

LUIS EDUARDO RICCI

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL ATUAL**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
2013

LUIS EDUARDO RICCI

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL ATUAL**

Monografia apresentada para o Curso de Pós-Graduação *LATO SENSU* – Especialização em Direito Processual Civil, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Sidney Palharini Júnior.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
2013

À Banca Examinadora

Monografia para o Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* – Especialização em
Direito Processual Civil - da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Título: A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil atual.

Autor: Luis Eduardo Ricci

R.A.: 00060377

Orientador: Professor Sidney Palharini Júnior

Comissão Julgadora: _____

A Banca, após examinar a candidata, considerou-a _____,
_____, com a nota _____.

São Paulo, _____.

À minha família, minha base e fonte de incentivo.

Agradeço a todo corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e, em especial, ao Professor Sidney Palharini Júnior pela atenção dispensada à orientação desse trabalho.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizer-las.” –

Voltaire.

RESUMO

O presente estudo aborda quanto à aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil atual. Para tanto, a monografia trata acerca de todos os elementos basilares que entornam a sistemática processual atual, quanto à distribuição clássica do ônus da prova, em contraponto ao dinamismo agasalhado pela teoria em escólio. Como cediço, a rigidez imposta pela teoria clássica de distribuição do ônus da prova (consagrada no artigo 333 do Código de Processo Civil), por muitas vezes, impossibilita que as partes litigantes alcancem a devida efetividade no cumprimento do encargo probatório que lhes é incumbido, haja vista a incidência de prova diabólica, acarretando, assim, um julgamento injusto e, consequentemente, desfavorável. Assim, defende-se, sob a ótica da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, que o encargo probatório deverá ser distribuído a parte que estiver em melhores condições fáticas, técnicas ou profissionais para suportá-lo, independentemente, da posição processual assumida e natureza do fato guerreado, consagrando, assim, os princípios da igualdade, lealdade, boa-fé, veracidade, da solidariedade para com o Judiciário, do devido processo legal, do acesso à justiça e da adaptabilidade do procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. Prova. Ônus da Prova. Modificação do Ônus da Prova.

ABSTRACT

The present study focuses on the applicability of the dynamic theory of distribution of the burden of proof in civil proceedings nowadays. With this purpose, the monograph is about all the basic elements that surround the current procedural systematic, as the classical distribution of the burden of proof, in contrast to the overdressed dynamism by the interpreted theory. How musty, the rigidity imposed by the classical theory of distribution of the burden of proof (enshrined in article 333 of the Civil Procedure Code), by often precludes the disputing parties of reaching due effectiveness in the accomplishment of the evidentiary burden that is entrusted to them, considering the incidence of diabolical proof, causing thus an unfair trial and therefore unfavorable. Thus, it is argued, from the perspective of the dynamic theory of distribution of the burden of proof, that the evidential burden should be distributed to the party that is better factual positioned, technical or professional to support it, regardless of the procedural position assumed and the nature of the warred fact, establishing thus the principles of equality, fairness, good faith, truth, solidarity with the judiciary, due process, access to justice and the adaptability of the procedure.

KEYWORDS: Civil Procedure. Dynamic Theory of Distribution of Burden of Proof. Proof. Burden of Proof. Modification of the Burden of Proof.

SUMÁRIO

Introdução	12
----------------------	----

Capítulo I

DOS ELEMENTOS BASILARES DA CIÊNCIA PROCESSUAL

1.1. Observação preliminar	14
1.2. Jurisdição	15
1.3. Ação	18
1.4. Defesa	20
1.5. Processo	21

Capítulo II

TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Conceito	23
2.2. Objeto da prova	27
2.3. Natureza jurídica da prova	28
2.4. Valoração da prova	31

Capítulo III

ÔNUS DA PROVA

3.1. Ônus da prova	34
--------------------------	----

Capítulo IV

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1. Noções gerais	39
4.2. Ônus da prova no âmbito do código de defesa do consumidor	44
4.2.1. Dos requisitos que albergam a inversão do ônus da prova	45
4.2.2. Dos requisitos do artigo 6º, inciso VIII do CDC: caráter cumulativo ou alternativo	49

Capítulo V

MOMENTO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

5.1. Momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova ..	52
5.2. Momento da ciência das partes quanto a modificação do ônus da prova	53

Capítulo VI

TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

6.1. Da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova e sua aplicação ..	56
6.2. Da melhor condição probatória da parte	63

6.3. Momento da aplicação das regras de distribuição do ônus dinâmico da prova	66
6.4. Posicionamento jurisprudencial pátrio quanto à aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova	68

Capítulo VII

DA RECEPCIONALIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO

CIVIL

7.1. Da recepção da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010.	76
Considerações finais	78
Referências bibliográficas	81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como cerne de discussão da aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no âmbito do processo civil atual; teoria esta, de origem argentina e que vem sendo recepcionada em nosso ordenamento jurídico.

Como cediço, é impositivo em nosso modelo processual regras específicas e rígidas quanto à distribuição prévia do ônus da prova (*teoria estática/clássica do ônus da prova*), incumbindo, assim, ao autor da ação, provar o fato constitutivo de seu direito, e em contrapartida ao réu provar quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do primeiro – regra essa estatuída no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Por muitas vezes, em virtude deste panorama, as partes litigantes não conseguem alcançar a devida efetividade no cumprimento do encargo probatório. Ihes são incumbido prévia e abstratamente, acarretando, assim, um julgamento injusto e desfavorável.

Sendo assim, a flexibilização da distribuição do ônus da prova se faz imperativo, a fim de buscar a efetividade e a instrumentalidade processual.

É neste prisma que se alberga a aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, que tem como objetivo flexibilizar as regras estabelecidas no artigo 333 do Código de Processo Civil, impondo o ônus da prova a parte que melhor tiver condições de produzi-la de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito, a concretude e a importância dos termos da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova se tornam evidente em nosso ordenamento jurídico, ao serem aceitos pela nossa jurisprudência pátria e doutrina, acarretando, assim, a manutenção de seus princípios no Novo Projeto do Código de Processo Civil.

Desta feita, o presente trabalho tem como escopo além de esmiuçar todos os elementos intrínsecos e extrínsecos da prova no âmbito processual, tratar acerca da aplicabilidade da teoria da distribuição do ônus da prova no modelo processual atual, buscando como resultado a equidade, efetividade e instrumentalidade do processo.

Capítulo I

DOS ELEMENTOS BASILARES DA CIÊNCIA PROCESSUAL

1.1. Observação preliminar

Primeiramente, antes de adentrar em tópicos específicos do presente trabalho, necessário se faz abordarmos quanto aos elementos basilares do direito processual civil.

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV¹, da Constituição Federal, extraímos que é garantido a todos os cidadãos, indistintamente, pleitearem, junto ao Poder Judiciário, demandas que alberguem a resolução de qualquer lide, que gere lesão ou ameaça a direito, desde que observadas e respeitadas as regras processuais pertinentes.

Neste prisma, nos deparamos com o quadrinômio basilar da ciência processual: jurisdição, ação, defesa e processo.

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” .
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

1.2. Jurisdição

O termo jurisdição, que tem a sua origem no latim *iuris dicto* (dizer o direito), se traduz na manifestação do poder soberano do Estado em promover a resolução dos conflitos de interesses – lide, desde que provocado pelo interessado (princípio da inércia da jurisdição), isto como retratado nos artigos 1º e 2º do Código de Processo Civil².

Tratando do tema, Costa Machado em sua obra, define jurisdição como sendo:

“(...) uma das expressões ou manifestações da soberania nacional ao lado da legislação e da administração – é o poder do Estado de solucionar ou dirimir conflitos de interesse com vista à pacificação da sociedade, escopo que é alcançado pela atuação da vontade do direito material que o juiz realiza por meio do processo.”³

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, ao conceituarem jurisdição aduzem o que segue:

“A jurisdição é, portanto, no âmbito do processo civil, a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em

² “Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”.

“Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

³ **MACHADO**, Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 10. ed, inteiramente rev. e atual. Barueri/SP: Manole, 2011. p. 04.

lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico.”⁴

Não menos importante, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico assevera que o “poder jurisdicional do Estado exercido por meio do processo e provocado pela ação tem por objetivo precípuo alcançar a paz social.”⁵

Em decorrência de tais posicionamentos, extraímos a incidência dos seguintes princípios no âmbito da jurisdição: investidura, juiz natural, territorialidade, indelegabilidade, inevitabilidade e do direito fundamental da apreciação pelo Poder Judiciário.

Como cediço, a jurisdição só poderá ser exercida por aquele que tiver sido regularmente inserido na função jurisdicional; em outras palavras, estiver regularmente investido na condição de juiz.

Atrelado a isto, temos que tratar acerca do direito fundamental ao juiz natural, estatuída na conjugação dos incisos XXXVII e LII do artigo 5º da Constituição Federal⁶.

Luigi Ferrajoli transscrito por Fredie Didier Jr., ao tratar acerca da garantia em questão, assevera que:

“Ela significa, precisamente, três coisas diferentes, ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não

⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento.. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41-42.

⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 17.

⁶ “Art. 5º. (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais.”⁷.

Diante disto, é importante pontuar que aos investidos para exercer a função jurisdicional só podem exercer a sua autoridade nos limites territoriais impostos pela jurisdição⁸.

Tratando do tema Freddie Didier Jr., consigna que:

“Os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do seu Estado; ou seja, nos limites do território da sua jurisdição. A jurisdição, como manifestação da soberania, exerce-se sempre em um dado território.”⁹.

