

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RACHELLE MORÉS

A Dinamização do Ônus da Prova

Porto Alegre

2010

RACHELLE MORÉS

A Dinamização do Ônus da Prova

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS –, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Porto Alegre

2010

RACHELLE MORÉS

A Dinamização do Ônus da Prova

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS –, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre. __ de _____ de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Klaus Koplín – UniRitter

Prof. Dr. Eduardo Scarparo – UFRGS

Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – Orientador.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em especial, ao Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira por toda a paciência, compreensão e pela excelente orientação. Ao Prof. Artur Carpes pelas pertinentes sugestões e por toda a ajuda. Aos meus pais, pelo apoio incondicional, por todo carinho e estímulo.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da distribuição do ônus da prova, em especial da teoria dinâmica do ônus probatório e sua possibilidade de aplicação no direito brasileiro. Em um primeiro momento são analisados os conceitos e regras gerais sobre prova, presunções, ônus da prova e sua distribuição pelo artigo 333 do atual Código de Processo Civil. Em um segundo momento, é apresentada a teoria da dinamização dos encargos probatórios, como técnica processual a garantir ampla efetivação de direitos fundamentais, como o direito de acesso à justiça processual, à prova e à igualdade. Disserta-se sobre a sua fundamentação, sobre os critérios para que possa ser aplicada, sobre o momento processual adequado para que ocorra a redistribuição dos encargos probatórios, sobre a possibilidade de sua aplicação ante a ausência de previsão legal, como instrumento de conformação da lei processual à Constituição Federal, e sua diferenciação do instituto da inversão do ônus da prova. Por fim, apresenta-se criticamente o artigo 262 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, o qual prevê a redistribuição do ônus da prova diante das peculiaridades do caso concreto, dentro do contexto do formalismo-valorativo, marco teórico do processo civil contemporâneo.

Palavras-Chave: Direito processual civil. Ônus da prova. Distribuição. Dinamização. Projeto do Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This work aims at studying the distribution of the burden of proof, especially in the light of the dynamic theory and its possible application in Brazilian law. In the first moment, general concepts and rules concerning proof, presumptions, burden of proof and its distribution through the article 333 of the current Code of Civil Procedure are analyzed. In the second moment, the theory of dynamization of probatory charges is presented as a procedural technique to ensure the broad effectuation of fundamental rights, such as the right to procedural justice, to proof, and to equality. Its grounding, the criteria for its application, the adequate procedural moment for the redistribution of probatory charges are discussed, as well as the possibility of its application in face of the absence of legal prevision, as an instrument of conformation of procedural law to the Federal Constitution, and its difference from the institute of the inversion of the burden of proof. Finally, the article 262 of the Project of the new Code of Civil Procedure, which comprehends the redistribution of the burden of proof in face of the peculiarities of the concrete case, is critically presented within the context of axiological formalism, a theoretical mark of the contemporary civil procedure.

Key Words: Civil procedural law. Burden of proof. Distribution. Dynamization. Project of the New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ÔNUS DA PROVA	9
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: PROVA; ÔNUS DA PROVA; PRESUNÇÕES (CONCEITOS GERAIS).....	9
1.1.1 Prova	9
1.1.2 Ônus da Prova.....	13
1.1.3 Presunções.....	15
1.2 FUNÇÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA	18
1.3 TEÓRIAS ESTÁTICAS E DINÂMICAS DO ÔNUS DA PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ARTIGO 333 DO CPC	20
1.4 O ÔNUS DA PROVA E A COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL	23
2 A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	27
2.1 INTRODUÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DA DINAMIZAÇÃO – RELATIVIZAÇÃO DA DISPOSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 333 DO CPC.....	27
2.2 A DINAMIZAÇÃO COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA PROCESSUAL....	30
2.3 CRITÉRIOS PARA QUE OCORRA A DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS	34
2.4 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA APLICAR A DINAMIZAÇÃO	37
2.5 A DINAMIZAÇÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	43
2.6 INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: REDUÇÃO DO STANDARD DE PROVA OU DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO?	46
2.7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE DINAMIZAÇÃO SEM PREVISÃO LEGAL.....	48
3 A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO CPC ..	51
3.1 O FORMALISMO-VALORATIVO NO PROJETO DO CPC: CONTRADITÓRIO FORTE, DEVER DE COLABORAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE E DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA.....	51
3.2 O ARTIGO 262 DO PROJETO DO CPC	60
3.3. MOMENTO PROCESSUAL PARA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO CPC (ARTIGO 262, §1º).....	63
3.4. COMO EVITAR A ARBITRARIEDADE DO JULGADOR AO APLICAR O DISPOSITIVO.....	64
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O processo civil contemporâneo tem no formalismo-valorativo o seu fundamento teórico. Defende-se a idéia de que o processo não vive alheio à cultura e ao desenvolvimento da humanidade, devendo ser realizada uma releitura das normas processuais a partir da Constituição Federal, a fim de que sejam efetivados os direitos e garantias fundamentais e concretizada a justiça material no caso concreto.

Ganha relevo, nesse contexto, a preocupação com a busca da verdade dos fatos. Embora não se possa falar em alcance da verdade absoluta, mostra-se imprescindível a reconstrução dos fatos na formação do convencimento judicial, possibilitando seja proferida decisão justa e efetiva. É por tal razão que, nas palavras de Chiovenda, a disciplina do ônus da prova figura “*entre os problemas vitais do processo*”¹. Com efeito, a prova judiciária apresenta-se como meio fundamental para o alcance de um resultado justo, sendo indispensável a estruturação da atividade das partes em torno da aquisição da prova para a formação do juízo de fato.

O enfoque do presente trabalho é, nesse sentido, analisar a possibilidade de redistribuição do encargo probatório quando se mostrar impossível a produção da prova no caso concreto pela parte legalmente onerada, de modo a se permitir a formação do juízo de fato. Pretende-se demonstrar que, através da teoria da dinamização, é possível tornar efetiva a tutela jurisdicional naqueles casos em que se flagrar a impossibilidade ou extrema dificuldade de produção da prova pelo litigante onerado pela norma legal e, em contrapartida, se configurar uma maior facilidade de produção da mesma prova pelo litigante não onerado.

Busca-se, assim, evidenciar a inaptidão da previsão estática do artigo 333 do atual Código de Processo Civil em relação a determinados casos concretos e a necessidade de conformação do referido dispositivo com as normas constitucionais. Com efeito, a distribuição legal do encargo probatório poderá ocasionar restrição aos direitos fundamentais de acesso à justiça processual, à prova e à igualdade substancial, consoante se estabelecerá no decorrer da presente dissertação, razão

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 375.

pela qual existe a necessidade de adaptação da norma do artigo 333 do CPC à Constituição Federal, com a redistribuição dos encargos probatórios.

Pretende-se, dessa forma, demonstrar a legitimidade e a funcionalidade da técnica da dinamização no ordenamento brasileiro, como instrumento a propiciar acesso útil à justiça processual e a efetividade da tutela jurisdicional, passando-se pelos deveres de colaboração entre partes e juiz e pela imprescindível natureza dialética do processo contemporâneo.

Por fim, caberá analisar o Projeto do Novo Código de Processo Civil e sua inserção no formalismo-valorativo, bem como a disposição contida no artigo 262 do referido projeto, a qual prevê expressamente o poder do magistrado de redistribuir o ônus da prova diante das peculiaridades do caso concreto.

1 ÔNUS DA PROVA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: PROVA; ÔNUS DA PROVA; PRESUNÇÕES (CONCEITOS GERAIS)

1.1.1 Prova

Cabe, inicialmente, a fim de que se possa desenvolver o tema central do presente trabalho, tecer algumas considerações e conceituações a respeito de prova, ônus da prova e presunções.

A prova é o meio através do qual *“as partes procuram persuadir o julgador de que a razão acomoda-se ao seu lado (...), de que os fatos que embasam os direitos alegados correspondem exatamente às versões por eles apresentadas”*².

Na linguagem comum, o termo prova é utilizado como comprovação da verdade de uma proposição³. Já na doutrina processual civil, o termo prova possui diversas acepções: pode ser visto como atividade desenvolvida no processo para a reconstrução dos fatos; como instrumento pelo qual se leva o juiz ao conhecimento dos fatos; e, por fim, como meio de convencimento do julgador.

Segundo Francesco Carnelutti, prova não significa apenas a comprovação em si, mas também a atividade utilizada para provar; prova significa a demonstração da verdade de um fato através dos meios legais⁴. Pode denotar, portanto, a ação de provar; o instrumento ou meio de prova ou ainda o resultado da atividade probatória com vistas à apuração da verdade e formação da convicção judicial⁵.

Para Humberto Theodoro Júnior, a prova funciona como instrumento para demonstrar a existência de um fato e como meio de implantar convicção no julgador em torno do fato demonstrado⁶. *“As provas servem, portanto, ‘para iluminar o juiz*

² CAMEJO FILHO, Walter. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Prova Cível. Rio de Janeiro: 2005. p. 01-02.

³ CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 38-44.

⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁵ AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 472.

*quanto às questões de fato' versadas no processo, auxiliando e justificando a formação do seu convencimento"*⁷.

São objeto de prova, portanto, os fatos controvertidos no processo, ou seja, aqueles sobre os quais as partes conflitam – uma parte os afirma e a outra os contesta. Para ser objeto de prova os fatos precisam, igualmente, ser relevantes para a controvérsia, ter relação ou conexão com a causa. Nesses termos, é importante a seguinte lição de Cândido Dinamarco:

Em princípio, a prova só é necessária em caso de controvérsia sobre sua ocorrência ou inoocorrência, não sendo dependentes de prova as alegações feitas por uma parte e não impugnadas por outra (inclusive quando o réu é revel ou quando confessa): excetuadas as ressalvas postas pela própria lei, o fato incontroverso ou confessado é aceito pelo juiz como existente (arts. 302, 319 e 334, incs. II-III). Também são aceitos sem provar, ainda que controvertidos entre as partes, os fatos de conhecimento geral, chamados notórios (art. 334, inc. I).⁸

Frise-se que, apesar de se poder dizer que a prova é o meio de se alcançar a verdade dos fatos para que o juiz possa construir seu convencimento, não há como obter a mais pura tradução da verdade real. O que se busca, na verdade, é a maior aproximação possível da realidade. Nesses termos, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, existe uma relatividade na obtenção da verdade pelo processo civil, uma vez que a verdade não constitui fim do processo, mas *"simples meio para a aplicação do direito ao caso concreto, tão somente colaborando para que o processo alcance sua finalidade"*⁹.

Conforme afirma o jurista, existem diversos limites ao alcance da realidade fática, como as *"dificuldades de obtenção da prova dos fatos nas circunstâncias geralmente acanhadas que cercam a investigação judicial"*, as *"limitações materiais do juiz"*, as *"restrições ainda hoje existentes para admissão de certas provas"*, entre outras restrições estabelecidas em decorrência das exigências inerentes à própria administração da justiça ¹⁰. Uma busca incessante pela verdade acabaria por prejudicar a celeridade processual e o bom exercício da jurisdição. Sendo assim, a

⁷ SANTI CREMASCO, Suzana. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 12-13.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. v. 3. p. 44-45.

⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

¹⁰ *Ibidem*, p. 176.

verdade buscada pelo processo é a verdade possível, “nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada”¹¹.

Importante ressaltar que o procedimento probatório passa por três etapas: a postulatória, na qual as partes requerem a produção de determinadas provas; a fase de admissibilidade das provas, na qual o juiz determina quais as provas são lícitas, adequadas e pertinentes ao processo, determinando a produção somente daquelas que considerar relevantes; e, por fim, o juízo de valoração das provas, momento em que, concluída a instrução, o julgador avalia o contexto probatório, orientando seu convencimento a favor do postulante ou do réu.¹²

No que se refere ao juízo de valoração da prova, há que se referir que o atual sistema da valoração do material fático recolhido no processo é o da persuasão racional, ou seja, da livre apreciação da prova pelo julgador com a exigência de sentença motivada (art. 131 do CPC), não tendo mais aplicação, no atual estágio de desenvolvimento do processo civil, os sistemas da prova legal, que estabelecia rigorosamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova, e do livre convencimento do juiz, no qual a lei deixava total liberdade de avaliação ao julgador.

Pelo sistema da persuasão racional ou livre convencimento racional, a liberdade do juiz na avaliação das provas é racionalizada, porque, para formar seu convencimento, o julgador deve basear-se não na sua íntima convicção ou impressões pessoais, mas em regras jurídicas e máximas da experiência. No sistema da persuasão racional existe o dever de o magistrado motivar as suas decisões, fundamentando racionalmente a valoração realizada sobre a prova produzida e indicando os motivos, circunstâncias e elementos de prova com que se firmou sua convicção, a fim de se impedir que a decisão se baseie na mais absoluta discricionariedade do julgador.¹³

Quanto ao tema prova, resta esclarecer que sua finalidade está intimamente ligada com a concepção que se tem do próprio processo, com a finalidade que se atribui a este¹⁴. Com efeito, no processo clássico, em que primava o princípio dispositivo e a passividade do juiz perante as partes, “a finalidade das provas era

¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 179.

¹² CAMEJO FILHO, *Juízo de admissibilidade...*, p. 01-25.

¹³ LIRA, Gerson. *Direito à valoração das provas*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: 2005. p. 27-49.

¹⁴ RIBEIRO DO VALE, Juliana Leite. *A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2007.

*delimitar os poderes do juiz, devido também ao sistema da prova legal, em virtude do qual o juiz não poderia afastar-se da enumeração normativa dos meios de prova*¹⁵.

Já no processo civil contemporâneo, que não mais se identifica com o individualismo que marcava o Estado Liberal, com o processo como um jogo, que interessava somente às partes, mas com o processo como uma ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social¹⁶, a função da prova não pode ser outra senão a de formar o convencimento judicial e a certeza sobre as afirmações nas quais se funda a ação, a fim de que se possa garantir valores constitucionais como o de acesso à ordem jurídica justa.

De fato, a concepção de prova no processo civil pós-moderno não pode ser identificada com a concepção que se observou na época dominada pelas filosofias liberais¹⁷. No Estado Constitucional, em oposição ao Estado Liberal, a compreensão do direito passa a não estar baseada apenas na lei, mas a se dar especialmente em torno de princípios constitucionais e direitos fundamentais. A lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais. Nos dizeres de Artur Carpes, *“a função do juiz, para muito além de mero aplicador da lei, passa a ser a de empreendedor da justiça do caso concreto, especialmente mediante a conformação constitucional do processo”*, sendo que *“a distribuição dos ônus probatórios necessariamente vai influenciada por tal contexto*¹⁸.

A prova judiciária, portanto, passa a desempenhar papel fundamental para que se alcance as finalidades do processo contemporâneo¹⁹, não pertencendo mais às partes, mas ao processo, e ao juiz se defere poderes instrutórios, *“numa incessante colaboração entre juiz e partes litigantes na busca dos elementos probatórios necessários para que o julgador forme sua convicção sobre as alegações fáticas”*²⁰.

¹⁵ LIRA, Direito à valoração..., p. 27.

¹⁶ CARPES, Artur. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 104, 2006. p. 9-10.

¹⁷ CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁹ *Ibidem*, p. 45.

²⁰ LIRA, *op. cit.* p. 28.

1.1.2 Ônus da Prova

Segundo Rosenberg, deve se atribuir grande importância prática à distribuição dos ônus probatórios no processo civil ²¹, afinal, “(...) a estruturação da atividade das partes, especialmente aquela voltada à aquisição da prova, será fundamental para a descoberta da verdade no processo” ²².

Segundo Dinamarco, “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” ²³.

