/2010 cuida da distribuição dinâmica do ônus da prova. O referido artigo possibilita ao juiz, mediante decisão fundamentada, frente às circunstâncias da causa e peculiaridades do fato a ser provado, distribuir o ônus da prova de forma diversa ao ônus estático previamente fixado na legislação.

Diante do exposto, concluiu-se que o Projeto de Lei nº 8.046/2010, por meio do qual está sendo realizada a reforma do Código de Processo Civil brasileiro, atende a necessidade de positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova para a efetivação dos direitos fundamentais das partes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

ANDRADE, Rita Marasco Ippolito. **Direito probatório civil brasileiro**. Pelotas: Editora da Universidade Católica de Pelotas, 2006.

BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 out. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 8.046, 22 de dezembro de 2010. Revoga a Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 28 out. 2012.

_____. Recurso Especial nº 422.778-SP, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Castro Filho, Julgado em 19/06/2007.

_____. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778-SP, 2ª Seção, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em 29/2/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Ação Investigatória. Recusa do Suposto Pai. Exame de DNA. Presunção Juris Tantum de Paternidade. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__03_01a0330.htm>. Acesso em: 12 nov. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**: parte geral: o conceito jurídico da prova. Tradução e notas Amilcare Carletti. São Paulo. Livraria e Editora Universitária de Direito. 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Jus Podium, 2007, v. 2.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70050168871, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 02/09/2012.

_____. Apelação Cível nº 599489945, Segunda Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 30/09/1999.

_____. Apelação Cível nº 70041198458, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.