Assim sendo, temos que o exercício da função jurisdicional não pode ser delegado a outrem, ao que concerne o poder decisório.

Contudo, diante a previsão legal, os termos do princípio da indelegabilidade não se aplica quanto aos poderes instrutórios, diretivos do processo e executórios¹⁰.

Por conseguinte, quanto ao princípio da inevitabilidade, extraímos que as partes litigantes terão que se submeter ao dispositivo decisório do magistrado.

⁷ DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. 11. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR e as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07 e 11.672/08. Salvador/BA: JusPODIVM, 2009. p.92.

⁸ “Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.” – Código de Processo Civil.

⁹ DIDIER JR., Freddie. Op. cit., p. 86.

¹⁰ Exemplos do avençado: artigos 93, inciso XI; 102, inciso I, da Constituição Federal; artigos 492, 162, § 4º, do Código de Processo Civil.

Consoante ao abordado, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrine Grinover, aduzem que a:

“(...) situação de ambas as partes perante o Estado-juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre a sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal.”¹¹.

Por derradeiro, cabe tratar acerca do direito fundamental à inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão.

Em suma, o direito em questão está intimamente ligado com o direito de ação, ou seja, o direito a uma decisão judicial, independente da procedência das alegações aduzidas pelo interessado – direito abstrato.

1.3. Ação

Inicialmente, temos que a ação é a representação do direito esculpido no artigo 5º, inciso XXXX, da Constituição Federal, de invocar a tutela jurisdicional do Estado; em outros dizeres, é o direito a uma sentença de mérito.

Enveredando sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, asseveram que:

“A ação, assim como hoje é concebida pela doutrina, como direito público abstrato de requerer a tutela jurisdicional do Estado, sempre que dela se

¹¹ **CINTRA**, Antônio Carlos Araújo Cintra, **DINAMARCO**, Cândido e **GRINOVER**, Ada Pelegrini. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 139.

precisar para a solução (útil) de determinada lide ou para a declaração de uma afirmação de direito que se faz (...).”¹²

Desta forma, adota-se neste trabalho os preceitos da teoria abstrata¹³ para a concepção do direito de ação.

Nesta esteira, José Roberto dos Santos Bedaque comenta que:

“Segundo os defensores da teoria abstrata, direito de ação é o fenômeno completamente desvinculado dos interesses tutelados no plano material. A todos é assegurada a possibilidade de ingressar no Poder Judiciário, independentemente da efetiva titularidade de um direito substancial.”¹⁴

Pois bem, o direito de ação encontra-se desvinculado da concretude do direito substancial perseguido – concepção publicista. Ainda, em foco nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque:

“O direito de demandar nada mais é do que o exercício concreto da ação. Uma teoria que pretenda explicar a natureza jurídica da ação deve levar em conta que qualquer ente dotado de personalidade tem o direito a que o órgão jurisdicional considere sua pretensão. Esse direito é a porção mínima de todo esse fenômeno: é o direito à prestação da jurisdição. O direito de ação é forma típica do direito de petição, integrando o poder jurídico que tem todo indivíduo de solicitar o que considera justo.”¹⁵.

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 123.

¹³ Cita-se como demais defensores da teoria abstrata: Couture, Alfredo Rocco e Calmon de Passos.

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.43.

¹⁵ Ibidem, p. 44.

Neste enfoque, a ação é destinada para provocar a tutela jurisdicional do Estado, transcendendo-se, assim, como um direito fundamental público, autônomo e abstrato.

Ou seja, público por se tratar de uma relação estabelecida entre o cidadão frente ao Estado; e autônomo e abstrato, porque a sua existência independe da existência do direito material perseguido.

1.4. Defesa

Promovida à atuação jurisdicional, é patente a formação dos polos litigantes, ou seja, a bilateralidade da ação.

Diante disto, da mesma forma é que é garantido a todos os cidadãos, sem distinção, o direito de ação, é garantido a todos os demandados o direito da ampla defesa, isso em consonância ao princípio da isonomia.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. transcreve que:

“Do mesmo modo que se fala do direito de ação como direito de provar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5º, XXXV e LV, CF/88).”¹⁶.

Seguindo a mesma trilha, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, afirmam que:

¹⁶ DIDER JR., Fredie. Op. cit., p. 481.

“O direito de defesa, constitucionalmente assegurado (Constituição Federal, art. 5º, LV), é o contraposto do direito de ação. Ao réu é assegurado o direito de pleitear um provimento jurisdicional que indefira a pretensão do autor. Assim, tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, até certo ponto e em certa medida, têm a mesma natureza, pois ambos representam o direito à tutela jurisdicional.”¹⁷.

Sendo assim, conclui-se que o direito de defesa, como o direito de ação, decorre de um direito abstrato; que em outros dizeres, desvincula-se da existência ou não do direito material perseguido, bem como do provimento de sua razão.

Insta salientar, que o regular exercício do direito de defesa possibilita ao Estado-juiz, ter uma visão amplificada da lide instalada, que gerará a este, meios de sentenciar de forma justa e efetiva.

1.5. Processo

Como cediço, o poder jurisdicional do Estado é exercido por intermédio do processo. Nesta trilha, podemos conceituar o processo como sendo o instrumento pelo qual o Estado presta a sua função jurisdicional em seus diversos atos complexos, a fim de se buscar um resultado prático e efetivo ao imbróglio instalado.

Tratando do tema, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que:

“Estimulada pela ação, a jurisdição sai de sua inércia e, com a efetiva colaboração da defesa, faz valer o direito do caso concreto. A fim de que todos possam desenvolver atividades, possibilitando ao órgão jurisdicional

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 358-359.

uma completa visão da situação, objeto do provimento, existe o processo.

Por isso o processo, instituto fundamental do direito processual, é o instrumento com o qual a jurisdição atual.”¹⁸

Contudo, para que a atividade jurisdicional seja efetiva, é necessário que o magistrado tenha conhecimento dos fatos para que possa apresentar a solução jurídica mais justa ao caso concreto (*mihi factum, dabo tibi*).

Desta feita, por intermédio da competente instrução processual é que o Estado-juiz terá subsídios para compor o seu livre convencimento, quanto à verdade dos fatos e promover a competente tutela jurisdicional.

Sendo assim, é incontroversa a importância do instituto da prova no processo civil, fazendo-se necessária sua discussão de forma categórica.

¹⁸ **BEDAQUE**, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 68.

Capítulo II

TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Conceito

O instituto da prova é um dos mais importantes do nosso ordenamento jurídico; isto porque, é por seu intermédio que se dará a comprovação dos fatos alegados no bojo processual, fatos estes que albergaram a perfeita e justa solução da lide.

Neste espeque, necessária a conceituação de prova para os fins deste trabalho. Pois bem, mesmo diante aos multifacetários entendimentos quanto a sua conceituação, pontuamos que prova como meio pelo qual se busca a veracidade dos fatos em contraponto dos fatos controvertidos pelos litigantes.

Em outros dizeres, o termo prova, como muito bem posicionado por Costa Machado, deve ser compreendido “como o direito processual de provar – vale dizer, de persuadir, de demonstrar a veracidade de um fato”¹⁹.

¹⁹ MACHADO, Costa. Op. cit., p. 406.

Tal premissa se faz valente, considerando o posicionamento de Artur Oscar de Oliveira Deda, senão vejamos:

“A parte tem o dever de provar a veracidade dos fatos alegados em juízo para obter o convencimento do julgador, pois a decisão deve ter por fundamento a certa do juiz sobre os fatos controvertidos da causa.”²⁰.

Corroborando com o avençado, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, lecionam com maestria quanto ao tema:

“O instrumento de atuação da norma jurídica material é o processo, mas para que isso ocorra é mister que o julgador tenha conhecimento dos fatos que autorizam a incidência da norma. Sem ter a exata noção dos fatos, é impossível ao juiz dizer a solução jurídica que a situação reclama.

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes.

(…)

Assim, conceitua-se prova como instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.”²¹.

Não obstante, importante colacionar ainda as passagens doutrinárias citadas por Artur Oscar de Oliveira Deda, em sua obra, quanto à conceituação de provas:

“a) ‘Provar significa forma a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo’ (Giuseppe Chiovenda).

²⁰ **DEDA**, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 01.

²¹ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues. Op. cit., p.430-431.

- b) 'Prova é o meio de que se serve o litigante, que alegou o fato contestado pelo outro, para demonstrar a sua existência e realidade' (J. M. de Carvalho Santos).
- c) 'Prova é a soma dos meios produtores da certeza' (Mittermaier).
- d) 'On apele preuve dans la langage juridique tout fait que la loi ordonne ou permet au juge de regarder comme demonstrant l'existence d'un fait' (Belime).
- e) 'Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo' (Moacyr Amaral Santos).
- f) 'A prova no processo é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica' (Pontes de Miranda).
- g) 'Prova é tudo que nos pode convencer da certeza de algum fato, circunstância, ou proposição controvertida' (Paula Batista)."²².

Noutro passo, torna-se imperioso burilar o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que não consideram a prova como instrumento de reconstrução de fatos, mas sim como elemento argumentativo a fim de corroborar a tese jurídica apresentada pela parte, vejamos:

"Seja como for, em todas essas construções observa-se a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando ao juiz a convicção de certeza sobre a sua efetiva ocorrência.

Não obstante, como dito antes, essa ideia está superada e sepultada em outros ramos do conhecimento, não se justificando a sua manutenção na ciência jurídica.

(...)

²² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 03.

Cumpre reconhecer que o fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter multifacetário, capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se observa, diferentes nuances. Escolhido, arbitrariamente, o ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista neste campo – tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Como diz Taruffo, a prova ‘assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir conteúdo da decisão final sobre o fato’.

Nessa perspectiva se retorna à definição que já lançamos, e que parece refletir, razoavelmente, a natureza da prova, como se pretende denotá-la: a prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Nota-se, nesse esboço de definição, a tônica no aspecto dialético e no método argumentativo (como elemento inerente ao processo). De outra parte, a noção apresentada parece ajustar-se aos contornos dados à prova pelo direito, seja no que se refere à liberdade do juiz na valoração da prova, seja no que atine à regulamentação específica de alguns temas probatórios pela lei.

(...)

Por essa razão, e não obstante as críticas que se levantam contra essa perspectiva, parece que a caracterização da prova como elemento argumentativo habilita o direito processual a dar um passo avante, no aprimoramento de seus institutos e na mais acurada percepção da realidade.”²³.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 58-61.

Neste compêndio, por mais que a posição supramencionada seja possuidora de grande fundamentação, é certo e majoritário que a prova no âmbito processual é destinada a buscar a veracidade dos fatos, a fim de gerar o convencimento do magistrado.

Com efeito, a prova dentro do processo legal torna-se fundamento da argumentação apresentada pela parte, e não propriamente o elemento argumentativo em si, como defendido acima; até porque os fatos constituem o objeto da prova, uma vez que o direito independe de demonstração, salvo as disposições do artigo 337 do Código de Processo Civil.

Em suma, resta evidente que é através da prova que o julgador terá subsídios para formar sua convicção a respeito da veracidade ou não das alegações feitas pelas partes litigantes, proferindo ao final, uma decisão justa.

2.2. Objeto da prova

Constitui como objeto da prova todo fato controvertido e relevante à demanda, fato este que terá o condão de buscar a veracidade destinada a promover o convencimento do julgador.

Nessa via, entende-se por fatos controvertidos aqueles litigados pelas partes, ou seja, alegado por uma e contestado pela outra. Do mesmo modo, entende-se por fato relevante a demanda aquele que tiver meios de incutir no julgamento.

Tratando do tema, Artur Oscar de Oliveira Deda conceitua objeto da prova como qualquer “fato ou circunstância, cuja demonstração for relevante para convencer o juiz sobre a veracidade das alegações das partes (...).”²⁴.

Seguindo as mesmas premissas, Gildo dos Santos leciona que o objeto da prova “é sempre um fato sobre que ela recai. Há de tratar-se, porém, de um fato controvertido, segundo a lição dos autos.”²⁵.

No mais, considerando a sistemática apresentada no artigo 334 do Código de Processo Civil, extraímos que independem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos, bem como aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Enveredando o supramencionado, João Batista Lopes discorre que “de acordo com a doutrina, só precisam ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos”²⁶.

Insta salientar, que o mesmo se aplica ao direito, uma vez que cabe ao Estado-juiz o encargo de aplicar a norma adequada ao caso concreto – *jura novit cura*; exceto quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, situação esta que deverá provar o teor e a vigência, se assim determinar o magistrado (previsão do artigo 337 do Código de Processo Civil).

2.3. Natureza jurídica da prova

²⁴ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 04.

²⁵ SANTOS, Gildo dos. A prova no processo civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

²⁶ LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 5.

Superada a conceituação de provas e seu objeto, é extrema importância tratar acerca de sua natureza jurídica. O tema em questão não é pacífico em nossa doutrina, sendo travado o embate se a natureza jurídica da prova pertenceria ao direito material ou processual.

Neste ínterim, para a corrente doutrinária que defende que a natureza jurídica da prova é proveniente do direito material, entende que o seu objeto (os fatos) somente pode ser definido na seara materialista, ou seja, a sua essência abrolha neste ramo, confrontando apenas com o direito processual quando utilizado como meio de prova e integrar o processo.

Tratando do tema, e defensor da premissa Artur Oscar de Oliveira Deda, seguindo as mesmas linhas de João Monteiro e Pontes de Miranda, leciona que:

“Para a doutrina que afirma ser a prova um instituto de direito material, assim deve entender-se porque os fatos, objeto da prova, somente podem ser definidos no direito substantivo, e apenas alcançam sentido processual quando entram no processo civil. Por ser manifestação sensível de uma relação jurídica, ela está condensada na própria substância do direito.

(…)

O que define a posição materialista dos autores na polêmica, ao nosso ver, é atribuir natureza material às normas sobre admissibilidade dos meios probatórios e sua valoração, restringindo o caráter processual ao procedimento probatório. Por isso é que consideramos defensores da tese materialista, no Brasil, João Monteiro e Pontes de Miranda, entre outros. Para o primeiro, ‘a prova que se confunde com o próprio direito adquirido, e sobre qual a lei nova não tem efeito retroativo, é de direito material’. Pontes

de Miranda também entende que o direito material é que define a natureza jurídica da prova, quando regula a sua admissibilidade.”²⁷.

Contrapondo a tese supramencionada, a corrente que defende que a natureza jurídica da prova é proveniente do direito processual, entende que suas regras sempre serão processuais, não importando onde a definição da prova estiver locada.

Importante colacionar, que a corrente em questão leva em consideração não proveniência da prova, mas sim o campo de sua real efetividade, ou seja, o direito processual civil, extraindo-se assim sua natureza jurídica.

Nessa messe, Frederico Marques citado por Artur Oscar de Oliveira Deda, assevera que a “verdade, porém, é que as normas do Código Civil sobre o institutos da prova, têm natureza estritamente processual, aplicando-se, assim, às questões jurídico-privadas e àquelas de Direito público”²⁸.

Adiante, o mesmo doutrinador conclui:

“Os preceitos sobre a matéria probatória pertencem ao Direito processual, porque o objetivo primordial e básico da prova é o de ‘convencer o juiz’, como diz Guasp, ‘da existência ou inexistência dos dados lógicos que deve sopesar ao proferir a sentença’.”²⁹.

²⁷ **DEDA**, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 8/9.

²⁸ Ibidem, p. 10.

²⁹ Ibidem, p.10.

Com efeito, Frederico Marques citado por Artur Oscar de Oliveira Deda, pontua o entendimento de Liebman, tratando de forma categórica que o problema da certeza dos fatos jurídicos se restringe:

“ao de sua prova em juízo e a esta de destinam as normas legais probatórias; fora de um processo, pode cada um, sem dúvida alguma, tentar prover o êxito do processo, ou tentar conhecer a verdade, por sua conta, servindo-se dos meios de pesquisa de que possa dispor em caso por caso. Assim, como conclusão, a necessidade de certeza dos fatos e relações jurídicas (sic) não dão lugar a problemas específicos de Direito. Dentro, porém, do que tem de jurídico o problema da prova, é ele um problema de natureza processual e processuais são as normas que o solucionam, com aquelas sobre o ônus da prova e as que tratam da admissibilidade, produção e efeitos dos diversos meios de prova.”³⁰.

Sendo assim, defendemos o caráter processual da prova, tendo em vista a sua essência e finalidade (*judici fit probatio*); cabendo ao direito processual, regular quanto à matéria em sua integralidade, amplitude e demais aspectos.

2.4. Valoração da prova

Consubstanciada a instrução processual, recai ao magistrado a incumbência de promover a valoração das provas, por intermédio da persuasão racional ou do livre convencimento.

Contudo, é de extrema importância considerar a extensão “da livre apreciação das provas” dada ao julgador.

³⁰ Ibidem, p. 10.

Nessa messe, a livre apreciação das provas não pode ser exercida arbitrariamente aos fatos que compõe a lide, as provas produzidas no bojo do processo, às regras impostas pela lei processual, bem como a lógica e máximas da experiência, até porque deverá o juiz motivar de forma racional a conclusão de seu convencimento, isto como reza os artigos 131, 165 e 458, inciso II, todos do Código de Processo Civil³¹.

Sobre o tema, Artur Oscar de Oliveira Deda de forma categórica trata acerca da livre apreciação das provas pelo magistrado, vejamos:

“Livre apreciação das provas não quer dizer que possa o juiz avaliar arbitrariamente as provas existentes nos autos do processo, ou possa utilizar critérios exclusivamente pessoais. Na verdade, a livre apreciação das provas é incompatível com o arbítrio, porque exige motivação.

(…)

A avaliação deve se basear-se na lógica e nas máximas da experiência, que são comuns a todo ser humano. Isso para garantia de uma justiça democrática, pois – como diz José Maria Asencio Mellado – ‘a sentença deve convencer e não só vencer de forma arbitrária em um Estado de Direito’.”³².

Na mesma trilha, importante citar o entendimento de Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, o qual afirmam que:

³¹ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”.

“Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”.

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

(…)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”.

³² **DEDA**, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 19.

“A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam (...).”³³.

Tratando quanto à postura do magistrado, Ovídio Batista Silva, envereda que recai a este o:

“dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos.”³⁴.

Em suma, considerando o sistema processual adotado pelo nosso ordenamento jurídico, fica patente a importância da atividade jurisdicional na instrução processual e consequente valoração.

³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 4^a edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.636/07, 11.689/08, 11.690/08 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante). Salvador/BA: Editora Podivm, 2009. p. 40.

³⁴ SILVA, Ovídio Batista. Curso de Processo Civil. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978. p. 288.