As regras de repartição do ônus da prova foram criadas a fim de se impedir pronunciamentos *non liquet* e evitar julgamentos de conteúdo duvidosos. Elas determinam a quem cabe o encargo de provar e as consequências no caso de o onerado não lograr produzir total ou parcialmente a prova a que lhe incumbia. Nesses termos, a seguinte lição de Echandia:

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla re juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. ²⁴

Frise-se, que não se pode confundir o termo ônus com obrigação, embora na linguagem comum seja normal utilizar as duas expressões como sinônimas. Com efeito, existe, atualmente, na doutrina, um consenso em admitir um conceito autônomo para ônus, desvinculado do conceito de obrigação e de dever.

Em termos jurídicos, “obrigação supõe poder de outrem, a que o obrigado deve sujeitar-se” ²⁵. A obrigação é figura atrelada ao direito material, que estabelece sujeição de uma parte em relação à outra e torna imperativo o cumprimento da prestação devida, podendo ser coercitivamente exigida pelo credor ²⁶. Já quanto ao ônus, não há dever de cumprimento; a norma descreve determinado comportamento

²¹ ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Traduzido por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 55.

²² CARPES, Ônus Dinâmico..., p. 40.

²³ DINAMARCO, Instituições..., p. 71.

²⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1970, v. 1, p. 426.

²⁵ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Jandyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 280, 2001. p. 5.

²⁶ SANTI CREMASCO, A distribuição..., p. 24.

e caso ele não seja seguido o agente sofrerá determinados efeitos, favoráveis ou não. Fica a critério do interessado cumprir ou não com seu ônus. Nem a parte contrária nem o juiz podem impor que ele o faça, como acontece na obrigação.

Nesses termos, distinguia Carnelutti obrigação de ônus com base na sanção cominada a quem não realiza o ato. Existiria obrigação, assim, quando a inércia da parte desse lugar a uma sanção jurídica; por outro lado, configuraria a figura do ônus quando a abstenção do ato fizesse o onerado apenas perder os efeitos úteis do ato. Mais tarde, entretanto, no desenvolver de sua teoria, Carnelutti transferiu a distinção entre ônus e obrigação antes efetuada na sanção para o prisma do interesse, consolidando, assim, o conceito de ônus: a obrigação e o ônus teriam em comum o elemento formal, qual seja, o vínculo de vontade, mas divergiriam quanto ao elemento substancial, pois a obrigação tutelaria o direito alheio e o ônus o direito próprio.²⁷

Gian Antonio Micheli, por sua vez, entende que o ônus é uma faculdade, um poder de agir em benefício próprio, sendo lícita a sua inobservância, sem que haja qualquer tipo de sanção ou coação ou direito de terceiro que exija sua observância²⁸. Para o autor, a obrigação se distingue do ônus precisamente por que a primeira configura um vínculo imposto à vontade do obrigado por interesse alheio, vínculo cuja violação importa em uma ilicitude, que não confere ao obrigado a liberdade de escolha, enquanto o ônus se caracteriza por uma conduta que deve ser observada pelo interessado caso ele deseje alcançar um resultado jurídico relevante, de outra maneira inalcançável, mas que confere ao onerado liberdade para direcionar a própria conduta como melhor lhe convir²⁹.

O ônus da prova, entretanto, se diferencia dos demais ônus da teoria geral do direito pelo fato de que o seu cumprimento não acarreta automaticamente uma consequência favorável ao sujeito. A sua observância não significa necessariamente o julgamento favorável da pretensão, que depende de diversos outros fatores, como, por exemplo, a valoração das provas. O seu não cumprimento, em contrapartida, diminui substancialmente o risco do insucesso da parte onerada. O sujeito fica a mercê da sorte de que as provas necessárias venham a ser produzidas pelo

²⁷ AUGENTI, Giacomo P. Apêndice à obra Prova Civil. In: CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. p. 217-218.

²⁸ RIBEIRO DO VALE, A funcionalidade..., p. 39.

²⁹ MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Tradução de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 60-61.

adversário ou determinadas de ofício pelo magistrado ou, ainda, suporta, simplesmente, a sentença de improcedência da ação por falta de provas.³⁰

O atual Código de Processo Civil confere ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333). A síntese de tal disposição “*consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda), ou seja, àquele que se beneficia desse reconhecimento*”³¹. No entanto, tal distribuição genérica e estática do ônus da prova, que não leva em consideração o direito a ser tutelado e as peculiaridades do caso concreto, apesar de se revelar o critério mais apto para solucionar a grande maioria dos casos, apresenta-se falha em determinados casos, como se verá adiante.

1.1.3 Presunções

Existe uma íntima relação entre prova e presunção, podendo importar a presunção em um deslocamento dos ônus probatórios, conforme se verá adiante. Por essa razão mostra essencial sua conceituação no presente trabalho. Inicialmente, importa destacar que, apesar do caráter probatório das presunções, elas não são consideradas um meio de prova, mas um juízo lógico. Nesses termos, Artur Carpes assim define o fenômeno:

A presunção é produto de um processo lógico, de um raciocínio através do qual da existência de fato reconhecido como certo se deduz a existência de um fato que se deseja provar. Estabelece probabilidade quanto à existência ou inexistência de um fato indispensável aos contornos da lide, mas “probabilidade que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer a convicção judicial quanto à existência, ou inexistência, do fato presumido”.³²

O raciocínio da presunção, portanto, envolve um fato conhecido, um desconhecido e um nexos de causalidade entre esses dois fatos, ao que Danilo Knijnik denomina de “*procedimento gnoseológico do juiz (evoluir do fato conhecido*

³⁰ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 27-28.

³¹ DINAMARCO, *Instituições...*, p. 72-73.

³² CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 56.

ao fato desconhecido, segundo uma regra inferencial obtida a partir de uma máxima da experiência)³³. O fato conhecido e comprovado é o indício e o fato desconhecido, deduzido dos indícios, é a presunção. Para que o fato desconhecido possa ser provado por presunção, ele não pode ser mera consequência provável do fato conhecido. Deve haver “*um grau de probabilidade tal, que induza o convencimento racional de que o fato desconhecido tenha efetivamente ocorrido*”, assim, “*quanto maior a chance de que o fato ignorado seja consequência do fato conhecido, maior a relevância probatória da presunção*”³⁴.

As presunções podem ser divididas em presunções simples ou judiciais (*praesumptiones hominis*) e legais ou de direito (*praesumptiones iuris*). As presunções simples ou judiciais são aquelas que decorrem das máximas da experiência, do raciocínio judicial à luz do caso concreto, mediante a observação do que normalmente acontece³⁵. Elas podem ser afastadas por qualquer meio de prova. Exemplo de presunção judicial é aquela construída pela jurisprudência nas ações de reparação de danos decorrentes de colisão entre veículos: presume-se a culpa do motorista que colide com a parte traseira de outro veículo.

Nas presunções judiciais ocorre um deslocamento do ônus da prova: “*transfere-se o ônus de provar as alegações que venham a derruir a presunção construída no processo, normalmente através das máximas da experiência comum*”³⁶. No exemplo acima citado, por exemplo, cabe ao autor comprovar a colisão traseira (indício), mas transfere-se ao réu o ônus de provar que a colisão não se deu por sua culpa. Quando houver essa alteração do esquema básico de distribuição dos ônus probatórios, entretanto, o juiz deverá, necessariamente, noticiar as partes do deslocamento do ônus, “*em homenagem não apenas ao direito fundamental do contraditório, mas especialmente em atenção ao dever de cooperação do juiz para com as partes*”³⁷.

Já as presunções legais são estabelecidas pela lei e possuem natureza substancial, de direito material. São divididas em presunções legais absolutas (*iuris et de iure*), que não admitem prova em contrário, e presunções legais relativas (*iuris tantum*), que admitem prova em contrário. A doutrina classifica ainda as presunções

³³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50.

³⁴ MANZOI, Ignazio. Potere di accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva. Milano: Giuffrè, 1993, p. 188. apud KNIJNIK, *A prova*..., p. 49.

³⁵ CARPES, *Ônus Dinâmico*..., p. 57.

³⁶ *Ibidem*, p.59.

³⁷ *Ibidem*, p.60.

legais em presunções mistas, ou seja, *“aquelas que mesmo em se tratando do campo em que a lei estabelece uma presunção absoluta, pode a ‘previsão expressa de prova em contrário transformá-la em relativa”*³⁸.

No caso das presunções legais, não há modificação da distribuição legal dos ônus probatórios. O que ocorre é uma alteração dos pressupostos fáticos para a incidência da norma de direito material. Com efeito, assim esclarece Artur Carpes:

[...] a inserção da presunção pelo legislador (presunção legal) realiza algo como uma “alteração” na sintaxe normativa originária, não exigindo mais a incidência de determinado elemento fático para que seja possível a aplicação da norma. A bem da verdade, não se trata propriamente de uma “alteração”, mas sim da existência de outra norma no direito material que, para ser aplicada, por conseguinte, estipula outro modo de distribuição do ônus da prova.³⁹

O que ocorre nas presunções legais, na verdade, não é a inversão dos encargos probatórios, como entendem alguns autores, entre eles Eduardo Cambi⁴⁰, mas a facilitação da prova para a parte em favor de quem milita. As presunções legais, portanto, não tem qualquer alcance quanto às normas de direito processual; influenciam apenas a aplicação das normas de direito material. Exemplo de presunção legal é presente no artigo 322 do Código Civil: *“Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”*. Como se vê, há uma presunção, no dispositivo citado, de direito material, de que, uma vez comprovada a quitação da última parcela, está liberado o devedor. Ao réu bastará comprovar o fato impeditivo do direito do autor, qual seja, o pagamento da última parcela. Caso alguma das parcelas anteriores não tenha sido paga, o autor deverá provar seu direito sobre essa parcela específica, não havendo que se falar, assim, em inversão do ônus da prova.

³⁸ RIBEIRO DO VALE, *A funcionalidade...*, p.167-168.

³⁹ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p.57.

⁴⁰ Com efeito, distingue o autor os efeitos da presunção relativa daqueles provenientes da presunção absoluta, afirmando que na presunção relativa há inversão do ônus da prova, *“porque dispensa uma das partes de demonstrar o fato presumido, atribuindo à outra parte a possibilidade de produzir prova em contrário”*. Assim, *“quem estava incumbido de provar determinado fato, em razão da presunção legal, deixa de ter esse ônus probandi, que passa a ser do adversário”*. Entende o jurista que na presunção absoluta o fato presumido desaparece da fattispecie legal abstrata e é excluído do objeto de prova e, na presunção relativa, pelo contrário, há apenas uma alteração do âmbito da fattispecie legal abstrata, ou seja, ela qualifica *“como impeditivo um fato que seria constitutivo, presumindo a existência deste, ou, vice-versa”*. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 373.

Conclui-se, destarte, que nas presunções judiciais, fruto da construção judicial com base nas máximas da experiência comum, há dinamização dos ônus probatórios, transferindo-se o ônus da prova quanto ao fato presumido para a parte contrária, mas que, em contrapartida, nas presunções legais não ocorre a alteração do esquema legal de distribuição dos encargos probatórios, havendo apenas uma modificação na exigência para a aplicação da norma de direito material.

Importa ressaltar, por fim, que não é possível confundir as funções dos ônus probatórios com a presunção. Com efeito, no caso de insuficiência de provas não se pode falar em julgamento baseado nas presunções. As presunções decorrem, como visto, ou da lei ou das máximas da experiência e não da prova insuficiente. No caso de carência de prova, haverá a aplicação da função objetiva dos ônus probatório, como regra de julgamento, consoante se verá a seguir.

1.2 FUNÇÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova cumpre duas funções no processo civil: uma subjetiva, de regra de conduta para as partes, e uma objetiva, de regra de julgamento para o juiz. O ônus subjetivo desempenha o papel de distribuir entre autor e réu o encargo de produzir as provas dos fatos necessários ao julgamento da ação, apontado quais fatos devem ser provados por cada um dos litigantes a fim de obter uma decisão favorável. A distribuição dos ônus da prova serve assim como *“regra de organização da atividade probatória das partes, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”*⁴¹.

Já o ônus objetivo da prova tem aplicação nos casos de ausência ou insuficiência de prova ou ainda quando o magistrado não tenha certeza sobre os fatos controvertidos, cabendo a ele julgar, então, segundo os ditames das regras de distribuição dos ônus probatórios. Assim, o ônus objetivo enuncia uma regra de julgamento, segundo a qual a sentença será desfavorável àquele litigante a quem tocava o ônus de provar fato fundamental ao deslinde da ação e não o fez ou o fez insatisfatoriamente, na medida em que é vedado o pronunciamento *non liquet*. Nesses termos, segundo Rosenberg, *“um non liquet en la cuestión de hecho no*

⁴¹ CARPES, Ônus Dinâmico..., p.52.

significa um non liquet en cuanto a la cuestión de derecho. La función de las normas de la carga de la prueba consiste, precisamente, en evitar esto"⁴².

Consoante Suzana Santi, no caso de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, há *"o estabelecimento de uma presunção pelo ordenamento que privilegia a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e a pacificação social"*, pois, embora não se tenha certeza sobre os fatos controvertidos, existe a necessidade de *"prestação da tutela sempre que a atividade jurisdicional é provocada, de forma a promover o encerramento do litígio, ainda que em detrimento da justiça e da verdade da decisão prolatada"*⁴³.

Adverte Echandia, ademais, que a função objetiva da prova não se refere ao modo de apreciar a prova, não se confunde com o sistema da prova legal, tarifária, e tampouco com os meios probatórios, mas dita *"la solución del litigio cuando falta el convencimiento del juez, cualquiera que sea el sistema que rija"*⁴⁴.

Existe um número significativo de autores consagrados que defendem a proeminência do ônus objetivo da prova sobre o ônus subjetivo, entre eles Gian Micheli⁴⁵ e Leo Rosenberg. Com efeito, Rosenberg, apesar de considerar que *"el concepto de la carga subjetiva de la prueba es indispensable"*, confere maior importância ao ônus objetivo da prova ou ônus da certeza, como denomina o autor⁴⁶.

Entretanto, no atual estágio de desenvolvimento do processo civil, no qual, como se verá, existe a primazia da colaboração entre partes e juiz e de princípios constitucionais como o do contraditório e da igualdade das partes, a função subjetiva do ônus da prova assume papel fundamental, não podendo ser desconsiderada sua importância para o processo contemporâneo. Pelo contrário, assume importância igual ou ainda maior que a função objetiva.

Com efeito, é direito das partes conhecerem de antemão as regras relativas à distribuição dos ônus *probandi*, para que possam produzir as provas necessárias para o deslinde do feito, bem como para saberem de quem é o risco de sucumbir em caso de ausência de prova. Nesses termos, entende Echandia, para quem a o ônus da prova é sempre subjetivo⁴⁷, que as regras de distribuição do ônus da prova

⁴² ROSENBERG, *La carga...*, p. 13.

⁴³ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 33.

⁴⁴ DEVIS ECHANDIA, *Teoria general...*, p. 429.

⁴⁵ MICHELI, *La carga...*, p. 105-111.

⁴⁶ ROSENBERG, *op. cit.* p. 21.

⁴⁷ DEVIS ECHANDIA, *op. cit.* p. 435.

determinam “a quién interesa que se produzca cierta prueba, y, por lo tanto, a quién afecta en la sentencia la falta de tal prueba”⁴⁸.

Ademais, a função subjetiva do ônus da prova desempenha o papel de estimular as partes a produzirem as provas necessárias para o processo, induzindo-as a colaborar com o alcance da verdade e evitando a ausência de provas. Exerce, portanto, importante influencia na participação das partes, elemento essencial do processo contemporâneo. Nesse sentido, segundo Artur Carpes, “justamente na ênfase que se dá ao diálogo no processo civil contemporâneo, no qual a própria legitimidade da decisão tem esteio no contraditório judicial, não há mais como negar prestígio à dimensão subjetiva do ônus da prova”⁴⁹. Portanto, não há mais que se falar em primazia da função objetiva do ônus da prova sobre a função subjetiva, esta última de grande importância para que se alcancem as finalidades e valores do processo contemporâneo.

1.3 TEORIAS ESTÁTICAS E DINÂMICAS DO ÔNUS DA PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ARTIGO 333 DO CPC

Existem, como é sabido, diversas teorias sobre a repartição do ônus da prova, que podem ser classificadas em antigas, de inspiração civilística, destacando-se, entre elas, as de Jeremy Bentham e a de René Demogue, e modernas ou processualísticas, sobressaindo-se entre as últimas as teorias de Gian Antonio Micheli, Leo Rosenberg, Francesco Carnelutti e Giuseppe Chiovenda. Não cabe neste trabalho, tendo em vista o objetivo a que se propõe, dissertar sobre todas elas. Portanto, serão tratadas aqui apenas as mais relevantes, tendo em vista o tema da presente dissertação.

Entre as teorias estáticas do ônus da prova, traço comum que se destaca é o fato de estabelecerem os critérios para a distribuição *a priori*, de antemão, sem que haja análise do caso concreto. Para Chiovenda, que admite existir uma dificuldade em estabelecer uma formulação geral e completa sobre a distribuição do ônus da prova, a cada uma das partes caberia alegar e provar aquilo que pretendesse que o magistrado levasse em consideração. A teoria de Chiovenda se funda, destarte, no

⁴⁸ DEVIS ECHANDIA, *Teoria general...*, p. 428.

⁴⁹ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p.54.

interesse em provar e se inspira nos critérios de oportunidade e igualdade distributiva.⁵⁰

Segundo o jurista, o réu tem interesse na não existência dos fatos alegados pelo autor. Assim, se o autor não lograsse provar os fatos que alega, não haveria prova a ser produzida pelo réu; já se o autor provasse todos os fatos constitutivos do seu direito, caberia ao réu fazer prova dos fatos que refutassem o direito do autor. *“A questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que, considerados existentes pelo juiz, devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda (constitutivos)”*⁵¹. Resume o jurista, assim, que *“o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”* e o réu *“deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural”*⁵².

Para Rosenberg as regras sobre o ônus da prova devem ser fixas e prévias em nome da segurança jurídica. Tanto Rosenberg quanto Micheli fundamentam a distribuição do ônus da prova, sobretudo, na posição substancial dos sujeitos interessados. Suas teorias têm os mesmos efeitos práticos e o mesmo conteúdo: os efeitos jurídicos perseguidos por uma parte tem como pressuposto os fatos que contemplam a norma legal que os consagra.⁵³

Com efeito, entende Rosenberg que não se aplica a norma jurídica quando o juiz está convencido da não ocorrência dos pressupostos legais para aplicação da norma ou, ainda, quando o juiz não está convencido do preenchimento dos pressupostos legais para a aplicação da norma. Sendo assim, os inconvenientes dessa indecisão do magistrado recaem sobre a parte a quem o triunfo no processo depende da aplicação da norma jurídica em questão.⁵⁴

Foi através de Rosenberg que a “teoria das normas” (*Normentheorie*) ganhou prestígio no plano doutrinário, influenciando a redação da maioria dos diplomas modernos, entre eles o brasileiro. Segundo essa teoria, *“cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo*

⁵⁰ CHIOVENDA, *Instituições...*, p. 379.

⁵¹ *Ibidem*, p. 379-380.

⁵² *Ibidem*, p. 382.

⁵³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45-46.

⁵⁴ ROSENBERG, *La carga...*, p. 11.

efeito jurídico se resolve em seu proveito”⁵⁵. Quem deseja produzir o efeito decorrente da aplicação de determinada norma tem o correlato ônus de provar o fato a ela subjacente. Sendo assim, a distribuição dos ônus probatórios acaba por se basear nas normas de direito material invocadas na demanda. A teoria das normas não admite a possibilidade de uma regulação da distribuição do ônus probatórios consoante análise do caso concreto.⁵⁶

Segundo Danilo Knijnik, o artigo 333 do Código de Processo Civil “*consagra a teoria das normas, cujo postulado repousa na ‘técnica de descobrir a repartição do onus probandi na sintaxe da lei’*”⁵⁷. Afirma o jurista que o intérprete, ao aplicar o dispositivo mencionado, deve dirigir-se, básica e cumulativamente, por dois pontos, quais sejam, a posição da parte em juízo (se autor ou réu) e a espécie de fato (se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).⁵⁸

Com efeito, o direito brasileiro positivou norma estática sobre o ônus da prova, segundo a qual a distribuição é prévia e abstrata, na qual se prima pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes. O Código de Processo Civil de 1939, ao regradar a distribuição do ônus da prova entre as partes, em seu artigo 209, fundava-se na natureza dos fatos que deveriam ser objeto de comprovação e na posição ocupada por cada qual no processo.

O regramento previsto no código de 1939 foi mantido na íntegra pelo Código de Processo Civil de 1973, tendo havido apenas um aprimoramento na enunciação do preceito. O artigo 333 do atual código continua prevendo que ao autor caberá a comprovação dos fatos constitutivos do seu direito e, ao réu, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. A única possibilidade de distribuição diversa da prevista no *caput* do mencionado artigo é por meio de convenção anteriormente firmada entre as partes, desde que a alteração da disciplina legal não recaia sobre direitos indisponíveis ou não se torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (parágrafo único do artigo 333 do CPC).

Segundo Suzana Santo, tal regra prevista no parágrafo único do artigo 333 do CPC, mostra-se o “*primeiro indicativo de que a sistemática de repartição do encargo*

⁵⁵ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 47.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁷ KNIJNIK, *A prova...*, p. 174.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 174.

probatório no direito brasileiro não é imutável e inflexível, compatibilizando-se perfeitamente com a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova”⁵⁹.

Embora a distribuição prevista no artigo 333 do CPC resolva a grande maioria dos casos, certo é que os critérios estáticos de distribuição do ônus da prova muitas vezes se mostram falhos, insuficientes e inadequados à produção da prova que se pretende ver nos autos e, por conseguinte, inaptos para o alcance de um resultado mais justo e efetivo. A evolução do processo civil impõe a observância de valores tais como o da igualdade, o da cooperação e o da efetividade, visando não somente à pacificação social, mas, igualmente, à justiça no caso concreto e, não raro, a aplicação da norma prevista no artigo 333 CPC impede a efetivação de tais valores.

As teorias dinâmicas do ônus da prova viriam, portanto, complementar as regras já existentes sobre a distribuição do ônus da prova, a fim de possibilitar uma distribuição consoante o caso concreto e proporcionar maior justiça e efetividade à decisão judicial, primando-se pela igualdade substancial entre partes, como se verá adiante.

1.4 O ÔNUS DA PROVA E A COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

No processo liberal, vigente com toda sua força no século XIX, as partes possuíam amplos poderes para dar início e fim ao processo, para desenvolvê-lo e estabelecer o seu objeto, tendo total responsabilidade sobre a instrução probatória do caso. O órgão judicial tinha poderes restritos, pois o processo era visto como instituição destinada à realização de direitos privados, cabendo exclusivamente às partes o aporte ao processo das matérias de fato. O Estado não tinha interesse na resolução dos conflitos, devendo interferir o mínimo possível nos interesses privados. Por tal razão, cabia aos litigantes a condução do processo, devendo o juiz permanecer totalmente estranho ao processo.⁶⁰

O processo civil contemporâneo, entretanto, perdeu esse caráter de “*coisa privada das partes*”, numa “*concepção claramente individualista e exclusivamente privatística dos direitos patrimoniais*”⁶¹, para passar a desempenhar as funções de pacificação social e realização de justiça. O processo civil começa a ganhar tal

⁵⁹ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 63.

⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, jun. 2003. p. 55-57.

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 46.

caráter público na passagem do século XIX para o século XX, especialmente com a codificação austríaca de 1895, “*em vigor depois de 1898, graças ao gênio de Franz Klein*”⁶².

Busca-se, agora, maior eficiência na aplicação e realização do direito. Ao juiz são conferidos maiores poderes para que participe mais intensamente do processo, especialmente na investigação dos fatos, fazendo-o transcender a figura do mero árbitro para passar a ter papel ativo no processo. O processo passa a ser visto como instrumento social, pois o interesse em jogo não é mais apenas das partes, mas também da sociedade, em cujo nome atua o juiz.

No Brasil, é com o advento da Constituição de 1988 que se destaca o caráter público do processo, como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais. Ganha relevo “*não apenas a atividade e responsabilidade do juiz, mas também a atividade e responsabilidade das partes, a fim de que a justiça – finalidade primordial do processo – seja alcançada*”⁶³. Autor e réu passam, assim, de meros litigantes num conflito entre si para a função de colaboradores do Poder Judiciário para a descoberta da verdade e o alcance de resultados justos.

Dessa forma, começa a se enxergar o processo civil como o produto da atividade cooperativa das partes e do juiz a fim de que seja alcançada a tutela jurisdicional adequada e justa. Do juiz é exigida maior participação na formação do juízo de fato e das partes é exigida uma maior cooperação com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos. Deve, portanto, haver um diálogo entre as partes e entre partes e julgador, “*de forma a possibilitar o esclarecimento e a prova das suas alegações, pressupostos de uma decisão final que atenda aos ditames da efetividade e do processo justo*”⁶⁴. Com efeito, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “*tanto o órgão judicial quanto as partes devem agir simultaneamente, em colaboração, para se atingir de maneira mais eficiente os principais objetivos do processo*”⁶⁵.

No mesmo sentido, entende Daniel Mitidiero que o processo cooperativo pressupõe um dever de debate entre o juiz e as partes. Afirma o jurista que “*o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando das decisões das questões processuais e materiais da causa*”, ou seja, o

⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 55.

⁶³ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 62.

⁶⁴ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 85.

⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.* p. 177.

juiz deverá dirigir o processo “*de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem*”⁶⁶.

Continua, afirmando que o órgão jurisdicional deve observar o contraditório ao longo de todo procedimento e, por força deste princípio constitucional, deve dialogar com as partes. Em decorrência disso, incumbe ao juiz os seguintes deveres: (i) o dever de prestar esclarecimentos às partes, isto é, de “*se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo*”⁶⁷; (ii) o dever de consultar as partes antes de decidir sobre questão sobre a qual não tenham se manifestado autor e réu; (iii) dever de prevenção, ou seja, o dever de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos; (iv) por fim, o dever de auxiliar as partes quando tiverem dificuldades ao exercerem seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus e deveres processuais⁶⁸.

Já às partes incumbe o dever de colaborar com o juiz no esclarecimento dos fatos e na descoberta da verdade. Nesse sentido, a seguinte lição de Chiovenda:

Afirmou-se que o cidadão, assim como tem obrigação de dirigir-se ao Estado se se julga com razão, assim também tem o direito de pretender que o outro cidadão, do qual reivindica um direito, se preste a facilitar o andamento regular da função pública exercida na lide, manifestando-se sobre a pretensão em conformidade com a própria convicção. Da mesma forma, tocaria ao Estado o direito de pretender dos cidadãos sua cooperação na lide.⁶⁹

Nesses termos, prevê o artigo 339 do Código de Processo Civil brasileiro que “*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*” e, em contrapartida, confere o diploma processual, em seu artigo 130, o poder de o juiz participar da instrução probatória, determinando, de ofício ou a requerimento das partes, às provas necessárias à instrução processual. Prevê o código brasileiro, portanto, não só a concessão de poderes ao juiz como o dever de colaboração para todos os que participam do processo.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

⁶⁷ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. Estudos sobre o novo processo civil. Apud MITIDIERO, op. cit. p. 76.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. op. cit. p. 76.

⁶⁹ CHIOVENDA, Instituições..., p. 365-366.

Tal dever de cooperação certamente influencia a distribuição do ônus da prova. Com efeito, *“dependendo do modo como se estrutura a atividade probatória das partes, tornar-se-á possível uma maior ou menor colaboração destas na formação do juízo de fato”*⁷⁰. Assim, frente ao princípio da colaboração ganha relevo a função subjetiva do ônus da prova, que distribui entre as partes o encargo probatório, e a teoria dinâmica do ônus da prova, que ao atribuir o encargo probatório àquele que tem melhores condições de produzir a prova no caso concreto, ou seja, que tem melhores condições de colaborar com a aferição da verdade, acaba por aplicar o princípio em tela.

Sob essa ótica, portanto, não há como não se reconhecer que o regramento previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil é muitas vezes insuficiente para o alcance dos fins do processo contemporâneo, de um resultado justo e efetivo, tendo em vista que a distribuição do encargo probatório como prevista no dispositivo mencionado poderá acabar por dificultar a colaboração das partes e a aferição da verdade no caso concreto.

É por essa razão que o direito estrangeiro tem se utilizado cada vez mais das teorias dinâmicas do ônus da prova, em complemento aos critérios apriorísticos de distribuição dos encargos probatórios, numa aplicação do princípio da cooperação para o alcance de um resultado justo. É o que se passará a expor nos próximos capítulos.

⁷⁰ CARPES, Ônus Dinâmico..., p. 65.

2 A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1 INTRODUÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DA DINAMIZAÇÃO – RELATIVIZAÇÃO DA DISPOSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 333 DO CPC

A teoria da dinamização do ônus da prova já se encontra consagrada no direito de alguns países estrangeiros, principalmente no argentino e no espanhol, e vem, cada vez mais, ganhando espaço entre os juristas brasileiros. A teoria propõe uma flexibilização da distribuição estática e abstrata do ônus da prova, para que haja análise das particularidades do caso concreto ao se distribuir o encargo probatório entre as partes.

De fato, a teoria dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário, adaptando-se “aos casos particulares, para, atendendo às circunstâncias específicas de cada qual, impor o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva”⁷¹.

Não é possível determinar onde e em que momento surgiu a dinamização dos encargos probatórios, nem se sabe ao certo qual jurista foi responsável por desenvolvê-la. Sua sistematização se deu com maior desenvoltura na Argentina, no século XX, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, sendo batizada entre os argentinos de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*.

Entretanto, já no início do século passado, a dinamização dos ônus probatórios era empregada pelo direito alemão. Com efeito, o BGB adotou em diversos dos seus artigos o que chama de *beweisumkehr* (*beweis*: prova; *umkehr*: trânsito em sentido contrário, cambiante), e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão também lhe confere respaldo em casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de esclarecimento e comunicação de negócios jurídicos, de direito ambiental, entre outros.⁷²

Em igual sentido, a teoria da dinamização não é nenhuma novidade para o direito espanhol que, depois de pacificar a sua aplicação através do Tribunal

⁷¹ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 72.

⁷² ALBERTO CARBONE, Carlos. Cargas probatorias dinámicas: una Mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. p. 210-211.

Supremo da Espanha, com fundamento no dever de colaboração das partes com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e na obtenção de um resultado justo, foi positivada no artigo 217 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Com efeito, o dispositivo prevê a “*posibilidad de desplazamiento de la carga probatoria atendiéndose a la disponibilidad o facilidad en cuanto a la producción de prueba que corresponda a cada una de las partes*”⁷³.

Segundo Carlos Alberto Carbone, o Tribunal Espanhol entende que “*la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte*”⁷⁴.

Na Argentina, por sua vez, o primeiro indício de adoção da teoria surgiu em precedente datado de 1957 da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, no qual o Tribunal determinou que um funcionário público fizesse prova da legitimidade de seu enriquecimento, por entender que ele estaria em melhores condições que o Estado de produzir tal prova. Entretanto, foi somente no início da década de 1990 que o tema ganhou espaço doutrinário e a teoria começou a ser difundida e aprofundada, passando a ser amplamente aplicada e aceita na comunidade jurídica do país.⁷⁵

Com efeito, afirma Marcos L. Peyrano que a teoria foi recebida com entusiasmo pela doutrina civil argentina, especialmente no que se refere às questões de prova da responsabilidade civil médica. Refere-se ao *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, no qual foi declarada como recebida a teoria das cargas probatórias dinâmicas. Assevera, igualmente, que a Corte Suprema do país aceitou de maneira explícita a teoria, como meio adequado para se alcançar decisões justas. É o que se percebe do seguinte trecho de artigo do jurista:

Por supuesto, tal fue la calurosa acogida de este instituto, que el máximo tribunal de nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aceptó de manera explícita que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas podía ser el camino adecuado para brindar verdaderas “soluciones justas”⁷⁶.