Capítulo III

ÔNUS DA PROVA

3.1. Ônus da prova:

Primeiramente, considerando a sistemática processual, ônus não é sinônimo de obrigação e nem dever. Ônus tem como significado encargo, cujo seu descumprimento não gerará nenhum tipo de sanção à parte, mas sim, sua desvantagem processual.

Tratando do tema, Alvim Neto referido por Rodrigo Garcia Schwarz, afirma que:

“A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre

ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só é reflexamente.”

³⁵

Com efeito, Costa Machado seguindo a mesma linha supramencionada apresenta a conceituação nos seguintes moldes:

“Ônus é o encargo processual (não é obrigação e nem dever) cujo não desincumbimento acarreta um gravame previamente estabelecido. O não desincumbimento do ônus de provar, assim como regrado pelo dispositivo, gera, em tese, a perda da causa pelo não reconhecimento judicial de fato relevante (dizemos ‘em tese’ porque a norma contida no art. 333 não é absoluta). Observe-se que pela instituição do ônus da prova fica entregue ao juiz um critério objetivo e seguro que sempre permitirá uma solução de mérito para a causa.”³⁶.

Desta feita, o ônus da prova por ser conceituado como a regra processual estabelecida pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, que distribui as partes litigantes o encargo probatório, ou seja, a distribuição dos fatos que incumbe a cada parte provar nos autos do processo.

Neste diapasão, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, conceituam o ônus da prova, vejamos:

“Assim, ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há

³⁵ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. Porto Alegre: Síntese, n. 202, Abril/2006. p. 16.

³⁶ MACHADO, Costa. Op. cit., p. 407.

interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa interesse da parte em produzir a prova que lhe traga consequências favoráveis.”³⁷

Enveredando as passagens doutrinárias já mencionadas, Artur Oscar de Oliveira Deda assevera que:

“Ordinariamente, confunde-se ônus da prova com dever de provar, o que não é certo, como demonstra a doutrina moderna. Ônus da prova é a necessidade de provar para vencer, ‘uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta de omissão’. Não é um dever jurídico, mas uma condição essencial para o êxito da causa.

(...)

O ônus da prova cabe aos litigantes, referentemente às respectivas alegações feitas em juízo, no processo. É a aplicação do princípio da simetria na relação processual. A máxima antiga dos romanos – *onus probandi incumbit actori* – completa-se com outro – *réus in excipiendo fit actor.*”³⁸

Por conseguinte, devemos tratar, ainda, o ônus da prova sob o enfoque subjetivo e objetivo. O ônus da prova subjetivo é aquele destinado as partes litigantes ao que concernem as incumbências estabelecidas no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Por sua vez, o ônus da prova objetivo é direcionado ao magistrado.

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 439.

³⁸ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 21/22.

Como cediço, nem sempre as provas constantes nos autos são suficientes para compor o livre convencimento do magistrado e critério de julgamento.

Mesmo diante deste quadro, o magistrado não pode se recusar em proferir o julgamento da demanda, devido à vedação do nosso ordenamento jurídico ao *non liquet*.

Sendo assim, o sistema de distribuição do ônus da prova servirá como alicerce ao magistrado no momento do julgamento, onerando a parte a qual continha o ônus da prova e o sucumbiu com uma decisão desfavorável aos seus interesses.

Insta colacionar passagem doutrinária de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, quanto ao tema:

“Afirma-se que, em primeiro sentido, o *ônus da prova* é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que cada uma incumbe provar. Este seria o chamado *ônus subjetivo* (ou formal, segundo Barbosa Moreira). Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, vedado é o *non liquet*.

Daí dizer-se que, em um segundo sentido, o *ônus da prova* é uma regra dirigida ao juiz (uma *regra de julgamento*, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável.

(...)

Diz-se, em síntese, que o *ônus subjetivo* é regra de conduta para as partes, enquanto que o *ônus objetivo* é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para evitar o *non liquet*.³⁹

³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 73/74.

Em suma, as regras processuais dispostas quanto ao ônus da prova, tem o condão de guiar as partes quanto as suas incumbências na fase instrutória, bem como nortear o magistrado, na hipótese de insuficiência de provas, a onerar a parte sucumbente, para, ao final, proferir uma decisão desfavorável e assim evitar o *non liquet*.

Capítulo IV

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1. – Noções gerais

Como cediço, as partes litigantes é incumbido o ônus da prova conforme estabelecido no artigo 333 do Código de Processo Civil, a fim de promover o convencimento do juiz acerca dos fatos ventilados.

Desta feita, a nossa sistemática processual leva em consideração a posição processual das partes litigantes, bem como a sua pretensão nos autos da ação – modelo este preconizado por Chiovenda.

Nesta seara, ao autor da ação é incumbido o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, se aduzidos.

Tratando acerca da distribuição do ônus da prova, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, discorrem que:

“O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores:
a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos

em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em prova o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo desde mesmo direito (art. 333, CPC)

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.”⁴⁰

Não obstante, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, asseveram no mesmo sentido que:

“O Código de Processo Civil, no art. 333, divide o ônus da prova pela posição processual que a parte assume. Se no pólo ativo, compete-lhe provar apenas o fato constitutivo de seu pretenso direito. Se no pólo passivo, somente deverá provar se alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.”⁴¹

Não menos importante, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, posicionam que:

“A regra do art. 333 do CPC, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a *não existência daqueles que impedem a sua constituição*, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

⁴⁰ Ibidem, p. 77.

⁴¹ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues (Coord.); **ALMEIDA**, Flávio Renato Correia de; **TALAMINI**, Eduardo. Op. cit., p. 439.

Não há rationalidade em exigir que alguém que afirma um direito deve ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz.

Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, pelo réu.”.⁴²

Pois bem, entende-se por fato constitutivo o fato gerador do direito do autor, ou seja, o fato que sustenta e molda a pretensão arguida em juízo⁴³.

Na mesma trilha, Costa Machado conceitua fato constitutivo como “aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo.”⁴⁴.

Ainda em consideração as lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, temos que:

“O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo.

Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular.

E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seus nascimento e existência.”⁴⁵.

Por conseguinte, como já tratado anteriormente, ao réu é incumbido o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito aduzido pelo autor.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 169/170.

⁴³ Na mesma linha de raciocínio José Batista Lopes ensina que: “Entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor; fato impeditivo é o que obsta às consequências jurídicas objetivadas pelo autor; fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica; fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica.”. (in Op. cit., 3. ed., p. 41-42).

⁴⁴ MACHADO, Costa. Op. cit., p. 407.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 77.

Nesta via, fato impeditivo é aquele que obsta a produção dos efeitos e o direito decorrentes da relação jurídica guerreada; Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, ao tratarem do assunto referem-se que:

“O fato impeditivo é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) ‘são igualmente necessárias à existência do direito’.”⁴⁶.

O fato modificativo é aquele que, em razão da existência do direito pleiteado, tem como escopo modificar os seus termos; e, por fim fato extintivo é aquele que extermina a eficácia do fato constitutivo alegado pelo autor, encerrando, assim, a relação jurídica.

Com muita clareza, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, ensinam que:

“Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito alegado pelo autor. Impeditivo, porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque demonstra alteração daquilo que foi expresso no pedido. Extintivo, porque fulminam no todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original.”⁴⁷.

⁴⁶ Ibidem, p. 79.

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 439.

Ademais, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, as regras dispostas no artigo supramencionado, assumem posição estática, ou seja, a distribuição do ônus da prova se dá de forma prévia, objetiva e fixa, tornando-se imutável aos olhos do legislador.

Por muitas vezes, em virtude deste panorama, nem sempre as partes litigantes possuem condições páreas de atender os encargos impostos pelo ônus da prova, ficando a mercê, diante a produção de provas insuficientes, a decisões injustas e contrárias as suas pretensões.

Tal premissa se faz verdadeira, ao analisarmos o caso hipotético onde recai a uma das partes litigantes o ônus da produção de prova essencial ao deslinde da causa, contudo a produção da mesma é de difícil ou impossível modo, ou até mesmo onerosamente inviável a esta. Em contrapartida, para a outra parte litigante não haveria a existência de tais empecilhos, podendo produzir a prova normalmente.

Contudo, a doutrina contemporânea tem promovido grandes críticas ao sistema estático da distribuição do ônus da prova, defendendo a sua flexibilização por intermédio da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, permitindo que o juiz, deparando-se com o evidente desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, promova a adequação das regras de distribuição do ônus da prova, determinando que o ônus recaia a parte que tenha melhores condições de produzi-la, buscando assim maior efetividade e instrumentalidade processual.

Acrescenta-se, ainda, que o novo projeto do Código de Processo Civil, já prevê a flexibilização do artigo 333, ficando patente a importância da tese aqui defendida.

Por derradeiro, frisa-se que a promoção da flexibilização da distribuição do ônus da prova não concorre como limitadora dos poderes instrutórios do juiz, mas,

sim, como ferramenta ativa jurisdicional, promovendo, de acordo com o caso concreto, o equilíbrio entre as partes na instrução processual, e meios do magistrado sentenciar de forma equânime e justa.

4.2. Ônus da prova no âmbito do código de defesa do consumidor

Há de serem considerados, ainda, no cerne deste trabalho os ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto às regras do ônus da prova.

Pois bem, de acordo com a Lei nº. 8.078/1990, que regula a relação consumerista (Código de Defesa do Consumidor), extraímos que é garantido ao consumidor, com fulcro no artigo 6º, inciso 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 experiência.”.

Desta feita, a Código de Processo Civil, conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor mantém uma relação de complementaridade, quando configurada a relação de consumo, possibilitando assim, a inversão do ônus da prova.