⁷³ PEYRANO, Marcos L. La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.), *Cargas probatorias...*, p. 189.

⁷⁴ ALBERTO CARBONE, *Cargas probatorias...*, p. 211.

⁷⁵ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 71-72.

⁷⁶ PEYRANO, *op. cit.* p. 185.

Conforme já exposto, a teoria da dinamização do ônus da prova trata de flexibilizar a rigidez das normas estáticas de distribuição dos ônus em função da dificuldade de aplicação das mesmas em determinados casos. O ônus da prova deve recair, assim, sobre a parte que esteja em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas de produzir a prova respectiva. Importante ressaltar que a teoria não desconhece as regras clássicas do ônus da prova; ela apenas as completa e as aperfeiçoa, *“flexibilizando sua aplicação em todas aquelas hipóteses nas quais quem devia provar segundo a regra tradicional, vê-se impossibilitado de fazê-lo por motivos completamente alheios a sua vontade”* ⁷⁷.

Aplica-se nos casos em que a prova se torne impossível ou naqueles em que a prova seja muito difícil de ser produzida pela parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada, havendo uma relativização do esquema legal. Deve haver tal relativização, portanto, quando as previsões legais não funcionam adequada e valiosamente. Jorge W. Peyrano refere que, no XVII *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, a teoria foi reconhecida como o princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional no alcance do material da convicção ⁷⁸.

Segundo Artur Carpes, a dinamização dos ônus probatórios funciona como meio de conformar a disciplina do ônus da prova à Constituição, aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, uma vez que a distribuição estática prevista em lei poderá muitas vezes acabar violando direitos fundamentais processuais, indo de encontro com as funções do processo de pacificação e realização da justiça. Afirma que, no Estado Constitucional, existe a necessidade de a lei estar conformada à Constituição e, caso isso não ocorra no caso concreto, deverá haver a correção da disposição legal a fim de que a Constituição seja respeitada. ⁷⁹

A teoria da dinamização estimula a produção da prova e o esclarecimento de todos os fatos do litígio, garantindo não somente maior efetividade e justiça às decisões, mas também o direito à prova e ao acesso à justiça. Entretanto, como bem leciona Artur Carpes, deve haver cuidado ao se flexibilizar a norma legal para que

⁷⁷ AZÁRIO, *Dinamicização...*, p. 125.

⁷⁸ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.), *Cargas probatorias...*, p. 20.

⁷⁹ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 71-72.

não se acabe por permitir abusos por parte do Poder Judiciário, pondo em risco a segurança jurídica que é tão importante ao formalismo processual ⁸⁰.

Nesses termos, certo é que a previsão do artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro não pode se adequar a todo e qualquer caso concreto. A norma estática positivada no código processual brasileiro em muitos casos, como os de responsabilidade civil médica ou por danos ambientais, pode acabar levando a injustiças e à violação princípios constitucionais, consoante antes exposto. Não vigora mais no direito brasileiro o princípio da legalidade estrita, que poderia fazer parecer impensável a relativização da disposição prevista no artigo 333 do CPC, mas o princípio da legalidade substancial, “*que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais*” ⁸¹. Deve haver, destarte, uma maior participação e responsabilidade do juiz no caso concreto, pois não é possível que a lei preveja e regule todos os casos que poderão ser discutidos no Judiciário, havendo a necessidade de sua adequação e conformação pelo magistrado em cada caso em análise.

Dessa forma, nos casos de dificuldade ou impossibilidade de produção da prova por uma das partes e maior facilidade de produção por outra, o que se propõe é uma relativização da disposição prevista no artigo 333 do CPC, frente a sua inadaptabilidade à Constituição por violação das garantias de acesso à justiça processual, igualdade substancial das partes e direito à prova, numa aplicação da teoria da dinamização dos ônus probatórios. É o que se explicará mais detidamente nos próximos tópicos.

2.2 A DINAMIZAÇÃO COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA PROCESSUAL

Consoante se tem exposto no decorrer deste trabalho, o processo civil, no Estado Contemporâneo Constitucional, serve como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, o formalismo-valorativo, referencial teórico no processo contemporâneo, propõe a injeção de valores constitucionais no formalismo processual. A lei processual deve estar conformada à Constituição Federal e deve garantir a efetivação da tutela jurisdicional.

Segundo Carlos Alberto, em trabalho exposto nas XXI Jornadas Iberoamericanas ocorridas em Lima, Peru, em 26 de outubro de 2008, o direito

⁸⁰ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 76.

⁸¹ *Ibidem*, p. 72.

fundamental de acesso à jurisdição se traduz “*en el poder de exigir del órgano judicial, en tiempo razonable, el desarrollo completo de sus actividades, tanto decisorias, con emisión de un pronunciamiento procesal o de mérito sobre el objeto de la pretensión procesal, como que pueda ser realizado efectivamente desde el punto de vista material*”⁸². No entanto, conforme o jurista, a efetividade da tutela jurisdicional pretendida com o processo civil contemporâneo apenas poderá ser alcançada mediante a conformação e adequação do procedimento e a criação de técnicas apropriadas, a fim de se potencializar a realização dos valores fundamentais do processo⁸³.

Nesses termos, a inadequação da lei ao caso concreto ou a omissão legislativa não podem representar prejuízo ao alcance da adequada e efetiva tutela, caso contrário representariam violação ao direito fundamental de ação, imprescindível para a efetivação dos demais direitos. Afirma Luiz Guilherme Marinoni que “*o direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado*”⁸⁴, o que deve ser feito por meio de técnicas processuais:

Na perspectiva da necessidade de técnicas processuais, o direito fundamental de ação pode ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material. Trata-se de um direito que vincula o legislador, obrigando-o a traçar as técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflitivas. [...]

Mas se o direito fundamental de ação também se dirige contra o legislador, é indiscutível que o seu maior obrigado é o juiz. O juiz tem o dever de prestar a adequada tutela jurisdicional dos direitos.⁸⁵

Segue o jurista, aduzindo que “*merecem cuidado as normas que obstaculizam ou dificultam o acesso à justiça, as normas que são insuficientes para permitir a efetividade da tutela jurisdicional e, especialmente, a falta de norma processual que impede a adequada tutela do direito*”⁸⁶. Assim, para que se possa garantir a plena oportunidade de acesso à justiça mostra-se necessário conferir-se ao juiz a

⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, n. 01, p. 185-201, jul 2009. p. 192.

⁸³ *Ibidem*, p. 193.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 206-207.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 207-210.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 211.

*“possibilidade de suprir a ausência de lei que inviabiliza a efetiva tutela jurisdicional do direito”*⁸⁷. É nesse contexto que se insere a dinamização dos ônus probatórios.

Com efeito, garantir a produção das provas hábeis a demonstrar a verdade dos fatos no caso concreto nada mais é que efetivar o direito de ação e, por conseguinte, o direito ao acesso útil à justiça processual. Nesse sentido, afirma Artur Carpes que *“somente através do eficiente esclarecimento dos fatos é que se pode prestar adequada e efetivamente a tutela jurisdicional”*⁸⁸. A correta formação do juízo de fato, portanto, é fundamental para o alcance da justiça.

Com efeito, muitos casos acabam por resultar na inutilidade da ação judiciária, por *“violação oculta à garantia de acesso útil à Justiça”*⁸⁹, tendo em vista a impossibilidade de produção de prova e de descoberta da verdade dos fatos. É o que acontece frequentemente nos casos de erro médico, nos quais o paciente, autor da demanda indenizatória, não possui condições de comprovar o erro, porque inacessível a elementos de prova, tendo em vista que geralmente se encontra inconsciente ou incapaz de compreender inteiramente o que lhe causou dano no momento da operação médica. O médico, nesse caso, estaria em melhores condições de explicar o que aconteceu e produzir a prova necessária para o esclarecimento dos fatos. Impor ao paciente que produzisse tal *probatio diabólica*, destarte, resultaria em uma negação do acesso à justiça por limitação ao direito de prova sem justificação racional que explicasse tal limitação.

Nesses termos, afirma Danilo Knijnik que *“eventuais vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes podem caracterizar-se como aplicação inconstitucional de normas processuais civis”*⁹⁰. Nesses casos, a distribuição dos ônus probatórios consoante positivada no artigo 333 do CPC acabaria por violar de forma oculta o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, uma vez que inviabiliza o acesso útil ao Poder Judiciário.

Segundo Artur Carpes, *“o caso concreto é que apontará se a lei processual se ajusta aos direitos fundamentais processuais e, por via de consequência, se serve, efetivamente, à tutela dos direitos fundamentais”*⁹¹. No processo contemporâneo, portanto, mostra-se necessária a adequação do procedimento probatório, mais

⁸⁷ MARINONI, *A teoria...*, p. 212.

⁸⁸ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 79.

⁸⁹ KNIJNIK, *A prova...*, p. 173.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 173.

⁹¹ CARPES, *op. cit.* p. 73.

especificamente das regras de distribuição dos *onus probandi*, com os direitos fundamentais e constitucionais. E isso pode ser feito, à luz do caso concreto, através da técnica da dinamização.

De fato, a dinamização dos ônus probatórios “*configura técnica destinada a garantir às partes a observância do direito fundamental ao processo justo*”⁹². Como registra Danilo Knijnik, citando a jurista argentina Inês Lépori White:

É sob tal pano de fundo, para fazer frente à eventual iniquidade a que a aplicação do art. 333, *caput*, do CPC poderia conduzir, que se insinuou a teoria do ônus dinâmico da prova, “uma nova doutrina que tratou de flexibilizar a rigidez em que haviam incidido as regras sobre o ônus da prova e a consequente dificuldade que sua aplicação apresentava em certos casos”.⁹³

A teoria da dinamização, nesse sentido, garante o direito de acesso útil à justiça processual naqueles casos em que existe desigualdade substancial entre partes, ou seja, a parte onerada não possui condições de provar e, em contrapartida, a parte desonerada é hábil a produzir a prova respectiva, por se encontrar em melhores condições técnicas, econômicas ou em maior proximidade com a prova. Assim, a técnica da dinamização teria lugar “*quando a aplicação daquelas regras iniciais conduziu a uma probatio diabólica, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição*”⁹⁴.

Pode-se dizer, portanto, que a técnica garante a efetivação dos direitos fundamentais à igualdade substancial e à prova (corolários do acesso à justiça processual), pois para que a tutela jurisdicional seja adequada e efetiva, pressupõe-se “*um processo paritário, ajustando as partes em um ambiente não apenas formal, mas substancialmente isonômico*”⁹⁵.

Com efeito, a teoria da dinamização fundamenta-se na igualdade substancial, na medida em que considera as particularidades de cada uma das partes, a dificuldade de produção de prova pela parte onerada em contraposição à facilidade pela parte inicialmente não onerada, para distribuir o ônus da prova de forma a tornar iguais os sujeitos que eram em princípio desiguais substancialmente. A

⁹² CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 79.

⁹³ KNIJNIK, *A prova...*, p.176.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 179.

⁹⁵ CARPES, *op. cit.* p. 83.

aplicação da teoria, portanto, pressupõe uma relação de desigualdade entre autor e réu, que será suprida pela redistribuição do *onus probandi*.

Da mesma forma, somente com a correta distribuição dos ônus probatórios é possível garantir a observância do direito fundamental à prova. Não basta que a lei garanta à parte a possibilidade de produzir todas as provas em direito admitidas se existe a impossibilidade da sua produção no caso concreto. Devem estar disponíveis às partes medidas que garantam o grau máximo de produção da prova na sua função de esclarecer a verdade dos fatos alegados.

Impor o ônus da prova à parte cuja produção é impossível ou extremamente difícil resulta na imposição de uma *probatio diabolica* e, por consequência, uma vedação ao direito à prova. Com efeito, “a *probatio diabolica* pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada”, essa última podendo se dar em função das peculiaridades do caso concreto ou da distancia da parte onerado do material probatório.

Assim, somente com a adoção de técnicas que permitam o máximo de efetividade da atividade probatória das partes, como a técnica da dinamização dos ônus probatórios, é que restará garantido o direito fundamental à prova e à igualdade substancial e, via de consequência, o direito de acesso útil à ordem jurídica.

Portanto, a dinamização dos encargos probatórios terá aplicação quando as partes se colocarem em situação de desigualdade frente à prova e quando houver uma restrição ao direito fundamental à prova pela impossibilidade ou extrema dificuldade de sua produção pela parte onerada, ou seja, quando a prova a ser produzida pela parte onerada configurar *probatio diabolica*. Ao fim, destarte, a técnica da dinamização garante o acesso útil à justiça processual, impedindo a inutilidade processual e a proliferação de injustiças por inadequação da norma legal de distribuição dos ônus probatórios.

2.3 CRITÉRIOS PARA QUE OCORRA A DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS

A distribuição dinâmica insere-se como critério complementar e subsidiário àquele critério estático previsto na norma legal, devendo ser aplicada quando a

previsão legal não funcionar adequada e valiosamente. O principal objetivo da dinamização é facilitar a produção da prova e, assim, contribuir para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva.

A teoria terá aplicação, portanto, nos casos de dificuldade ou mesmo impossibilidade de produção da prova pelo litigante a quem incumbe o encargo pelas regras legais de distribuição do ônus da prova. Essa dificuldade ou impossibilidade pode ocorrer pelas mais diversas razões, como, por exemplo, dificuldade de acesso à prova, deficiência técnica, cultural ou econômica da parte a quem incumbe o encargo. Entretanto, não basta a existência de dificuldade ou impossibilidade de produção da prova pela parte inicialmente incumbida de produzi-la; é necessário que a outra parte possua mais facilidade ou esteja em melhores condições para a sua realização. O outro litigante deve possuir condições reais de produzir a prova controvertida, caso contrário, não poderá ser operada a dinamização, pois se estaria infringindo o princípio da igualdade entre as partes.⁹⁶

A teoria importa, portanto, em um deslocamento do *onus probandi*, consoante as circunstâncias do caso. Caberá a prova àquele que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos⁹⁷. A dinamização não leva em consideração, portanto, a posição das partes no processo nem a natureza dos fatos a serem provados, mas a facilidade e a acessibilidade à prova.

O objetivo da dinamização, destarte, é transferir o encargo probatório à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre o fato controvertido e não impor um encargo impossível de ser cumprido a uma das partes. Com efeito, a dinamização não pode significar encargo insuportável à parte que passará a ser onerada. Se as duas partes estiverem em excessiva dificuldade de produzir determinada prova, a dinamização não deve ocorrer, sob pena de se caracterizar a *probatio diabolica reversa*. Nestes termos, é válida a seguinte orientação de Danilo Knijnik:

Convém ressaltar, entretanto, que a dinamização do ônus não pode derivar na consagração de uma *probatio diabolica reversa*. Note-se que o *ônus dinâmico* não fica autorizado pela só gravidade

⁹⁶ SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 87.

⁹⁷ PEYRANO, *Nuevos lineamentos...*, p. 20.

dos danos reclamados, tampouco implica o estabelecimento de presunções de circunstâncias ou fatos. O que se objetiva é apenas sua redistribuição fundamentada e racional, segundo a posição dos litigantes na relação de direito material e no episódio fático, à luz de eventuais transgressões aos deveres de colaboração ou, ainda, em face da inviabilização culposa da prova em detrimento da parte onerada.⁹⁸

Configura-se pressuposto para a dinamização, portanto, que a incidência da regra legal, do ônus estático da prova, *“redunde em probatio diabolica, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes”*⁹⁹.

O juiz poderá examinar e determinar a dinamização do ônus da prova de ofício, valendo-se o magistrado de seus poderes instrutórios, ou por meio de provocação de uma das partes. Em qualquer caso, deverá ser assegurado o direito de manifestação do litigante a quem for transferido o ônus da prova, inclusive para que possa demonstrar se realmente tem ou não condições de produzi-la. A decisão final, de qualquer forma, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Nesses termos, segundo Artur Carpes, caso o juiz evidencie a inconstitucionalidade da distribuição positivada em lei, *“deve proceder na conformação da disposição à Constituição, deslocando o ônus da prova relativo a determinada(s) circunstância(s) de fato de uma parte à outra, a fim de garantir a observância do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa”*¹⁰⁰. Assim, mesmo quando não houver requerimento das partes, deve o juiz determinar a dinamização do ônus probatórios, tendo em vista que os corolários do direito fundamental de acesso à justiça – igualdade e direito à prova – *“constituem questões de ordem pública, eis que se ligam diretamente à finalidade principal do processo, que é promover o alcance da justiça”*¹⁰¹.

Se houver a necessidade de dinamização dos encargos probatórios em relação a mais de um fato trazido aos autos, deverá ser analisada a possibilidade de redistribuição para cada fato específico, a fim de que seja verificada a verdadeira

⁹⁸ KNIJNIK, *A prova...*, p. 182.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 188.

¹⁰⁰ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 133.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 133.

dificuldade ou impossibilidade de produção por uma das partes e as melhores condições da outra relativamente a cada fato controvertido.¹⁰²

A teoria da dinamização evita, assim, que uma das partes se mantenha inerte na relação processual ante a dificuldade de produção da prova pela outro litigante e tem aplicação quando o regramento legal for insuficiente ou inadequado, devendo ser afastado. Colabora com a descoberta da verdade e evita que sejam proferidas decisões injustas ou não efetivas. A dinamização, dessa forma, é congruente com a visão solidarista que se tem do processo contemporâneo, uma vez que colabora para que o convencimento do magistrado se dê o mais próximo possível da realidade.

2.4 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA APLICAR A DINAMIZAÇÃO

Diverge a doutrina e a jurisprudência quanto ao momento processual em que deve ocorrer a dinamização dos ônus probatórios. Alguns entendem que a decisão que distribui os ônus probatórios de maneira diversa da prevista legalmente deve ocorrer somente quando da sentença. Para outros, a decisão deve se dar somente na fase postulatória e ainda há aqueles que defendem que tal decisão deva ser proferida logo após o recebimento da petição inicial. A questão se passa pela concepção que se tem das funções do ônus da prova no processo civil – ônus subjetivo, regra de conduta para as partes, ou ônus objetivo, apenas regra de julgamento para o juiz. Certo é, entretanto, que *“toda e qualquer modificação na distribuição dos ônus probatórios prevista em lei processual civil torna necessária uma decisão judicial para operar-se”*¹⁰³. A dinamização, dessa forma, nunca poderá ser realizada sem decisão expressa do órgão judicial, rigorosamente fundamentada.

Para a parte da doutrina que entende existir apenas um ônus objetivo da prova, ou seja, o ônus da prova como regra de julgamento, ou ainda para aqueles que, apesar de conferirem uma função subjetiva ao encargo probatório, acreditam na preponderância do ônus objetivo, só haverá a possibilidade da dinamização no momento da prolação da sentença. Já para aqueles que conferem preponderância à função subjetiva do ônus da prova, como regra de conduta para as partes, por outro lado, deverá ocorrer o pronunciamento do magistrado de antemão, logo na abertura

¹⁰² SANTI CREMASCO, *A distribuição...*, p. 87.

¹⁰³ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 133.

da fase instrutória, a fim de que os litigantes estejam previamente cientes dos seus encargos e dos riscos que correm caso não possam suportá-los.

A grande maioria dos juristas argentinos sustenta que a aplicação da teoria deve ocorrer apenas na sentença, sem que haja aviso prévio. Entendem que os litigantes inseridos no sistema jurídico argentino já conhecem previamente sobre a possibilidade de dinamização do ônus da prova pelo julgador, ante os reiterados casos assentados na jurisprudência e na doutrina e, assim, não haveria surpresa na sua aplicação. Ademais, para eles a carga dinâmica se trataria de questão relativa à valoração da prova.¹⁰⁴

Nestes termos, para Inês Lépori White, “*solamente podrá decidirse sobre la carga de la prueba luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final del proceso, en la sentencia de mérito*”¹⁰⁵. Segundo a jurista argentina, a essência de toda a normatividade sobre o ônus da prova reside na instrução dada ao juiz sobre o conteúdo da sentença que deve pronunciar, devendo a decisão ser ditada contra a parte que, uma vez incumbida de provar, não cumpriu com o seu ônus¹⁰⁶.

Nesses termos, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que cabe ao magistrado o dever de advertir as partes sobre a distribuição dos ônus da prova, em nome do devido processo legal. Entretanto, segundo o jurista brasileiro, a efetiva distribuição do encargo probatório somente deve ser realizada no momento da prolação da sentença. É o que se pode perceber do seguinte trecho de obra do autor:

É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las das consequências de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante a fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear. A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do *due process of Law* e da exigência do diálogo que integra a garantia constitucional do contraditório: o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do *justo processo*. Por isso, a locução “determinará as provas a serem produzidas” (art. 331, § 2º) inclui a exigência de *esclarecer* as partes sobre seus ônus probatórios.¹⁰⁷

¹⁰⁴ SANTI CREMASCO, A distribuição..., p. 89.

¹⁰⁵ WHITE, Inês Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori (org.), Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. p. 51.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Instituições..., p. 83-84.

Para Dinamarco, tal esclarecimento não deve ser prestado como decisão, mas como advertência e convite para que as partes participem ativamente do processo. Sendo assim, no caso da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, o juiz deverá advertir as partes na audiência preliminar, mas a efetiva inversão somente ocorrerá no momento de julgar a causa, pois as circunstâncias do caso concreto podem se modificar no decorrer do processo, não havendo mais razões para subsistir a inversão no momento da prolação da sentença. O autor cita, por exemplo, o caso de ser verificada a verossimilhança das alegações do consumidor no momento inicial do procedimento, o que ensejaria a inversão, e, após a produção de provas, restar demonstrado que não existia tal verossimilhança.¹⁰⁸

Danilo Knijnik, por outro lado, aduz que “*caso dinamizado o ônus da prova após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório*”¹⁰⁹. Segundo o jurista, o magistrado, entendendo por bem dinamizar o ônus, deverá intimar as partes, previamente, e fundamentar sua decisão, sob pena de, nas palavras do autor, se caracterizar *retroatividade oculta* e ofensa ao princípio da segurança jurídica¹¹⁰.

A jurisprudência brasileira, igualmente, não se mostra pacífica. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes, no âmbito do art. 6º, inciso VIII, do CDC, em que restou consignado ser a inversão do ônus da prova regra de julgamento, não acarretando violação ao devido processo legal a sua decretação somente no momento da sentença, e precedentes, por outro lado, em que se afirmou caracterizar cerceamento de defesa a inversão sem nova abertura de prazo para as partes se desincumbirem do novo ônus imposto. Nesse sentido, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE
DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS
ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE
FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO
IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL

¹⁰⁸ DINAMARCO, *Instituições...*, p. 84.

¹⁰⁹ KNIJNIK, *A prova...*, p. 182.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 183.

INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.

[...] 5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.¹¹¹

AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 283/STF. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUERIMENTO DE PROVAS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

[...] 3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa. 4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial.¹¹²

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO.

Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro.

Agravo regimental improvido.¹¹³

Na atual perspectiva do processo civil, entretanto, não há como se acolher a tese de que a dinamização do ônus da prova, ou mesmo a inversão operada no âmbito do CDC, ocorra somente no momento da prolação da sentença, sem que seja dada oportunidade para as partes produzirem novas provas após conhecerem efetivamente seus encargos. Com efeito, ao aplicar-se a técnica somente quando da sentença, a parte a quem é revertido o ônus acaba por ser surpreendida com um

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720.930/RS, 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20/10/2009, in Diário de Justiça Eletrônico de 09/11/2009.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1095663/RJ, 4ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 04/08/2009, in Diário de Justiça Eletrônico de 17/08/2009.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo n. 977.795/PR, 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 23/09/2008, in Diário de Justiça Eletrônico de 13/10/2008.

gravame processual do qual não será mais possível se desincumbir, infringindo-se manifestamente os princípios do contraditório, da ampla defesa, devido processo legal e segurança jurídica.

De fato, o ônus da prova serve não apenas para nortear a conduta do julgador ao prolatar a sentença, mas também para orientar e embasar a atividade das partes no curso da instrução. As regras de distribuição do ônus da prova não criam apenas uma medida sancionatória para o litigante a quem cabia a produção da prova e não o fez, mas visam, igualmente, a incentivar a efetiva produção da prova. Ademais, a aplicação da teria dinâmica do ônus probatório constitui uma exceção à regra, devendo haver prévia notificação das partes de que a distribuição legal dos encargos não será aplicada, a fim de que não sejam surpreendidas na sentença.

Para Artur Carpes, *“ao surpreender as partes com a alteração na repartição dos esforços de prova quando da sentença, acaba-se por violar o próprio interesse público”*¹¹⁴, na medida em que este tipo de surpresa só faz diminuir a confiança do cidadão no Poder Judiciário Brasileiro. Nesses termos, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o princípio do contraditório também deve alcançar o juiz, tendo em vista o caráter dialético do processo contemporâneo. As partes não podem ser consideradas *“simples objeto do pronunciamento judicial”*; é necessário lhes garantir o *“direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão”*¹¹⁵.

Surpreender as partes na sentença com um encargo que não pode mais ser cumprido, portanto, vai contra a atual visão que se tem do processo, de um diálogo entre os seus participantes, da cooperação entre partes e juiz, de um processo como instrumento para realização das garantias fundamentais. Com efeito, segundo Carlos Alberto, existe, no processo contemporâneo, um entrelaçamento das atividades das partes, *“com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valoração jurídica da causa”*, o que se torna possível somente com o *“permanente diálogo entre os sujeitos processuais”*¹¹⁶.

Essa colaboração, ainda nos termos do jurista, somente se mostra possível, quando as partes sabem *“ou podem saber de que depende, no caso concreto, o*

¹¹⁴ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 136.

¹¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 01, nov/1993. p. 180.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 180.

ponto de vista do órgão judicial". Sendo assim, não é possível admitir *"sejam as partes, ou uma delas, surpreendida por decisão que se apóie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido"*. Devem ser aproveitados na sentença apenas os *"fatos sobre os quais as partes tenham tomado decisão"* ¹¹⁷.

Sendo assim, a decisão que dinamiza os ônus probatórios deve ser proferida em momento anterior à instrução probatória. Jamais deve ser decretada a dinamização somente na prolação da sentença. Informar as partes previamente da dinamização não apenas garante que sejam respeitados os deveres de colaboração entre as partes e o juiz e as garantias do contraditório e ampla defesa, como proporciona uma maior e mais valorosa colheita de prova, evitando-se a insuficiência de provas. Impede-se, assim, que o magistrado precise se utilizar da função objetiva do ônus da prova, como regra de julgamento, alcançando-se maior efetividade e justiça nas decisões. Nas palavras de Artur Carpes, *"se o processo cumpre sua finalidade quando faz justiça e se a justiça encontra-se intimamente ligada à descoberta da verdade, somente se alcançará a verdadeira justiça evitando-se a formalização do juízo"* ¹¹⁸.

Ademais, a repartição do ônus da prova no início da fase instrutória não encontra nenhum óbice na parcialidade ou tendencionismo do juiz, já que o magistrado não tem como saber, *a priori*, qual o conteúdo da prova que deixou sob a responsabilidade de cada um dos litigantes. Nesses termos, o próprio Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 331, §2º, preconiza que a audiência preliminar é o momento adequado para que sejam fixados os pontos controvertidos, as questões processuais pendentes e as provas a serem produzidas ¹¹⁹.

Igualmente, não se mostra adequada a aplicação da técnica já no despacho de recebimento da inicial, tendo em vista que, sem a manifestação do réu, não há como o magistrado conhecer os pontos controvertidos da demanda e saber se o réu realmente tem maiores condições de produzir a prova respectiva. Também nesse caso haverá ofensa à garantia do contraditório uma vez que o réu não terá oportunidade de se manifestar sobre os fatos e alegações do autor.

¹¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, O juiz..., p. 181.

¹¹⁸ CARPES, Ônus Dinâmico..., p. 138.

¹¹⁹ Artigo 331, §2º, do CPC: "Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário".

O momento adequado para a dinamização do ônus da prova é, portanto, no início da instrução, mais precisamente na audiência preliminar prevista no artigo 331, §2º, do CPC, quando o juiz fixa os pontos controvertidos e determina as provas que serão produzidas, evitando-se surpresas para as partes e garantindo-se, dessa forma, a cooperação entre partes e juiz, o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica. Nada impede, porém, que a dinamização seja decretada somente após o encerramento da instrução, caso somente se vislumbre a sua necessidade nesse momento. O importante, entretanto, é que seja garantida a oportunidade à parte de produzir a prova a qual foi encarregada.

2.5 A DINAMIZAÇÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Lei nº 8.078/90), prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, como direito básico do consumidor, a fim de possibilitar a facilitação da defesa deste e reequilibrar a relação de consumo, na qual se percebe uma desigualdade substancial entre consumidor e fornecedor, tendo em vista que geralmente o fornecedor possui maiores condições econômicas e técnicas que o consumidor ¹²⁰. A inversão, entretanto, somente poderá ser operada por meio de decisão judicial e quando presente um dos requisitos legais, quais sejam, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Tais requisitos devem ser aferidos pelo magistrado no caso concreto, segundo as regras ordinárias da experiência.

A inversão altera o ônus da prova, fazendo recair o encargo sobre a parte que não era inicialmente onerada. O âmbito de aplicação da inversão do ônus da prova é limitado aos casos previstos na legislação consumerista e quando presente um dos requisitos assinalados (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor).

Como se pode perceber, por conseguinte, a distribuição dinâmica do ônus da prova, analisada neste trabalho, não se confunde com a simples inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor, muito embora a inversão também possa ser considerada uma forma de conformação constitucional do processo. Com efeito, a

¹²⁰ Artigo 6º do CDC: “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência comum.”

dinamização não parte de um critério apriorístico para determinar a alteração do *onus probandi*. Não é aplicada regra de distribuição prévia, prevista na legislação. A teoria da carga dinâmica tem aplicação quando o regramento legal é insuficiente ou inadequado, devendo ser complementado ou afastado. A repartição do ônus da prova ocorre em momento posterior à instauração da lide, mediante juízo de discricionariedade do magistrado, segundo as particularidades do caso concreto e as máximas da experiência. Já no caso de inversão do ônus da prova, existe previsão prévia e abstrata que poderá ou não ser aplicada dependendo da presença de determinados requisitos legais.

Discute a doutrina se a inversão prevista na legislação consumerista dá-se *ope legis*, ou seja, é imposta pela lei caso estejam presentes os requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, vinculando a atuação judicial (entre outros, Antônio Gidi ¹²¹), ou *ope judicis*, como faculdade judicial quando presentes os requisitos para a sua decretação (Bruno Miragem ¹²², Antonio Dall’Agnol Júnior ¹²³). De qualquer forma, somente poderá ser decretada a inversão se estiverem presentes os requisitos legais. A dinamização, ao contrário, fica adstrita ao próprio magistrado, que deverá redistribuir o ônus da prova, à luz do caso concreto, caso verifique uma maior facilidade de produção da prova por uma parte em contrapartida à maior dificuldade pela outra. A redistribuição, nesse caso, não possui âmbito de aplicação pré-delimitado.