Nessa messe, para o alcance da inversão do ônus da prova pela parte consumerista, é necessário que haja a incidência no caso concreto e, constatado pelo juiz, a verossimilhança dos fatos alegados ou a sua hipossuficiência técnica.

É neste panorama que Luiz Eduardo Boaventura Pacífico assevera que:

"Uma vez reconhecida a presença dos requisitos para a inversão, é direito da parte obtê-la. Como assinala Antonio Gidi, com razão, 'não diz a lei que fica 'a critério do juiz' inverter o ônus da prova. O que fica 'a critério do juiz' (*rectius*, a partir de seu livre convencimento motivado) é a tarefa de aferir, no caso em concreto levado à sua versão dos fatos é verossímil.'⁴⁸.

Cabe frisar, ainda, que a regra disposta no Código de Defesa do Consumidor, quanto à inversão do ônus da prova é tratada como matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz.

4.2.1. Dos requisitos que albergam a inversão do ônus da prova

Como já explanado anteriormente, a inversão do ônus da prova, albergada no âmbito da relação consumerista, é laureada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta via, a inversão do ônus da prova, se dará em favor do consumidor, "no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"⁴⁹, cabendo nesta oportunidade à verificação aprofundada de tais requisitos.

Pois bem, entende-se por verossimilhança dos fatos, o alcance da semelhança da verdade, ou seja, a verdade aparente.

Nesse prisma, o magistrado terá como norte no momento da concessão da inversão do ônus da prova, o simples juízo da aparente verdade carreada pela parte;

⁴⁸ **PACÍFICO.** Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 186.

⁴⁹ Art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

sopesando as regras de experiências e o material probatório disposto, não necessitando nessa égide, a conquista da certeza absoluta dos fatos.

Em outros dizeres, o juiz diante o conjunto probatório apresentado pelo interessado e das regras máximas de experiências, promoverá um juízo de probabilidade da verdade dos fatos ventilados. Concluindo, pela verossimilhança dos fatos, firmará a sua convicção judicial, albergando a inversão do ônus da prova.

Por conseguinte, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico tratando acerca da verossimilhança retrata que:

"A verossimilhança resulta da avaliação do material probatório disponível, das regras de experiência e das presunções simples pelo juiz. Com efeito, para formar a sua convicção a respeito da existência ou não de um fato, o juiz analisa não apenas as provas constantes nos autos (documentos, provas orais, perícias etc.), mas eventualmente lança mãos de regras de experiência, as quais se baseiam no que rotineiramente acontece (*id quod plerumque accidit*). Consoante já ressaltado, as regras de experiência estão na base das presunções simples: a partir de um fato provado, chega-se à conclusão sobre a existência de outro fato, normalmente associado àquele. A ocorrência do primeiro (indício) costuma implicar na existência do segundo.

Isto não quer dizer, contudo, que a verossimilhança seja um juízo baseado *exclusivamente* em regras de experiência, antes que qualquer prova produzida. Essa posição, baseada na doutrina de Michele Taruffo, não encontra ressonância no ordenamento nacional. Basta ver que, ao versar sobre a antecipação de tutela, o art. 273 do CPC faz expressa menção à verossimilhança, que deve se fundar em 'prova inequívoca'. No plano do ônus da prova, também parece fora de nossa realidade supor que nenhum elemento de prova baseie a inversão. Ao contrário, de quanto mais

elementos de prova numa dada direção dispuser o juiz, maior a probabilidade de que a ‘inversão’ ocorra em prol dessa posição.”⁵⁰.

Contudo, ainda de acordo com Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, é válido retratar que o juízo firmado quanto à verossimilhança é realizado no âmbito da valoração judicial e, não na dita fase de julgamento, extraindo-se assim, que a verossimilhança não enseja verdadeira inversão do ônus da prova⁵¹.

Com efeito, Kazuo Watanabe discorrendo sobre o tema, envereda no mesmo sentido, que a verossimilhança não concorre para a inversão do ônus da prova, mas sim na aplicação do disposto no artigo 355 do CPC, senão vejamos:

“O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.”⁵².

Por conseguinte, necessário se faz tratar acerca do outro requisito disposto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, para a obtenção da inversão do ônus da prova – hipossuficiência técnica.

⁵⁰ **PACÍFICO.** Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 188/189.

⁵¹ Ibidem, p. 189.

⁵² **WATANABE.** Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto). vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 8/9.

A hipossuficiência tratada no artigo supramencionado está atrelada a vulnerabilidade imposta ao consumidor em face do fornecedor do produto/serviço; vulnerabilidade essa que não concerne tão somente ao caráter econômico, mas sim ao conhecimento técnico especializado e de informação sobre o objeto da relação consumerista.

Assim sendo, a configuração do quadro em questão patenteia um desequilíbrio entre as partes; carreando assim, verdadeiramente a inversão do ônus da prova.

Em linhas gerais, Artur Oscar de Oliveira Deda ao tratar sobre a inversão na égide do Código de Defesa do Consumidor afirma que:

“O mesmo Código afirma ser direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando o juiz considerar verossímil a sua alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Alegação verossímil é a que tem a aparência de verdade. Consumidor hipossuficiente é o desprovido de meios que respondam às suas necessidades materiais. Contudo, nos termos da lei, cabe ao juiz verificar a ocorrência desses elementos de acordo com o princípio da razoabilidade. Referentemente à hipossuficiência, não deve limitar-se, portanto, ao aspecto puramente econômico do termo, ‘mas considerar também o grau de cultura do consumidor e o meio social onde vive’.”⁵³.

No mais, como já tratado, nem sempre o caráter econômico será considerado como fator principal para a conquista da inversão do ônus da prova, mas poderá servir como fundamento para tanto, atrelado à vulnerabilidade do

⁵³ **DEDA**, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit., p. 25.

consumidor quanto ao caráter técnico e informativo – grau de cultura, bem como quanto ao aspecto da produção de prova técnica.

Por derradeiro, cabe salientar ainda, que a inversão do ônus da prova será aplicada restritamente aos fatos que decorrem logicamente da hipossuficiência.

4.2.2. Dos requisitos do artigo 6º, inciso VIII do CDC: caráter cumulativo ou alternativo

É grande valia tratar quanto à aplicabilidade dos requisitos contidos no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A problemática estaciona-se quanto à necessidade da cumulação dos requisitos da verossimilhança dos fatos e hipossuficiência técnica para alcance da inversão do ônus da prova, ou a presença de um dos requisitos, tornando-se, assim, alternativos.

Levando em consideração a leitura do artigo supramencionado, constatamos que para a obtenção da inversão do ônus da prova, torna-se necessário que os fatos ventilados sejam verossímeis, ou quando a parte for hipossuficiente.

Nessa perspectiva, tais requisitos são alternativos, ou seja, havendo no caso concreto a incidência de qualquer um desses, está o magistrado instado a inverter o ônus da prova.

Cita-se como defensores desta premissa Nelson Nery Júnior, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico e Kazuo Watanabe – corrente majoritária.

Em contrapartida, há em nosso ordenamento jurídico uma corrente minoritária que defende a cumulatividade dos requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A dita corrente defende que a desigualdade entre as partes litigantes somente será transparente nos autos do processo, com a conjugação dos requisitos da verossimilhança da alegação e hipossuficiência do consumidor.

Nessa esteira, André Gustavo C. de Andrade trava que:

“A conclusão, de parte da doutrina, de que os requisitos são cumulativos parte da premissa equivocada de que uma alegação ou é verossímil (crível ou que pode ser verdadeira), ou é inverossímil (incrível ou que não pode ser verdadeira): tertium non datur. Engendra-se a aplicação, aqui, do princípio do terceiro excluído. Se uma alegação não pode ser reputada verossímil, então é porque essa alegação é inverossímil, e, portanto, não autoriza ou justifica a inversão do ônus da prova. Conseqüentemente, a hipossuficiência não seria requisito bastante, em si mesmo, para autorizar a inversão do ônus da prova, por não ser razoável presumir verdadeiro um fato inverossímil, ou seja inacreditável, sem visos de verdade.

Ainda de acordo com o raciocínio empregado pelos defensores da cumulatividade dos requisitos, se a hipossuficiência necessariamente deve vir acompanhada da verossimilhança da alegação (porque não se admite a inversão probatória em caso de consumidor hipossuficiente que faz alegação inverossímil), não há como conceber, por lógica juridicamente, a inversão do ônus da prova com base na só verossimilhança da alegação, pois do contrário a hipossuficiência (que não pode vir desacompanhada da verossimilhança da alegação) não desempenharia nenhum papel relevante na inversão do ônus da prova.”⁵⁴.

⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em: (http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136) – acesso em: 10/11/2012.

Ademais, a conclusão quanto à problemática deve ser realizada de acordo com o caso concreto, pois muitas vezes a verossimilhança da alegação pura e simplesmente não serve ao juízo como forma de demonstrar a verdade aparente, necessitando da comprovação da hipossuficiência do consumidor para albergar a inversão do ônus da prova.

Contudo, ainda em consideração as lições de André Gustavo C. de Andrade, “(...) a hipossuficiência, isoladamente, pode autorizar a inversão do ônus da prova, bastando que o fato não seja inverossímil.”⁵⁵.

Em suma, considerando que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990) tem como escopo defender os interesses dos consumidores, bem como a finalidade do artigo 6º, inciso VIII do mesmo *codex*, posicionamos pela alternatividade dos requisitos para a obtenção da inversão do ônus da prova.