Mas não é só. A inversão do ônus probatório pressupõe a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra, a menos que seja feita uma especificação da circunstância de fato objeto da redistribuição, o que não é muito comum no direito brasileiro. Com efeito, segundo Artur Carpes, “o termo ‘inversão’ aspira a consagrar a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte à outra, nada ressaltando quanto às circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido” ¹²⁴. A técnica prevista no Código de Defesa do Consumidor, portanto, preserva o abstracionismo legal, a distribuição estática e imóvel, apenas alterando o sujeito sobre o qual recairá o ônus ¹²⁵.

¹²¹ GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, p. 36, jan/mar 1995. p. 36.

¹²² MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 154.

¹²³ DALL’AGNOL JUNIOR, Distribuição..., p. 9.

¹²⁴ CARPES, Ônus Dinâmico..., p. 116.

¹²⁵ Nesse sentido, anota Antonio Danilo Moura de Azevedo que, “apesar de ter havido uma flexibilização da distribuição do ônus da prova, a teoria em comento não foi adotada, integralmente,

Com efeito, afirma Cláudia Lima Marques que o juiz pode inverter o ônus da prova mesmo naqueles casos em que não houver uma maior facilidade de sua produção para o fornecedor:

Não há qualquer outra exigência no CDC – sendo assim, ao juiz é facultado inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o “risco profissional” ao – vulnerável e leigo – consumidor. [...] Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este que pague duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco – no preço pago e no dano sofrido.¹²⁶

Já a dinamização leva em conta cada fato em específico, somente redistribuindo o encargo probatório referentemente àqueles fatos em que restar demonstrada a existência de uma *probatio diabolica* a ser produzida pelo litigante onerado e, por outro lado, as melhores condições de produção da prova pelo litigante não onerado. Nestes termos, certo é que “o objeto litigioso é composto de inúmeras alegações fáticas relevantes – *thema probandum* -, mas que nem todas elas são aptas a fundamentar a transferência dos ônus probatórios, especialmente porque nem todas caracterizarão uma desigual dificuldade no exercício do direito fundamental à prova”¹²⁷. Conforme já afirmado, a técnica da dinamização não será aplicada no caso de a redistribuição do ônus ocasionar uma *probatio diabolica* reversa, transferindo-se o encargo diabólico para a parte inicialmente não onerada.

Sendo assim, não é correto utilizar as expressões dinamização e inversão do ônus da prova como sinônimas. A técnica da inversão também se propõe a adaptar a disposição contida no artigo 333 do Código de Processo Civil à Constituição Federal, garantindo ao consumidor com a redistribuição dos encargos probatórios o direito à prova, à igualdade substancial frente ao fornecedor, tendo em vista a maior vulnerabilidade do consumidor, e, por conseguinte, o direito de acesso útil a justiça processual.

pelo nosso Código de Defesa do Consumidor. Ainda é a regra estética de distribuição do ‘onus probandi’ que rege sobejamente a distribuição do ônus da prova nas relações de consumo”. (MOURA DE AZEVEDO, Antonio Danilo. A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, n. 14, maio/2008. p. 24.)

¹²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; LIMA MARQUES, Cláudia; ROSCOE BESSA, Leonardo. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 64.

¹²⁷ CARPES, Ônus Dinâmico..., p. 116.

Entretanto, a técnica da dinamização possui campo de aplicação geral, não ficando adstrita às relações de consumo e a requisitos legais. A dinamização, ademais, adapta-se muito melhor aos casos concretos, podendo apresentar soluções mais justas, tendo em vista que não opera uma total redistribuição dos encargos probatórios, mas realiza uma flexibilização da norma legal prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil relativamente aos fatos em que for possível dinamizar-se o ônus sem impor uma *probatio diabolica reversa*.

2.6 INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: REDUÇÃO DO STANDARD DE PROVA OU DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO?

Não raras vezes o julgador depara-se no caso concreto, no momento de julgar a lide, com a insuficiência de provas, não sendo possível a formação do juízo de fato. Nesses casos, consoante já afirmado, o magistrado deverá utilizar-se da função objetiva dos ônus probatórios e julgar a demanda em desfavor da parte que não logrou produzir as provas necessárias. A proposta da teoria da dinamização é, nesse sentido, evitar a ocorrência de tais casos, nos quais não é possível a formação do convencimento judicial por ausência ou insuficiência de provas. O ônus da prova, assim, é transferido para a parte que possui possibilidades de produzi-la a fim de se evitar que ela não seja trazida aos autos.

Cabe aqui, entretanto, fazer a devida distinção entre as funções do ônus da prova e aquelas exercidas pelos modelos de constatação ou *standards* de prova. Com efeito, em determinados casos, diante das poucas provas produzidas nos autos e das necessidades do direito material, poderá ser reduzido o *standard* de prova, solucionando-se a lide com base em presunção simples. Não há de se confundir, contudo, as funções do ônus da prova ou a teoria da dinamização com os modelos de constatação e muito menos com o fenômeno da presunção.

De fato, os modelos de constatação definem o grau de suficiência de prova que deve pautar a atividade judicial em cada caso, dizem “*quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório*”¹²⁸ (segundo Danilo Knijnik, são eles: a preponderância de provas, a prova

¹²⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prueba y verdad en el derecho. *Apud*: KNIJNIK, A prova..., p. 34.

clara e convincente, a prova acima da dúvida razoável, e a prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência, sendo que somente os dois primeiros são aplicáveis ao processo civil). Segundo o jurista brasileiro, os modelos de constatação são um meio de conferir racionalidade e controle ao princípio do livre convencimento, evitando a demasiada subjetividade do julgador ao valorar a prova, servem como critério a partir do qual o fato pode ser formado e submetido ao contraditório.¹²⁹

Os *standards* de prova, destarte, referem-se à valoração das provas. Apenas após a valoração é que se pode partir para as regras de juízo, utilizando-se a função objetiva dos ônus probatórios, caso o magistrado não tenha atingido o convencimento necessário. Somente se a prova colhida não for suficiente para a formação do juízo de fato em face do modelo de constatação adequado para o feito é que se utilizará o ônus da prova como regra de julgamento. Ou seja, a verificação do *standard* de prova adequado ao caso é anterior à verificação da necessidade de aplicação da regra de julgamento dos encargos probatórios.¹³⁰

Quanto à função subjetiva dos *onus probandi*, essa se opera muito antes da fase decisória e, portanto, igualmente não se confunde com a valoração do material probatório e com a definição do modelo de constatação utilizado. *“A definição do critério de suficiência de prova, enquanto questão jurídica prévia à valoração e definidora do modo através do qual esta se dará, nada altera as bases para a distribuição do ônus da prova, seja ela determinada pela lei, seja determinada por ato do juiz. (...) A distribuição dos ônus probatórios rigorosamente não se altera em face da valoração da prova”*¹³¹.

As técnicas podem ser confundidas, na verdade, quando se depara com a dificuldade de produção de provas, tendo em vista que tanto a simples redução do *standard* de prova como a dinamização do ônus probatório utilizam-se desse pressuposto como fundamento. A redução do *standard* de prova faz com que se aceite uma prova mais rarefeita para a solução do caso concreto, a fim de se permitir a suficiência de prova por presunção simples, nos casos em que a prova seja muito difícil ou mesmo impossível de ser produzida por ambas as partes. A dinamização, por sua vez, altera a distribuição do encargo probatório naqueles

¹²⁹ KNIJNIK, *A prova...*, p. 17-18 e 37.

¹³⁰ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 99-104.

¹³¹ *Ibidem*, p. 100.

casos em que há desigualdade entre as partes, ou seja, a parte onerada não possui condições de produzir a prova, mas a parte não onerada é capaz de produzi-la com maior facilidade. Como se percebe, em ambos os casos existe dificuldade de produção da prova; entretanto, no primeiro caso, a prova é difícil de ser produzida tanto pelo autor como para o réu e, no segundo caso, uma das partes possui dificuldade de produção da prova, mas a outra a parte não.

Sendo assim, a dinamização dos ônus probatórios e a redução do modelo de constatação são fenômenos distintos. Ambos *“constituem técnicas processuais destinadas a proporcionar o amplo acesso ao processo justo, constituindo corolários inafastáveis do direito fundamental à prova, muito embora suas naturezas, bem como suas funções dogmáticas, sejam (...) manifestamente distintas”*¹³².

2.7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE DINAMIZAÇÃO SEM PREVISÃO LEGAL

Conforme afirmando até aqui, o formalismo-valorativo, base do processo contemporâneo brasileiro, pressupõe um diálogo entre as normas processuais, previstas na legislação infraconstitucional, com as disposições constitucionais. Com efeito, o processo vigente à luz do Estado Constitucional precisa estar conformado com as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, o que, caso não seja feito pelo legislador, deverá ser realizado pelo juiz, à luz do caso concreto.

Superou-se, na atualidade, portanto, o paradigma da legislação, de que para qualquer alteração do esquema legal de distribuição dos ônus probatórios seja necessária uma lei. Segundo Jorge W. Peyrano, a linha de pensamento que via como obrigatória a existência de lei para aplicação de uma nova técnica, é absolutamente descartável desde meados do século passado. Tal pensamento somente acarretou um *“pernicioso inmovilismo del horizonte jurídico”*, não havendo razão para que a técnica da dinamização não seja adotada mesmo ante a ausência de previsão legal.¹³³

De fato, a inadequação da legislação não pode representar um prejuízo ao alcance da adequada e efetiva tutela jurisdicional, sob pena de serem infringidas as

¹³² CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 103.

¹³³ PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: PEYRANO, *Cargas probatorias...*, p. 88.

garantias constitucionais tão sagradas para o direito contemporâneo. Não se pode permitir que, diante da omissão do legislador, seja a ação judiciária inutilizada pela impossibilidade de produção de prova, violando-se flagrantemente o direito de acesso à justiça processual.

Nesses termos, afirma Marinoni que, “*como o direito fundamental de ação incide especialmente sobre a jurisdição, é óbvio que a omissão de lei não justifica a omissão do juiz*”. O direito fundamental de ação, assim, obriga o juiz a “*a suprir a omissão legislativa para que possa exercer a sua função de maneira adequada*”¹³⁴. Em igual sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que devem ser conferidos maiores poderes instrutórios ao juiz, quebrando-se o monopólio das partes na instrução da causa, como se pode ver da seguinte lição do autor:

O direito processual moderno, contudo, vem constantemente evoluindo no sentido do abrandamento da última restrição, de modo que libere o juiz dessas cadeias formalísticas, atribuindo-lhe poderes intensificados para a investigação probatória, facultando-lhe de conseguinte melhor conhecimento dos fatos, ponto importante na formação de sua convicção.¹³⁵

Diante deste contexto e tendo em vista que a distribuição estática do ônus da prova prevista no artigo 333 do CPC, como visto, pode acabar, muitas vezes, por dificultar ou mesmo obstaculizar o acesso à justiça processual, mostra-se plenamente possível a aplicação da técnica sem norma legal que a preveja, já que a flexibilização da disposição legal do artigo 333 do CPC irá se fundamentar no dever do magistrado de conformação da lei com a Constituição Federal.

A aplicação da técnica da dinamização, nesses termos, funciona como instrumento à efetiva tutela do direito material, suprimindo a ausência de norma que, diante da impossibilidade de produção de prova, inviabilize a efetividade do acesso à justiça. O que faz o juiz ao determinar a dinamização, portanto, é interpretar as normas legais à luz dos direitos fundamentais e, suprimindo a omissão legislativa diante dos casos de existência de uma *probatio diabolica* a limitar as garantias de acesso à justiça, à igualdade substancial e o direito fundamental à prova, redistribui os ônus probatórios de forma que sejam efetivadas tais garantias constitucionais.

No mesmo sentido, Danilo Knijnik entende que é legítima a aplicação da teoria no direito brasileiro, tendo em vista que há muito tempo se reconhece ao juiz

¹³⁴ MARINONI, *A teoria...*, p. 212.

¹³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 179.

iniciativa probatória para garantir a igualdade substancial entre os litigantes ¹³⁶. Afirma que a dinamização deve ser operada sempre que a previsão estática do artigo 333 do CPC se revele desconforme à Constituição Federal, “*acarretando a inutilidade judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário*” ¹³⁷.

Mostra-se, destarte, desnecessária a existência de norma legal prevendo a técnica da dinamização para a sua aplicação no caso concreto. A dinamização encontra fundamento no dever de conformação do artigo 333 do CPC à Constituição Federal a fim de que sejam efetivados os direitos fundamentais de acesso à justiça processual, de igualdade substancial entre as partes e direito à prova.

Caso o Projeto do Novo Código de Processo Civil venha a ser aprovado, entretanto, tal discussão se mostrará inócua, uma vez que o projeto prevê expressamente a possibilidade de dinamização pelo juiz, consoante as peculiaridades do caso concreto. Muito embora se mostre desnecessária a existência de disposição legal para operacionalizar a técnica, sua inserção na legislação seria oportuna, pois agregaria maior segurança aos jurisdicionados. Cabe analisar, assim, as disposições do Projeto do Código de Processo Civil referentes à matéria. É o que se fará no próximo capítulo.

¹³⁶ KNIJNIK, *A prova...*, p. 180.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 187.

3 A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO CPC

3.1 O FORMALISMO-VALORATIVO NO PROJETO DO CPC: CONTRADITÓRIO FORTE, DEVER DE COLABORAÇÃO, DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE E DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

O formalismo-valorativo apresenta-se como o marco teórico do processo civil no Estado Constitucional. Propõe uma *“releitura do próprio processo – da sua estrutura interna, organização, conformação e funcionamento – à luz de uma visão axiológica e do seu inegável caráter de fenômeno cultural”*¹³⁸. Com efeito, não há como negar a íntima relação entre processo e cultura, tendo em vista que o direito deve acompanhar a evolução da sociedade, dos seus pensamentos e valores. Da mesma forma o processo civil, que não pode estar alheio à cultura de seu tempo, caso contrário restará desprestigiada e desacreditada a atividade jurisdicional. A conformação e o estudo do processo civil devem, portanto, estar baseados em vínculos constitucionais e em fatores ideológicos da sociedade.

Nesses termos, afirma Daniel Mitidiero que, embora o processo civil contenha uma estruturação técnica, não há como afastar o *“caráter cultural do próprio formalismo do processo, viés que acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual”*¹³⁹. Aduz o jurista que *“o direito processual civil não escapa à sorte do direito geral: compete à autonomia do humano, sendo fruto dessa percepção de mundo”*¹⁴⁰. Sustenta, ademais, que o processo civil, no âmbito do Estado Constitucional, incorporou o *“modo de pensar constitucional”*, passando a ser *“encarado na perspectiva dos direitos fundamentais”*¹⁴¹.

Com efeito, o formalismo-valorativo evoluiu do instrumentalismo, para o qual o processo servia como simples instrumento de realização do direito material, predominando o positivismo, sem grande destaque para o direito constitucional. Foi com o instrumentalismo que se passou a conferir evidência ao papel ativo do juiz e ao valor da efetividade, mas é apenas com o formalismo-valorativo que o direito constitucional vai se tornar proeminente, ganhando os direitos fundamentais, e não

¹³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 2.

¹³⁹ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 24-25.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 42.

somente as garantias constitucionais, o papel de normas principais do processo civil contemporâneo. Propõe o formalismo-valorativo, nesse contexto, a realização efetiva e eficiente da prestação jurisdicional, de forma que sejam realizados os direitos fundamentais.¹⁴²

No mesmo sentido, para Artur Carpes, “a interpretação das regras do Código de Processo Civil não pode escapar às diretrizes apontadas pela Constituição, dada à sua força normativa, à sua condição de norma suprema que condiciona a validade de todo o sistema jurídico”¹⁴³. Não é válido ao juiz, portanto, “conformar-se com eventuais soluções injustas ditadas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei”¹⁴⁴.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor”. O fim último do processo se torna a “concretização da justiça material” e não mais apenas a realização do direito material. Ao juiz não basta mais que cumpra papel ativo, ele “deve ser cooperativo”¹⁴⁵.

Adquirem força, no formalismo-valorativo, as novas tendências de informalização do instrumento processual. Entretanto, não devem ser prestigiados nem o informalismo excessivo, que permite ou facilita o exercício ilimitado da autoridade pelo órgão jurisdicional, nem o formalismo exacerbado, que, embora sirva como contenção ao poder arbitrário, pode também não cooperar para a realização da justiça¹⁴⁶.

A atual fase do processo contemporâneo passa, assim, pela “*progressiva humanização do processo*”; pela “*aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes*”; pela “*derrocada do formalismo excessivo, aumentando os poderes do juiz, sem esquecer os das partes, em busca de permanente diálogo e colaboração*”; pela “*eliminação do primado da forma*” e “*maior atenção aos fins sociais e políticos do processo*”¹⁴⁷.

É nesse contexto, portanto, que se pode falar, como se vem argumentando, em conformação do processo à Constituição Federal e nesse contexto que se deve inserir o Projeto do novo Código de Processo Civil. De fato, “o direito processual é o

¹⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 3.

¹⁴³ CARPES, A distribuição..., p. 11.

¹⁴⁴ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 40.

¹⁴⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

direito constitucional aplicado”, constituindo *“ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”*¹⁴⁸.

O processo contemporâneo deve buscar a realização da justiça material e a paz social, com efetividade e segurança. Com efeito, a efetividade e a segurança constituem valores essenciais, orientando o juiz na aplicação das regras e princípios. Encontram-se *“em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa”*, cabendo ao órgão judicial, no caso concreto, ponderar qual dos valores deverá prevalecer¹⁴⁹.

A segurança jurídica garante o cidadão contra o arbítrio estatal e pressupõe a proteção da confiança do jurisdicionado no órgão jurisdicional, ou seja, implica na resolução do conflito de maneira previsível, *“sem causar estranheza no meio social”*¹⁵⁰ onde atua o Poder Judiciário. Esta ligada à própria noção de Estado Democrático de Direito e foi erigida como princípio fundamental pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, *caput*). Constitui garantia de que as normas jurídicas restritivas de direito não sejam aplicadas retroativamente, assegura a inalterabilidade do caso julgado e a estabilidade dos casos decididos.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, hoje a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, deve estar a serviço do objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos fundamentais. Não se busca mais a absoluta segurança jurídica, *“sino la seguridad jurídica afectada de un coeficiente, de una garantía de realidad”*¹⁵¹. E segue o jurista afirmando que:

En suma, la seguridad ya no es vista con los ojos del Estado liberal, en que tendía a prevalecer como valor, porque no sirve más a los fines sociales a que se destina el Estado. Dentro de estas coordenadas, el juez debe estar atento a las peculiaridades del caso, pues atendiendo incluso el formalismo establecido por el sistema, de cara a las circunstancias de la especie, el proceso puede presentarse injusto o llevar a un resultado también injusto.¹⁵²

A efetividade, por sua vez, demanda a criação de *“novos meios jurisdicionais, mais eficientes, eficazes e congruentes com o resguardo da pretensão processual*

¹⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 75.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 77.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 79.

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *El derecho...*, p. 195.

¹⁵² *Ibidem*, p. 195-196.

exercida”¹⁵³. Segundo Carlos Alberto, o princípio está consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, tendo em vista que *“não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos”*¹⁵⁴.

Pressupõe a razoável duração do processo e a celeridade do procedimento, mas não de forma a acarretar a perda de qualidade, a constituir igualmente denegação de justiça. A efetividade implica, assim, no direito da parte de obter do juiz a possibilidade séria e real de uma decisão de mérito, afastando-se, sempre que possível, dos obstáculos formais que a impeçam. Para que possa ser alcançada, é preciso estabelecer meios e procedimentos adequados, em conformidade com técnicas mais predispostas à realização dos direitos.¹⁵⁵

Em igual sentido, Jorge W. Peyrano afirma que a nova corrente do pensamento atual é o *postmodernismo*, aplicável a todo o direito, inclusive ao processo civil, tendo o pragmatismo como valor supremo e a eficácia como última *ratio*. É típica a preocupação com a *performatividade*, ou seja, o grande interesse pela eficácia.¹⁵⁶

Candido Rangel Dinamarco, por sua vez, ao defender a instrumentalidade do processo, já sustentava que *“a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade”* dirigia-se *“com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda sua plenitude todos os seus escopos institucionais”*¹⁵⁷.

Nesses termos, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo-valorativo constitui elemento fundador da efetividade e da segurança jurídica:

Cumprе salientar, outrossim, que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança deriva do seu poder disciplinador. Sucede,

¹⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo..., p. 86-87.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, *El derecho...*, p. 193.

¹⁵⁶ PEYRANO, Jorge W. *El derecho procesal postmoderno*. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, jan/mar 1996. p. 142.

¹⁵⁷ DINAMARCO, A instrumentalidade..., p. 270.

apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.¹⁵⁸

Sendo assim, não se deve buscar com o processo civil nem a segurança jurídica excessiva nem a realização extremada da efetividade. A segurança jurídica, quando buscada sua realização acima de qualquer outro princípio, acaba por *“inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado, de caráter essencialmente principal com avantajada carga de indeterminação”*¹⁵⁹. Já a efetividade, se não refreada por outros princípios como o da segurança jurídica, por exemplo, pode acabar por representar puro arbítrio do Poder Judiciário e, via de consequência, restrição aos direitos fundamentais dos litigantes. Existe, portanto, a *“necessidade de se concretizar de forma equilibrada tais valores”*¹⁶⁰.

O modelo de processo civil conforme as exigências do Estado Constitucional pressupõe, ademais, um processo cooperativo, *“pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo”*¹⁶¹. A colaboração implica *“a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio)”*¹⁶². Consoante já afirmado no primeiro capítulo do presente trabalho, no processo contemporâneo, as partes assumem o papel de colaboradoras do Poder Judiciário na descoberta da verdade e no alcance de resultados justos. O processo civil, no formalismo-valorativo, é produto da atividade cooperativa das partes e juiz.

Segundo o princípio da colaboração, as partes têm o dever de se conduzir no processo com lealdade, probidade e boa-fé, colaborando com o órgão judicial para a busca da verdade dos fatos. Quanto ao juiz, ele tem o dever de estabelecer um diálogo entre as partes e zelar pelo seu equilíbrio, bem como de esclarecer eventuais dúvidas existentes entre elas e consultá-las quanto às questões que serão decididas, assegurando o contraditório. O juiz deve prevenir as partes das deficiências, conferindo-lhes a possibilidade de seu suprimento. O Projeto do novo Código de Processo Civil, em seu artigo 268, manterá, na íntegra, a previsão do

¹⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 77.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 83.

¹⁶⁰ RIZZO MARAL, Guilherme. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de Jonh Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

¹⁶¹ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 17.

¹⁶² *Ibidem*, p. 102.

atual Código (artigo 339), segundo a qual *“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”*.

Nesse contexto, *“o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo”* ¹⁶³. De fato, não é possível falar em processo justo sem que seja efetivada a garantia do contraditório. O contraditório constitui elemento essencial ao fenômeno processual, na medida em que permite o diálogo entre partes e juiz, que as partes influenciem na formação do convencimento do julgador e lhe demonstrem suas razões, de forma a se chegar o mais perto possível da verdade dos fatos e da efetiva justiça.

Entretanto, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não basta que a garantia do contraditório se fixe nas partes; ela deve alcançar também a figura do juiz. O magistrado precisa ter papel ativo no processo, cabendo-lhe o poder de direção formal do processo e relegando-se às partes a condição de colaboradoras do Poder Judiciário. A parte não pode ser considerada simples objeto do pronunciamento judicial, deve ser garantido o seu *“direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, defendendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão”* ¹⁶⁴. E continua o jurista, afirmando:

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.

Tal concepção, convém sublimar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual. ¹⁶⁵

A participação das partes, ademais, deverá ocorrer da forma mais paritária possível, com equitativa distribuição dos poderes, faculdade e ônus. O contraditório implica, na verdade, em *“recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer*

¹⁶³ MITIDIÉRO, *Colaboração...*, p. 102.

¹⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *O juiz...*, p. 180.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 181.

o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça”¹⁶⁶. O contraditório mostra-se, dessa forma, também como um poderoso fator de contenção do arbítrio judicial.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, caso seja aprovado, deverá, portanto, pautar-se pela realização dos direitos fundamentais, garantindo a efetividade do processo e a realização da justiça material. Não basta a elaboração de um novo código se ele não se adaptar à evolução da sociedade contemporânea, aos seus valores e à sua cultura. Nesse sentido é a orientação de José Miguel Garcia Medina, membro da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado para a elaboração do anteprojeto do CPC, ao escrever artigo sobre “*O espírito democrático do anteprojeto do CPC*”:

Se, de fato, vivemos em um Estado Democrático de Direito, penso ser indispensável que o anteprojeto reflita este valor, em todos os sentidos. Deverão constar do anteprojeto, evidentemente, dispositivos que concretizem os princípios e garantias constitucionais.¹⁶⁷

Não foi outra a orientação da Comissão de Juristas formada para a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. Com efeito, a exposição de motivos do Projeto ressalva a intenção de adequar o código brasileiro às normas constitucionais, garantindo-se a sua conformação com a Constituição Federal. Sustenta a Comissão a necessidade de se proporcionar maior efetividade ao processo contemporâneo, como forma de consolidar a crença da sociedade do Poder Judiciário e harmonizar o processo Civil com as garantias de um Estado Democrático de Direito:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

[...] Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos o sistema pelas reformas ocorridas nos anos

¹⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 132.

¹⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O espírito democrático do anteprojeto do CPC*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/detalha_artigos.asp?data=12/03/2010&codigo=2077. Acesso em 02/11/2010.

de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.

[...] A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.¹⁶⁸

Relata a exposição de motivos que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente em cinco objetivos, quais sejam, (i) *“estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”*; (ii) *“criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”*; (iii) *“simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”*; (iv) *“dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”*; (v) e, por fim, *“imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”*.

Com a consecução de tais objetivos, pretende a Comissão que o processo civil brasileiro afaste os obstáculos ao acesso à justiça, harmonizando-se a lei ordinária com a Constituição Federal, de forma a tornar o processo mais eficiente e mais efetivo. Ressalta a exposição de motivos, ademais, a imprescindibilidade de se garantir segurança jurídica aos jurisdicionados, para o fim de proteger e preservar as justas expectativas das pessoas, bem como a efetivação do princípio constitucional do contraditório, como se pode ver:

Trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade. A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República* fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com *contraditório* e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz

¹⁶⁸

Exposição de motivos do Projeto do CPC. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 02/11/2010.

estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

[...] Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material.

[...] O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

[...] Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.¹⁶⁹

É nesse contexto que se insere a previsão da técnica da dinamização do ônus da prova pelo Projeto do Novo Código, como instrumento para a constitucionalização do processo civil, preocupando-se com a consecução dos direitos e garantias fundamentais, com a realização efetiva da justiça no caso concreto. De fato, embora seja possível ao magistrado decretar a dinamização mesmo na ausência de previsão legal, conforme já afirmado, a previsão da técnica pelo Código de Processo Civil garantiria maior segurança jurídica aos litigantes, uma vez que seria obrigatória a sua aplicação quando presentes os requisitos descritos na norma legal e haveria maior uniformidade das decisões, já que a escolha pela utilização da técnica não estaria ao livre arbítrio do julgador, mas seria uma regra quando presentes os requisitos da norma.

Ademais, a previsão da técnica como regra a ser aplicada pelo magistrado diante das circunstâncias do caso concreto garantiria maior efetividade da prestação jurisdicional, já que, consoante explanado, a dinamização permite a efetiva realização da prova, colaborando na descoberta da verdade. Torna possível, assim, a realização eficaz dos direitos dos jurisdicionados e da justiça material, impedindo que o processo seja visto como simples concatenado de procedimentos formais. Sua positivação no Código de Processo Civil resultaria, assim, na consagração

¹⁶⁹ Exposição de motivos do Projeto do CPC. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 02/11/2010.

prática do dever de colaboração entre partes e juiz, que, embora já esteja presente no artigo 339 do atual Código, com previsão idêntica no projeto (artigo 268), não possui, ou possui muito poucos, instrumentos práticos para sua efetivação no caso concreto. Frise-se, contudo, que qualquer alteração da distribuição dos encargos probatórios deve estar pautada pelo contraditório, garantia fundamental para que seja alcançado um resultado justo e efetivo.

3.2 O ARTIGO 262 DO PROJETO DO CPC

O Projeto do Novo Código de Processo Civil foi apresentado ao Senado Federal, onde se encontra em tramitação, em forma do Projeto de Lei nº 166, de 2010. O prazo para apresentação de emendas foi encerrado em 27/08/2010, devendo ser apresentado parecer final até 22/12/2010¹⁷⁰.

O artigo 261 do Projeto do Novo Código mantém a distribuição dos encargos probatório, prevista no artigo 333 do atual CPC. Com efeito, determina que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Entretanto, o artigo do projeto faz ressalva aos poderes do juiz, como se pode verificar:

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.¹⁷¹

Tal ressalva se justifica pela previsão no artigo subsequente, artigo 262, da possibilidade de o magistrado distribuir de modo diverso o encargo probatório, *“considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado”*, impondo o ônus da prova *“à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”*, *in litteris*:

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

¹⁷⁰ A tramitação completa do Projeto pode ser visualizada na página do Senado Federal: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249.

¹⁷¹ Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em 02/10/2010.

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.

O dispositivo admite, como se pode ver, a flexibilização do ônus da prova pelo órgão judicial diante das peculiaridades do caso. Será redistribuído o encargo probatório, assim, quando a parte não onerada estiver “*em melhores condições*” de produzir a prova respectiva. A reforma em apreço merece ser saudada, uma vez que, conforme vem se expondo ao longo da presente dissertação, confere ao juiz, de forma expressa, autorização para que adapte o procedimento probatório à Constituição Federal, à luz do caso concreto.

Consoante entende Artur Carpes, “*municiar o juiz de expressos poderes de adaptação do procedimento à realidade da vida sempre será benéfico ao ideal do processo justo, desde que sejam bem atendidos os critérios constitucionais condicionantes*”¹⁷². Segundo o jurista, ao conferir-se tal poder ao magistrado por meio de norma legal, “*abre-se franca possibilidade para o juiz atuar em prol da tutela do direito material, alterando a distribuição do onus probandi a fim de colher a máxima efetividade na cooperação das partes para a formação do juízo de fato*”¹⁷³.

No mesmo sentido, afirma Jorge W. Peyrano ser recomendável a regulação legal da técnica da dinamização. Entretanto, adverte que tal regulação não pode ser taxativa, demasiado casuística e interpretável de maneira inflexível, a fim de que não se dificulte o ajuste entre a decisão e as circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁴

Nesse contexto, cabe referir que melhor seria não ter sido utilizada a expressão *inversão* do ônus da prova pelo § 2º do artigo 262. Com efeito, determina o dispositivo em comento que a “*a inversão do ônus da prova (...) não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção*”. Nesse ponto, merece crítica a previsão do Projeto. Consoante afirmado no capítulo anterior, a inversão não se confunde com a dinamização e não reflete plenamente a capacidade da dinamização de realizar os direitos fundamentais à ordem jurídica justa, à igualdade substancial e à prova.

¹⁷² CARPES, *Ônus Dinâmico*..., p. 113.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 114.

¹⁷⁴ PEYRANO, *Nuevos lineamentos*..., p. 22.