⁵⁵ Idem.

Capítulo V

MOMENTO DA APLICAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

5.1. Momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova

Observados todos os elementos intrínsecos pertinentes quanto ao ônus da prova, pertinente, ainda, tratar acerca do momento da aplicação das regras ao que concerne a sua distribuição.

O tema em questão não é pacífico em nosso meio doutrinário, havendo parcela que entende que as regras de distribuição são de ordem procedural, ou seja, destinadas as partes, lhe indicando como devem proceder nos autos do processo.

Em contrapartida, há corrente doutrinária e seguida por este trabalho, que entende que as regras de distribuição do ônus da prova estão inseridas nas regras de julgamento, ou seja, destinadas ao magistrado que as utilizará no momento de sua decisão para onerar a parte sucumbente.

Defendendo estas premissas, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery sustentam que o “sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.”⁵⁶.

Neste prisma, Sérgio Cruz Arenhart é categórico ao tratar do momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, sendo certo que:

“não incidem no início do processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao final, quando do julgamento da causa – ou, excepcionalmente, em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida – quando exauridas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo.”.⁵⁷

Sendo assim, fixa-se que o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova se dá no momento do julgamento.

5.2. Momento da ciência das partes quanto a modificação do ônus da prova

Resta nos tratar, ainda, distinguir o momento da aplicação das regras de repartição do ônus da prova, do momento da ciência das partes quanto à modificação do ônus.

Pois bem, ante a firmação que as regras de distribuição do ônus da prova integram as regras de julgamento (e aplicadas nesta fase processual), torna-se

⁵⁶ **NERY JUNIOR, NELSON;** Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 531.

⁵⁷ **ARENHART.** Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, mai.2006. p. 49.

polêmico em nosso meio doutrinário o momento da ciência das partes quanto a eventual modificação do ônus da prova.

Vejamos, parte considerável da doutrina entende que o momento adequado para científicar as partes da modificação do ônus da prova seria no ato do recebimento da exordial, ou até mesmo em outras duas fases, quais sejam: no despacho saneador ou na finalização da instrução processual.

Tais premissas se valeriam para que não houvesse ofensas aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em contrapartida, outra parcela doutrinária entende pela desnecessidade de aviso prévio da probabilidade da modificação do ônus da prova⁵⁸ pelo juiz, haja vista a previsão legal do evento e a escusa ao conhecimento da norma jurídica.

Sobre o tema e expressando a ideia firmada por este trabalho, Sérgio Cruz Arenhart tabula que:

“(...) este aviso anterior (sobre a modificação do regime do ônus da prova) é conveniente, mas não obrigatório para o juiz. (...) não se pode falar em lesão à ampla defesa e ao contraditório em razão da modificação dos critérios do ônus da prova, sendo a regra, naturalmente, destinada a incidir quando do julgamento da causa. Não há lesão a tais garantias constitucionais simplesmente pelo fato de que as partes não têm disponibilidade sobre as provas que detêm e que são de interesse do processo; é dever das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo, (...). Não há, por isso mesmo, que se falar em surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou

⁵⁸ Nesse sentido, **Carlos Fonseca Monnerat** assevera que: “o juiz não precisa avisar às partes que, tendo dúvidas no momento da valoração das provas, utilizar-se-á de presunções, de máximas da experiência e, persistindo o impasse, aferirá a distribuição do ônus da prova” (*in* Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 113, jan/fev.2004. p. 84).

com o dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício.”⁵⁹

Desta feita, o momento da ciência das partes quanto à modificação do ônus da prova se dará no julgamento do feito, não havendo brecha para arguir qualquer ofensa aos princípios do contraditório ou ampla defesa.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op.cit., p. 31.

Capítulo VI

TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

6.1. Da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova e sua aplicação

Ao adentrar ao cerne deste trabalho, importante destacar que a denominada teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova⁶⁰, tem a sua origem fincada na Argentina⁶¹, haja vista seu precursor, o jurista Jorge W. Peyrano⁶² – grande crítico da teoria estática do ônus da prova, o qual pontua que:

⁶⁰ Também conhecida como teoria do ônus dinâmico da prova, teoria da prova compartilhada.

⁶¹ A teoria em comento foi construída com escopo e suprir a necessidade processual *probanti* de uma vítima de ato cirúrgico de provar o ato culposo do médico interveniente (responsabilidade subjetiva), haja vista ser fato constitutivo de seu direito nos moldes tradicionais de repartição do ônus da prova. Tal medida foi adotada, pois certamente, no momento do fatídico, a mesma estava anestesiada e mesmo que não estivesse não possuía os conhecimentos técnicos necessários para distinguir se a parte contrária agiu em desconformidade ao vinculado pela praxe médica no procedimento cirúrgico. Desta feita, os termos da teoria em escólio foram formados para equilibrar a demanda, desincumbindo do autor a prova diabólica imposta e até mesmo para evitar a inércia do réu (haja vista o ônus imposto ao autor), que categoricamente estava em melhores condições técnicas, profissionais e fáticas para produzi-la, com intuito primordial de alcançar a efetividade processual imposta. Nessa perspectiva, recairia ao médico réu comprovar que agiu em conformidade com a praxe médica e que o evento danoso arguido não incorreu por sua culpa.

⁶² Não se esquecendo de que ao seu lado, pioneiro na lapidação da teoria do ônus dinâmico da prova consta, também, o jurista Augusto M. Morello. Contudo, cabe pontuar que o modelo de distribuição do ônus defendido pela teoria engendrada, já foi matéria proposta pelo jurista e filósofo Jeremy Bentham em 1823, o qual lecionava que o ônus da prova deveria ser imposto à parte que estivesse em melhores condições de satisfazê-lo, com menos inconvenientes (englobando nessa seara,

“En tren de identificar la categoria de lás ‘cargas probatórias dinamicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quein – por lás circunstancias del caso y sin que interesse que se desempeñe como actora a demandada – se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva.”.⁶³

Desta feita, de forma simplória, extraímos que a teoria em comento tem como escopo flexibilizar a distribuição do encargo probatório, a fim de incumbir o ônus da prova à parte (independendo a sua posição processual – autor/reú) que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-la, haja vista as peculiaridades do caso concreto.

Até porque, nem sempre as partes litigantes conseguem alcançar a devida efetividade no cumprimento do encargo probatório lhes incumbido, acarretando, assim, um julgamento injusto e, consequentemente, desfavorável.

Trilhando no mesmo raciocínio, Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, tratam que é “por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.”⁶⁴.

Como cediço, a teoria clássica de distribuição do ônus da prova, esculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil, engessa que caberá ao autor da demanda provar os fatos constitutivos de seu direito, tendo em contraponto o

casuísticos de ordem temporal e econômico, por exemplo). O mesmo modelo foi defendido e seguido com pequenas variações por Demogue.

⁶³ PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional, in, Lás Responsabilidades Profesionales – Libro AL Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992. p. 263.

⁶⁴ DIDIER JR., Freddie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 92.

réu/demandado, o encargo de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do primeiro⁶⁵.

Assim, para que haja a aplicação da teoria comentada, torna-se necessário que artigo 333 do Código de Processo Civil seja interpretado em consonância com os princípios que entornam o modelo processo imposto.

Evidenciasse, então, que a teoria do ônus dinâmico da prova tem como escopo romper com os laços com a teoria clássica de repartição do ônus da prova, atuando como uma regra complementar (subsidiária) em nosso ordenamento jurídico, que será aplicável em casos peculiares onde a padronização clássica (entenda-se, engessamento exercido pela mesma) impossibilite a uma das partes exercer o seu regular direito de provar – ou seja, quando houver patente desigualdade probatória entre as partes.

Discorrendo sobre o tema, Wilson Alves Souza revela que:

“5) Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e 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 em concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da

⁶⁵ “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.”.

parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve 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.”⁶⁶.

Na mesma linha de raciocínio, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico textualiza que:

“A doutrina do ônus dinâmico da prova desenvolveu-se a partir da constatação de que, em determinadas situações concretas, a aplicação das regras gerais de distribuição do ônus da prova – fundadas quer na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), quer em teorias mais modernas que cuidaram de aprofundar critérios (v. item supra) – pode conduzir a situações claramente injustas. Por isso, a fim de buscar a justiça no caso em concreto, por vezes a jurisprudência abranda a aplicação dos princípios distributivos legalmente estabelecidos.

O grande mérito do pioneiro estudo sobre o *ônus dinâmico das provas*, dos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo rotineiramente utilizado em tais precedentes: *o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido.*⁶⁷

⁶⁶ SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA. Salvador: UFBA, 1999, p. 243-244.

⁶⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 222-223.

Tratando do tema de forma memorável, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero anunciam que:

“O desiderato que se assinala ao ônus da prova está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí 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.”⁶⁸

Por conseguinte, esclarecendo os termos da teoria engendrada, Inés Lépori White, citada por Paulo Rogério Zaneti, assevera que:

“Essa teoria sustenta que, além do caráter de autor ou demandado, em determinadas situações, o ônus da prova recai sobre ambas as partes, em especial sobre aquela que se encontra em melhores condições para produzi-la. Assim, pois, esta nova teoria não desconhece as regras clássicas do ônus da prova, senão as complementa ou aperfeiçoa, flexibilizando sua aplicação em todas aquelas suposições em quem devia provar segundo a regra tradicional se veja impossibilitado de fazê-lo por motivos completamente alheios à sua vontade.”⁶⁹

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel . Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 337.