Ademais, a leitura do § 2º deixa dúvida se a redistribuição do encargo probatório seria total, como ocorre com a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor, ou se seria somente em relação aos fatos em que realmente há uma maior facilidade de produção pela parte contrária. Consoante já exposto, a diferença entre as duas técnicas é muito grande, tendo em vista que, na inversão total do encargo probatório não há preocupação com a ocorrência da *probatio diabolica* reversa, enquanto que na redistribuição parcial, somente em relação aos fatos em que possível a dinamização, é vedada a *probatio diabolica* reversa.

Poderia se considerar amenizada tal falha, entretanto, ante a previsão do artigo 263 do Projeto do Novo CPC. Com efeito, o dispositivo determina a impossibilidade de “inversão” nos casos de o ônus da prova recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito ¹⁷⁵. O Projeto estendeu a previsão do parágrafo único do artigo 333 do atual código, portanto, também para o caso de dinamização. Diante de tal determinação, restaria vedada, portanto, a possibilidade de dinamização no caso de a redistribuição resultar em *probatio diabolica* reversa. O legislador vedou, assim, a possibilidade de redistribuição do encargo probatório, seja por convenção das partes, seja por determinação judicial, no caso de afronta ao direito fundamental à prova. Não se pode deixar de perceber, contudo, contradição entre a utilização da expressão *inversão* do ônus da prova e a disposição contida no artigo 263 do Projeto. Melhor seria, dessa forma, tivesse sido utilizada a expressa dinamização.

Frise-se, ademais, que, consoante disposto no artigo 262 do Projeto do Novo CPC, a redistribuição dos encargos probatórios somente poderá se dar por meio de decisão fundamentada e mediante a observação do princípio do contraditório. Ainda, conforme o § 1º do dispositivo, o juiz deverá conceder oportunidade à parte onerada com a redistribuição para que cumpra com o novo encargo imposto. Verifica-se, portanto, uma valorização da função subjetiva do ônus da prova.

A redistribuição prevista no Projeto do Código de Processo Civil, destarte, deverá ocorrer em momento posterior à instauração da lide, por meio de decisão judicial fundamentada, após a análise das peculiaridades do caso e da verificação

¹⁷⁵ “**Art. 263.** É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

da possibilidade de dinamização pelo magistrado. Pecou o legislador, apenas, na utilização da expressão *inversão*. De resto, a positivação da técnica somente trará maior segurança aos jurisdicionados, que terão conhecimento prévio da possibilidade de dinamização e a garantia de sua aplicação sempre que presentes os requisitos.

A previsão do artigo 262 do Projeto do Novo CPC pode representar, nesse sentido, mitigação da ideologia liberal que sempre pautou o processo civil brasileiro para aproximá-lo cada vez mais da realidade contemporânea. Está se perdendo o individualismo e a percepção do processo como “coisa das partes” para cada vez mais se conferir participação ativa ao magistrado e responsabilidade aos litigantes na busca da verdade. O formalismo-valorativo, portanto, está, aos poucos, substituindo a ideologia liberal do processo civil brasileiro.

3.3. MOMENTO PROCESSUAL PARA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO CPC (ARTIGO 262, §1º)

Afirmou-se, no capítulo anterior, que o momento adequado para a aplicação da técnica da dinamização seria o início da instrução, tendo em vista a necessidade de ser conferida à parte que passará a ser onerada a possibilidade de se desincumbir do novo ônus. Nesses termos, dispõe o artigo 262, § 1º, do Projeto do CPC, caber ao juiz, sempre que distribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto legalmente, conferir à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído, como se pode ver:

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.

Tal disposição confirma a preocupação do novo Código de Processo Civil em oportunizar o contraditório e o diálogo entre as partes. Com efeito, o próprio *caput* do dispositivo, determina que deverá ser “*observado o contraditório*” pelo magistrado quando da redistribuição do encargo. A dinamização do ônus da prova sem que seja

oportunizada a produção da prova referente ao novo encargo configuraria evidente ofensa aos princípios do contraditório e da segurança jurídica. Sendo assim, o magistrado, entendendo por bem dinamizar o ônus, deverá intimar as partes, previamente, fundamentar sua decisão e, após proferir a decisão, conferir a oportunidade de produção de prova pela parte onerada.

Sendo assim, mesmo no contexto da disposição do artigo 262 do Projeto do Novo CPC, o momento adequado para que seja realizada a redistribuição pelo magistrado é no início da instrução, quando o litigante onerado poderá se desincumbir do novo encargo imposto. Nada impede, entretanto, que caso verificada a necessidade de dinamização somente após iniciada ou mesmo encerrada a instrução, redistribua o magistrado o ônus da prova nesse momento. Deverá, entretanto, ser conferida, da mesma forma, oportunidade ao litigante onerado de produzir a prova respectiva.

3.4. COMO EVITAR A ARBITRARIEDADE DO JULGADOR AO APLICAR O DISPOSITIVO

Cabe, por fim, verificar de que maneira deverá se dar a dinamização dos encargos probatórios pelo magistrado, ao aplicar o dispositivo 262 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, de forma que a disposição não resulte em simples arbitrariedade do julgador. Com efeito, entende Artur Carpes ser necessário *“dotar o juiz de critérios seguros para operar a dinamização. Caso contrário, a tendência é que o incremento de poderes do órgão judicial se aproxime da arbitrariedade”*¹⁷⁶.

Consoante já afirmado e positivado no artigo 262 do Projeto, a redistribuição do encargo probatório deverá ser feita necessariamente por decisão fundamentada. Com efeito, *“é indispensável demonstre o juiz as razões de seu convencimento, em decisão clara, fundamentada e com base na análise dos elementos disponíveis nos autos”*¹⁷⁷. O dever de fundamentação das decisões é, inclusive, imposto pela Constituição Federal, artigo 93, inciso IX.

Caberá ao magistrado, ao decidir pela dinamização do ônus da prova, evidenciar a dificuldade da parte inicialmente onerada em produzir a prova respectiva e, em contrapartida, a maior facilidade da parte não onerada, a qual

¹⁷⁶ CARPES, *Ônus Dinâmico...*, p. 123.

¹⁷⁷ AZÁRIO, *Dinamização...*, p. 180.

deverá possuir melhores condições técnicas, econômicas, culturais ou ainda jurídicas, devendo ser assinalada tal posição de privilégio na decisão exarada. Ou seja, a decisão pela redistribuição necessariamente deverá demonstrar a desigualdade substancial existente entre as partes. Caso ambos os litigantes possuam igual dificuldade em produção da prova, a dinamização não poderá ser decretada, tendo em vista a proibição de criação de um novo encargo diabólico para a parte que não era onerada inicialmente.

Nesses termos, entende Artur Carpes que a motivação da decisão que determina a dinamização deverá estar baseada nos princípios da igualdade, vedação da *probatio diabolica* e no direito fundamental à prova. Somente o confronto entre tais princípios com a regra geral e estática de distribuição do ônus da prova é que poderá ser afastada a aplicação da regra geral e determinada a redistribuição, em atenção ao postulado da razoabilidade:

Vale dizer: a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sobre qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em face das suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. [...]

Assim que, se o art. 333 do CPC é instituído para assegurar a igualdade das partes, fica fácil compreender as razões para sua não aplicação, pelo menos sem qualquer adaptação, naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a *razão motivadora da regra* – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada.

Por outro lado, haverá situações em que a regra prevista no art. 333 do CPC estará em flagrante confronto com o direito fundamental à prova. Tal direito fundamental, em sua dimensão objetiva, funda princípios que orientam a máxima amplitude dos esforços probatórios, bem como proibição da *probatio diabolica*. O caso concreto poderá apontar para o confronto entre tais princípios e a regra de repartição dos ônus probatórios prevista no *caput* e incisos do art. 333 da lei processual. Se tais princípios estão, no caso concreto, a instituir *razões contrárias* à aplicação da regra, como de fato demonstrou-se ocorrer em diversos casos, esta não merece ser aplicada.¹⁷⁸

Ademais, mostra-se imperioso sejam as partes cientificadas da redistribuição do ônus da prova e tenham a oportunidade de se manifestar. Com efeito, o contraditório é um imperioso fator para conter o arbítrio judicial. Não é por menos que o artigo 262 do Projeto do Novo CPC prevê expressamente a necessidade de

¹⁷⁸ CARPES, *Ônus Dinâmico*..., p. 126.

oportunizá-lo quando decretada a dinamização. Conforme já se afirmou, o contraditório é elemento essencial ao processo civil, principalmente ante a natureza dialética do processo contemporâneo. Ele impede que a vontade do julgador seja soberana e se sobreponha aos direitos dos litigantes.

Importante frisar, por fim, que, caso venha a ser aprovado o Projeto do Novo CPC, a própria previsão legal da técnica da dinamização já se mostrará como um poderoso instrumento contra o arbítrio do julgador, tendo em vista que a atuação do magistrado não poderá ultrapassar os limites pré-determinados pela lei. Sendo assim, o advento da nova disposição sobre a distribuição do ônus da prova, ressalvadas as críticas feitas em relação à utilização da expressão *inversão*, será extremamente benéfica para o processo civil brasileiro, garantindo mais segurança aos jurisdicionados, ante a previsibilidade da aplicação da técnica, e proporcionará maior adequação do Código Brasileiro aos ditames da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar em que caminho se direciona o processo civil na contemporaneidade e fundamentar, assim, a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no direito brasileiro. Com efeito, evidenciou-se que o processo civil está deixando de ter cunho liberal, de processo como “coisa das partes”, no qual o juiz é inerte, e passando a ser pautado pelo formalismo-valorativo. O processo contemporâneo perde a natureza individualista do Estado Liberal para assumir, no Estado Constitucional, natureza pública, como instrumento de pacificação social. Impõe-se, dessa forma, a participação ativa do juiz, por meio do diálogo entre os participantes do processo, possibilitado através da garantia do contraditório e do dever de colaboração entre litigantes e magistrado.

A compreensão do direito no Estado Constitucional não se dá mais em torno da lei, mas principalmente em função dos princípios constitucionais e das garantias fundamentais. Diante desse contexto, o processo não pode mais ser visto como um conjunto de procedimentos concatenados para a realização do direito material, mas como efetivo instrumento de realização da justiça, mediante a conformação de suas normas com a Constituição Federal.

A teoria da dinamização, nesses termos, insere-se no processo contemporâneo como técnica destinada a conformar as regras de distribuição do encargo probatório ao direito constitucional, de modo a garantir o adequado e efetivo acesso à justiça processual, bem como a igualdade substancial entre as partes e o direito à prova. A dinamização fundamenta-se justamente no dever de colaboração das partes para com o Poder Judiciário na descoberta da verdade dos fatos, provocando a otimização dos esforços de busca pelo material probatório. Garante, assim, que a prova seja efetivamente produzida e que as partes, inicialmente desiguais ante a dificuldade de produção da prova por uma delas e a facilidade técnica, econômica ou cultural da outra, sejam igualadas substancialmente. A dinamização dos encargos probatórios impede, nesse sentido, a inutilização da ação judiciária ante a impossibilidade de produção de prova, otimizando o acesso à justiça processual.

Sua aplicação no direito brasileiro, portanto, não encontra nenhum óbice. A técnica poderá ser adotada mesmo ante a inexistência de previsão legal que a

autorize, pois se fundamenta no dever do magistrado de conformar as normas processuais à Constituição Federal. Sendo assim, uma vez restringidos os direitos à prova, ante a existência de uma *probatio diabolica*, à igualdade substancial, ante o desequilíbrio entre as partes no que se refere a condições de produção de prova, e, conseqüentemente, o direito fundamental de acesso à justiça processual, deverá haver a conformação do artigo 333 do Código de Processo Civil às normas e aos princípios constitucionais, redistribuindo-se o encargo probatório.

Não se pode esquecer, entretanto, que a dinamização não deve ocorrer quando a redistribuição do ônus da prova acarretar uma *probatio diabolica* reversa, ou seja, quando for igualmente difícil ou impossível para a parte inicialmente não onerada produzir a prova respectiva. Ademais, frisou-se a necessidade de se conferir oportunidade à parte onerada com a redistribuição de se desincumbir do novo ônus imposto, sob pena de violação dos direitos fundamentais ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica. Por fim, demonstrou-se a diferença existente entre as técnicas da dinamização e da inversão do ônus da prova. Enquanto a dinamização flexibiliza a distribuição dos encargos probatórios apenas em relação aos fatos em que existe desigualdade de condições entre as partes, a inversão opera uma redistribuição total da matéria fática presente nos autos.

Nesses termos, ressaltou-se que, embora não se mostre necessária a positivação da disciplina do ônus dinâmico da prova para que possa ocorrer sua aplicação no direito brasileiro, seria extremamente pertinente a previsão legal da dinamização, de modo a se garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Frisou-se, ademais, que a existência de dispositivo legal prevendo a dinamização conteria o arbítrio judicial, tendo em vista que a atuação do magistrado não poderia ultrapassar os limites pré-determinados em lei.

É o que ocorrerá caso aprovado o Projeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Senado Federal. Com efeito, o artigo 262 do Projeto prevê a possibilidade de redistribuição do ônus da prova pelo juiz, mediante as peculiaridades do caso concreto. Embora não esteja livre de críticas, pois, como se afirmou, o melhor seria que o dispositivo tivesse utilizado a expressão dinamização em vez de inversão, merece ser saudada a reforma processual. Com o advento do Novo Código, o juiz será munido de poderes expressos para a adaptação do processo à realidade e à Constituição Federal. Ao mesmo tempo, o Novo Código

limita o poder arbitrário do julgador, ao impor a necessidade de a redistribuição se dar por decisão judicial fundamentada, garantindo-se o contraditório. Acertou o Projeto, ademais, ao determinar que seja conferida a oportunidade para desempenho adequado do ônus à parte onerada com a redistribuição e impedir a dinamização no caso de a prova recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil à parte o exercício do seu direito.

O Novo Código de Processo Civil, portanto, ao menos no que se refere à distribuição do ônus da prova, refletirá a evolução do direito contemporâneo, no sentido de constitucionalizar o processo, tornando-o mais efetivo, mediante a inserção, na prática processual brasileira, de mecanismos como a dinamização, capazes de concretizar princípios e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALBERTO CARBONE, Carlos. Cargas probatorias dinámicas: una Mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, n. 01, p. 185-201, jul 2009.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 01, p. 178-184, nov 1993.

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo, São Paulo, n. 76, p. 141-145, out/dez 1994.

AUGENTI, Giacomo P. Apêndice à obra *La Prueba Civil*. In: CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; LIMA MARQUES, Cláudia; ROSCOE BESSA, Leonardo. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720.930/RS, 4ª Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20/10/2009, in Diário de Justiça Eletrônico de 09/11/2009.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1095663/RJ, 4ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 04/08/2009, in Diário de Justiça Eletrônico de 17/08/2009.

_____. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo n. 977.795/PR, 3ª Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 23/09/2008, in Diário de Justiça Eletrônico de 13/10/2008.

CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMEJO FILHO, Walter. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. *In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Prova Cível*. Rio de Janeiro: 2005.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 104, p. 09-18, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Jandyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 280, p. 5-20, 2001.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoria general de la prueba judicial. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1970, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

_____. A instrumentalidade do processo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

EXPOSIÇÃO de motivos do Projeto do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 02/11/2010.

GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, p. 36, jan/mar 1995.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *In: Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951.

LIRA, GERSON. Direito à valoração das provas. *In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Prova Cível*. Rio de Janeiro: 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Da iniciativa probatória do juiz no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. O espírito democrático do anteprojeto do CPC. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/detalha_artigos.asp?data=12/03/2010&codigo=2077. Acesso em 02/11/2010.

MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Tradução de Santiago Sentis Meleno. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOURA DE AZEVEDO, Antonio Danilo. A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, n. 14, p. 15-30, maio 2008.

PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 141-145, jan/mar 1996.

_____. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

_____. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Marcos L. La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PROJETO do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 02/10/2010.

RIBEIRO DO VALE, Juliana Leite. A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2007.

RIZZO MARAL, Guilherme. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de

Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). Prova judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Traduzido por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (org.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.