⁶⁹ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 119.

Ademais, de acordo com as lições de Paulo Rogério Zaneti extraímos que:

“Portanto, sob a denominação de ‘cargas probatórias dinâmicas’ conhece-se uma nova doutrina que trata de flexibilizar a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova e da consequente dificuldade que a aplicação das mesmas apresenta em certos casos, principalmente naqueles em que se verifica uma prova excessivamente onerosa, ou até mesmo ‘diabólica’, para uma das partes, na medida em que o outro litigante se encontra em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas para levar a prova para o juiz.”⁷⁰

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira concluem que:

“Enfim, de acordo com essa teoria: *i*) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii*) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; *iii*) pouco importa, na sua divisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); *iv*) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.”⁷¹

Contudo, cabe frisar, para que não párea dúvidas, que o enfoque proposto pela teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova não agencia o afastamento por

⁷⁰ Ibidem, p. 120.

⁷¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 94.

completo das regras impostas pela teoria clássica, mas, sim, as complementa com o finco de promover a flexibilização burilada – atuando, assim, de forma subsidiária⁷².

Em suma, diante o supramencionado, podemos concluir que a teoria em comento propõe que o encargo probatório não seja distribuído de forma abstrata e precedente, quando verificado na relação processual travada, que a produção da prova tornou-se excessivamente difícil a parte incumbida, mas, sim, distribuído de forma flexível e dinâmico àquele que estiver em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas de suportá-lo, independente da posição processual assumida (autor/réu), natureza do fato guerreado (fato constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo) ou interesse na prova.

Em outras palavras, a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova tem como objetivo maior buscar o equilíbrio entre as partes e do encargo probatório, propiciando, assim, o direito à prova, a busca da verdade real, o acesso à justiça e, consequentemente, a efetividade processual⁷³.

Entretanto, é de extrema importância colacionar, que a modificação proposta pela teoria em comento recairá apenas ao que concerne ao fato específico, matéria da prova diabólica reclamada.

Logo, se a essência revelada pela teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova pauta-se na hipótese que a parte onerada possui melhores condições de suportar o encargo probatório discutido, resta cristalino que o resultado perpetuado não poderá acarretar a ocorrência de prova diabólica reverso.

⁷² Corroborando com o avençado Luiz Eduardo Boaventura Pacífico discorre que: “A excepcionalidade da incidência da teoria em apreço significa que a sua aplicação *não objetiva substituir os critérios tradicionais de repartição do onus probandi*, mas servir de princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas.”. Acrescenta, ainda: “A repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução *excepcional e subsidiária*, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto.” (*in Op. cit.*, p. 226).

⁷³ Como muito bem observado por Paulo Rogério Zaneti: “Nesse caminhar, temos que o principal fundamento da doutrina da teoria da carga dinâmica da prova é a justiça.” (*in Op. cit.*, p. 122).

6.2. Da melhor condição probatória da parte

Considerando os termos impostos pela teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, torna-se inevitável o questionamento quanto ao apontamento da melhor condição probatória da parte, ou seja, como promover a sua averiguação?

É certo que caberá ao magistrado, haja vista a sua faceta de gestor das provas, analisar o caso concreto, com base nas máximas de experiência e senso comum, qual das partes que possui as melhores condições técnicas, fáticas, profissionais e econômicas de satisfazer o encargo probatório.

Nesse diapasão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Olivera discorrem que:

“Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. Explora a *dinâmica* fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la.”⁷⁴

Para tanto, o magistrado deverá se atentar a alguns fatores lógicos para averiguar qual parte possui melhores condições probatórias, senão vejamos: qual a participação da parte para gerar o fato controvertido; se a parte detém a coisa ou documento oriundo da prova; se a parte é a única que pode produzir a prova;

⁷⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 94.

verificar o grau de facilidade com que uma das partes teria para produzir a prova, em contrassenso da extrema dificuldade da outra; se a parte a ser onerada possui condições fáticas, técnicas, profissionais ou econômicas para com a prova, e se a modificação do ônus do encargo probatório irá gerar prova diabólica reversa.

Corroborando com entendimento burilado, Paulo Rogério Zaneti é categórico ao dispor que:

“(...) como podemos saber quem, em determinado e peculiar conflito de interesses tem, realmente, melhores condições de levar a prova ao juiz, conforme profetiza a teoria da carga dinâmica?

A resposta à crucial indagação passa, necessariamente, por uma detida e criteriosa análise do caso concreto pelo magistrado, que deverá constatar, em determinado caso específico, qual das partes se reveste de posição privilegiada em relação ao material probatório e à parte contrária.

Importante anotar que essa posição destacada, privilegiada, de uma parte para com a outra, ou em relação ao material probatório para revelar a verdade ao juiz, decorre, dentre outros fatores: (a) do papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; (b) de estar essa parte na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; (c) de ser essa parte a única que dispõe da prova; (d) de razões técnicas, profissionais ou jurídicas que tem essa parte em determinado caso concreto.”⁷⁵

Desta forma, torna-se notório que a aplicação da teoria em glosa, gerará o aumento do encargo probatório de uma das partes e, consequentemente, no arrefecimento da outra.

⁷⁵ **ZANETI**, Paulo Rogério. Op. cit., p. 121.

Assim, na visão deste trabalho, caberá ao interessado provocar e demonstrar para o juízo que a parte contrária possui melhores condições de produzir a prova, ainda que indiretamente.

Neste ínterim, fica patente que a teoria dinâmica de distribuição do ônus celebra na sua aplicação os princípios: da igualdade, lealdade, boa-fé, veracidade, da solidariedade para com o Judiciário, do devido processo legal, do acesso à justiça e da adaptabilidade do procedimento.

Com muita competência, Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira textualizam que:

"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. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;
- e) princípio do acesso à justiça* (art. 5º XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

A esses princípios, acrescentamos o da adaptabilidade do procedimento, conforme já anunciado.

Percebe-se, pois, que o art. 333, CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que informar o processo civil cooperativo e igualitário.⁷⁶

Em suma, por mais que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova não esteja inserida expressamente em nosso ordenamento jurídico, vem ganhando espaço no meio doutrinário, jurisprudência e atenção específica no projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, projeto este responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil, como será abordado em capítulo próprio.

E para propagar de vez a importância da teoria em explanação, cabe informar que a mesma já foi recepcionada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (artigo 11, § 1º), bem como no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (artigo 12, § 1º).

Por derradeiro, considerando o tanto já ventilado, torna-se serena a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no modelo processual atual, quer pelo respeito aos princípios processuais supramencionados, quer pela harmonia com a legislação pertinente, em especial a combinação do artigo 130, com o parágrafo único, II, do artigo 333, atrelando, ao final com o artigo 339, todos do Código de Processo Civil.

6.3. Momento da aplicação das regras de distribuição do ônus dinâmico da prova

⁷⁶ DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 94/95.

Por conseguinte, superada a discussão dos termos que entornam a teoria explanada, torna-se imperioso tratar acerca do momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova.

Defende-se nesta oportunidade, que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova deve ser tratada como regra de atividade, regra esta contrária a da teoria clássica de distribuição do ônus da prova, que é considerada de julgamento.

Isto porque, a repartição dinâmica do ônus da prova tem como escopo a transferência do encargo probatório, ou seja, destina-se a adequação/equilíbrio da atividade jurisdicional.

Ademais, defende-se, ainda, que a repartição em questão deverá anteceder a fase instrutória, para que assim seja oportunizada a devida transferência do encargo probatório específico entre as partes, resguardando a parte onerada o devido contraditório e tempo hábil para satisfazê-lo, consagrando, assim, a segurança jurídica e o direito fundamental à prova, rechaçando, eventual ocorrência de prova diabólica inversa⁷⁷.

Pontua-se que tal ato deverá ocorrer por intermédio de decisão devidamente fundamentada pelo magistrado, observando o contraditório.

Contudo, mesmo diante do posicionamento defendido, cabe pontuar que há o entendimento firmado que o princípio carreado pela teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, consagra-se como regra de julgamento.

⁷⁷ Sobre a questão Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira travam que: “essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.” (*in Op. cit.*, p. 97).

Seguindo a mesma trilha, Danilo Knijnik, citado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, afirma que: “Como *requisito formal*, vislumbra a necessidade de que o julgador redistribua o encargo probatório por decisão prévia e fundamentada, em tempo da parte onerada atendê-lo – até para evitar a prova diabólica reversa. Só assim serão preservados o contraditório e a segurança jurídica, afastando-se essa ‘retroatividade oculta’.” (*ibidem*, p. 97).

6.4. Posicionamento jurisprudencial pátrio quanto à aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova

Corroborando a tese aqui defendida, torna-se imperiosa a demonstração do entendimento jurisprudencial pátrio ao que concerne a aplicabilidade dos termos da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova em nosso ordenamento jurídico atual, senão vejamos:

AGRADO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Decisão que impôs à ré o adiantamento dos honorários periciais – Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastrada na simples idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la

- Recurso provido em parte apenas para reduzir o valor fixado. (Agravo de Instrumento nº. 7786635200, Câmara Especial de Meio Ambiente, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Samuel Júnior, julgado em 23/10/2008) – destaque nosso.

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - CONTRATO BANCÁRIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE - FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. - A inversão do ônus da prova tem o objetivo de restabelecer a isonomia entre as partes, mediante a facilitação, na medida certa, da defesa dos direitos do consumidor. - O princípio da carga dinâmica consiste na possibilidade de a prova, em processos com características especiais, receber tratamento diferenciado, devendo o magistrado distribuir o

ônus probatório à parte que se encontra em melhores condições de realizar a prova, e não à parte que a requereu. - Nas ações de revisão contratual é presumível a facilidade de exibição de documentos pelos bancos, que certamente mantêm arquivados os contratos celebrados com seus clientes, bem como os extratos de movimentação de conta corrente. (Agravo de Instrumento nº. Agravo de Instrumento 1.0702.06.289424-2/002, 18ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator Desembargador FABIO MAIA VIANI, julgado em 03/07/2007, data da publicação: 20/07/2007) – destaque nosso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUNTADA DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AS PARTES. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA. Deixando, a autora, de trazer aos autos o contrato objeto da ação revisional, e postulando seja determinado à instituição financeira que o forneça, pode, o decisor, assim ordenar, distribuindo o ônus da prova de modo a viabilizar o exame do pedido. Aplicabilidade, in casu, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar aquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. Agravo de instrumento provido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70012976569, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/09/2005) – destaque nosso.

AGRAVO INTERNO. 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. HONORÁRIOS. VALOR. ADEQUAÇÃO. 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. 6. No presente feito não merece guarida à pretensão da parte agravante, uma vez que o art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que os honorários do perito serão pagos antecipadamente pela parte que houver requerido o exame técnico, ou pelo autor, quando pleiteado por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, desde que aquela regra geral não importe em dificultar a realização da prova pretendida ou retardar a solução da causa, o que autoriza a inversão do encargo de adiantar o montante necessário a produção da prova pretendida. 7. Destaque-se que mesmo a perícia sendo determinada de ofício pelo magistrado é possível a inversão do encargo de adiantamento dos honorários de perito, desde que atendidas às condições atinentes a teoria da carga dinâmica da produção probatória. 8. Frise-se que a teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é regra processual que visa definir, qual parte suportará os custos do adiantamento das despesas para realização de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito, dentre as quais os honorários periciais. Logo, não há prejuízo a qualquer das partes com esta medida de ordem formal, pois a prova em questão irá servir a realização do direito e prestação de efetiva jurisdição, com a apuração de verdadeira reconstituição dos fatos discutidos, o que interessa a todos para alcançar a pacificação social. 9. Cumpre ressaltar, também, que antes da realização da perícia os honorários são fixados provisoriamente, a fim de ser dado início a avaliação técnica pretendida, contudo, por ocasião da decisão final, o magistrado pode estabelecer em definitivo aquela verba de sucumbência em patamar superior ao inicialmente feito, de acordo com o princípio da proporcionalidade e grau de complexidade do exame levado a efeito, atribuindo o pagamento daquela à parte sucumbente na causa. 10. Os

argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno. (Agravo Nº 70051986297, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/11/2012) – destaque nosso.

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO.

1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada.

2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido.

3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não

ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (Embargos Infringentes Nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odene Sanguiné, Julgado em 31/08/2007).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.

1. O processo monitório divide-se em duas fases distintas - monitória e executiva - apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor. 2. A fase monitória é de cognição sumária, sempre inaudita altera pars, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como prova da existência do crédito. 3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla diliação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor. 4. O processo monitório não encerra mudança na regra geral de distribuição do

ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitória, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório. 5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitória gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitório. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso. 6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1084371 / RJ, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011) – destaque nosso.

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pela paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.
4. Responsabilidade da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.
5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido. (REsp nº. 693.09/SC, Quarta Turma, Superior

Tribunal de Justiça, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, julgado em 18.06.1996, DJ de 26.08.1996) – destaque nosso.

Desta feita, percebe-se que a teoria abraçada já está amplamente inserida em nosso meio processual, não só ao que concerne aos casos de responsabilização profissional, mas também em outros cenários, como demonstrado alhures, patenteando, assim, a pertinência de seus princípios.

Capítulo VII

DA RECEPCIONALIDADE DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

7.1. Da recepção da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010

De acordo com o tanto colacionado, resta patente que a teoria glosada foi aceita pela doutrina e jurisprudência pátria. Desta forma, a sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico atual torna-se inequívoca.

Nesse caminhar, o projeto de Lei do Senado Federal n.º 166/2010, conhecido como “Anteprojeto do novo Código de Processo Civil”, contempla a inserção dos termos da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no modelo processual proposto, de forma a complementar os termos impostos pela teoria clássica de distribuição do ônus da prova, isso como podemos observar nos artigos 261 e 262 da referida Lei, senão vejamos:

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

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

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

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

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção."⁷⁸

Em suma, torna-se inegável a importância e pertinência da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no cenário processual, haja vista a sua recepção no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Assim, acertadamente o futuro Código de Processo Civil caminha de encontro a um modelo processual mais justo, cooperativo, igualitário e sem dúvidas efetivo.

⁷⁸ BRASIL. Projeto de Lei n.º 166 de 2010. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Senado Federal. Brasília. 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser observado, o cerne do presente trabalho dirigi-se na aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no modelo processual civil atual.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil atual pauta-se nos termos da teoria clássica engessada por Chiovenda, promovendo a distribuição do encargo probatório de forma prévia e abstratamente. Assim, caberá ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do primeiro.

Desse modo, percebe-se que a teoria clássica leva em consideração a posição assumida pela parte e a natureza do fato a ser provado, engessando a distribuição do encargo probatório.

Em virtude deste panorama que se alberga a aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

Isto porque, por muitas vezes a rigidez e inflexibilidade das regras de distribuição do ônus da prova contidas no artigo 333 do Código de Processo Civil, torna excessivamente difícil, quando não impossível, a concretude do direito à prova de uma das partes, propiciando, ainda, a não efetividade processual, a desigualdade processual das partes e, consequentemente, um julgamento injusto e desfavorável.

Diante deste quadro é que se defende a flexibilização das regras impostas pela teoria clássica, com intuito de impor o ônus da prova àquele, considerando as peculiaridades do caso concreto, que melhor tiver condições de produzir a prova, independente da posição processual assumida (autor/réu), natureza do fato

guerreado (fato constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo) ou interesse na prova.

Deste modo, é notório que o corolário tem como escopo buscar o equilíbrio entre as partes e do encargo probatório, propiciando, assim, o respeito dos princípios do direito à prova, da busca da verdade real, do acesso à justiça, do devido processo legal, da lealdade, boa-fé, solidariedade, cooperação e da efetividade processual – princípios esses que se traduzem na devida justiça.

Para tanto, o magistrado diante da possibilidade da aplicação da teoria em assunto, deverá se atentar a alguns fatores lógicos para averiguar qual parte possui melhores condições probatórias, senão vejamos: qual a participação da parte para gerar o fato controvertido; se a parte detém a coisa ou documento oriundo da prova; se a parte é a única que pode produzir a prova; verificar o grau de facilidade com que uma das partes teria para produzir a prova, em contrassenso da extrema dificuldade da outra; se a parte a ser onerada possui condições fáticas, técnicas, profissionais ou econômicas para com a prova, e se a modificação do ônus do encargo probatório irá gerar prova diabólica reversa.

Pondera-se, que a dinamismo defendido pela teoria em estudo não afasta por completo os termos imposto pela teoria clássica, mas atua como regra subsidiária.

Neste ínterim, considerando o tanto já ventilado, torna-se serena a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no modelo processual atual, quer pelo o respeito aos princípios processuais supramencionados, quer pela harmonia com a legislação pertinente, em especial a combinação do artigo 130, com o parágrafo único, II, do artigo 333, atrelando, ao final com o artigo 339, todos do Código de Processo Civil.

Por conseguinte, é importante pontuar, que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova foi aceita pela doutrina e jurisprudência pátria, ficando, patente, a sua importância no cenário processual.

No mesmo espeque, imperioso mencionar que os termos desta teoria foram englobados pelo Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 166 de 2010), do Senado Federal, mais especificadamente em seu artigo 262, o que rechaça qualquer fundamento contrário a sua aplicabilidade no modelo processual atual.

Em suma, a aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, quando verificada as peculiaridades impostas, torna-se imperativa e representa uma evolução processual no modo de buscar e garantir a igualdade processual, a efetividade processual, à busca da justiça, dentre outros resguardos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. Ação civil e meio ambiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – O momento em que se opera a inversão e outras questões. Disponível em: (http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2&groupId=10136) – acesso em: 10/11/2012.

ARENHART. Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, mai.2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

_____. Projeto de Lei n.º 166 de 2010. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília/DF: Senado Federal, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo Cintra, DINAMARCO, Cândido e GRINOVER, Ada Pelegrini. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. 11. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TFR e as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07 e 11.672/08. Salvador/BA: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie; **BRAGA**, Paula Sarno; **OLIVEIRA**, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2. 4^a edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.636/07, 11.689/08, 11.690/08 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante). Salvador/BA: Editora Podivm, 2009.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MACHADO, Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 10. ed, inteiramente rev. e atual. Barueri/SP: Manole, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; **MITIDIERO**, Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MONNERAT, Carlos Fonseca. Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 113. jan/fev.2004.

NERY JUNIOR, NELSON; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional, in, Lás Responsabilidades Profesionales – Libro AL Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992.

SANTOS, Gildo dos. A prova no processo civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Ovídio Batista. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978.

SOUZA, Wilson Alves. Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, p. 243-244.

SCHAWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. Porto Alegre: Síntese, n. 202, Abril/2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier (Coord.); **ALMEIDA**, Flávio Renato Correia de; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento..* 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE. Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do anteprojeto)*. vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

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