

MARIANA ARAVECHIA PALMITESTA

Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

MARIANA ARAVECHIA PALMITESTA

Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PALMITESTA, Mariana Aravechia.

Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova; orientador Rodolfo de Camargo Mancuso. – São Paulo, 2015.

118 p.

Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual: Direito Processual Civil.

CDD

Nome: PALMITESTA, Mariana Aravechia.

Título: Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A todos aqueles privados de um provimento jurídico justo por uma repartição injusta dos encargos processuais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a meu orientador, professor Rodolfo de Camargo Mancuso, pelo acolhimento e pela confiança em mim depositada, também pela orientação, pelo apoio nos momentos difíceis e pelas duras nos momentos de fraqueza. Certamente não poderia ter havido escolha melhor para me apoiar neste caminho.

Aos professores de direito processual civil da Faculdade de Direito, por me iniciarem neste assunto e despertarem minha paixão pela matéria e a todos os colegas de trabalho dispostos às calorosas discussões processualistas nos meus momentos de irresignação.

A Antonio Carlos Guidoni Filho, não só pela compreensão com as limitações ao trabalho que esta jornada me impôs, mas também por, apesar de tudo isso, sempre me apoiar e incentivar a perseguir e a continuar neste Mestrado.

À querida amiga Marcela Purini Belém, por toda a paciência e apoio nos momentos em que me vi perto de perder o controle, e por sempre me lembrar a importância de um belo latte. Agradeço, também, à grande amiga Regina Stela, que sempre esteve disposta a me acalmar e ajudar nos momentos de dúvidas com este trabalho.

Às demais amigas, não só pelo incentivo que sempre me deram, mas também pela compreensão com minha ausência nos últimos meses. Apesar de distante, meu coração sempre esteve com vocês.

Por último, gostaria de agradecer imensamente à minha família, em especial a meus pais, por todo o apoio, carinho e compreensão ao longo dessa jornada. Com eles aprendi a priorizar meus estudos e espero que hoje esteja à altura de retribuir um pouco de todo o esforço desempenhado por eles para que eu seguisse este caminho.

RESUMO

PALMITESTA, Mariana Aravechia. *Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. 2015. 118 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Nos últimos anos, a partir do surgimento da ideia de Estado Democrático de Direito, a moderna doutrina processualista passou a entender o processo não só como meio destinado à pacificação social, passando a encará-lo como mecanismo destinado a fazer valer garantias e direitos constitucionais e a alcançar a pacificação justa dos litígios. A partir deste novo contexto, verificou-se a limitação de alguns institutos processuais vigentes, que embora pudessem auxiliar na obtenção do escopo de pacificação, deixavam de resguardar ou de implementar, em alguns momentos, determinadas garantias constitucionais, o que prejudicava o fim último de acesso à ordem jurídica justa. Uma das limitações verificadas a partir da perspectiva publicista de processo corresponde à regra estática de distribuição dos encargos probatórios conforme a natureza dos fatos alegados, uma vez que esta deixava de observar eventual impossibilidade da parte em cumprir com seu encargo. Ante tal limitação, foi desenvolvida uma teoria destinada a reequilibrar a relação processual, assegurando a implementação das garantias constitucionais, quando a regra estática de distribuição dos encargos probatórios não se mostrava suficiente a assegurar o acesso à ordem jurídica justa. Denominada de distribuição dinâmica do ônus da prova (ou teoria das cargas probatórias dinâmicas) a teoria foi pensada a fim de, em tais situações e conforme as peculiaridades do caso concreto, determinar a redistribuição do encargo probatório a fim de que este recaia sobre as partes em melhores condições. Contudo, há grande divergência doutrinária sobre a viabilidade prática da distribuição dinâmica do ônus da prova, sendo apontados diversos problemas que podem decorrer de sua aplicação. O presente trabalho pretende contribuir com a análise do tema, a partir de um estudo sobre as razões que impuseram a criação do instituto, bem como as contribuições que sua implementação traz ao processo civil, encarado sobre a ótica de processo constitucional, e os riscos que podem decorrer de sua aplicação, de forma a verificar se existe viabilidade em sua aplicação e eventuais formas de se afastar os problemas apontados pelos críticos à teoria.

PALAVRAS CHAVE: Processo Civil. Ônus da Prova. Distribuição Dinâmica. Análise Crítica.

ABSTRACT

PALMITESTA, Mariana Aravechia. Critical Analysis on the Dynamic Burden of Proof. 2015. 118 f. Master's thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

Over the past few years, with the raising of the idea of Democratic State of Law, the modern procedural doctrine has started to understand civil lawsuit not only as a mean to achieve social peace, starting to face it as a mechanism with an aim to reinforce constitutional rights and warranties and to achieve the pacification with Justice for disputes. From this new context, it was observed the limitation of certain current procedural institutes, that even though could help to achieve the pacification, wouldn't protect or carry into effect, at some circumstances, certain constitutional warranties, which would interfere with the definitive goal of providing access to a just legal order. One of the limitation verified after the public conception of civil procedure concerned the static rule for the distribution of the burden of proof, therefore the rule wouldn't take into account eventual impossibility of the party to fulfill the assignment. Regarding this limitation, it was developed a theory aiming to rebalance the procedural relation, carrying the constitutional warranties into effect, when the static rule for the distribution of the burden of proof wouldn't reveal to be sufficient to ensure the access to the just legal order. Therefore called the dynamic distribution of the burden of proof (or theory of the dynamic burden of proof) this theory has been developed to, at those said circumstances and according to the peculiarities of each case, determinate the replacement of the burden of proof attributing it to the party which better means to fulfill the assignment. However, there is no theoretical agreement over the practical viability of the dynamic burden of proof, being pointed several problems that could result from its employment. The present research aims to contribute with this analysis, after the study over the reasons that impose the creation of this institute, as well as the contribution its implementation brings to civil procedure, looked from the constitutional procedure point of view, and the risks that could raise from its employment, as a way to verify if there is practical viability on its utilization and eventual forms to prevent the problems pointed by those who criticize the theory

KEYWORDS: Civil Procedure. Burden of Proof. Dynamic Burden of Proof. Critical Analysis.

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO.....	10
II. CAPÍTULO 1 – ÔNUS DA PROVA NA VISÃO TRADICIONAL.....	13
II.1 – Conceito de ônus da prova.....	13
II. 2. – Principais teorias sobre a distribuição do ônus da prova.....	17
II. 2.1 – Teoria de Chiovenda.....	17
II. 2.2. – Teoria de Carnelutti.....	19
II. 2.3. – Teoria de Rosenberg.....	21
II. 2.4. – Teoria de Micheli.....	23
II. 3. – O modelo adotado pelo atual Código de Processo Civil Brasileiro.....	25
II. 4. – Limitações ao modelo atual que incentivaram a flexibilização do ônus.....	28
II. 4. 1. – Ônus da prova e escopo social do processo (pacificação com justiça).....	32
II. 4. 2. – Vulnerabilidade e ônus da prova – necessidade de garantia da participação paritária.....	34
III. CAPÍTULO 2 – DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	39
III. 1. – A teoria de Peyrano.....	39
III. 2. – Flexibilização do ônus e direitos fundamentais.....	41
III. 3. – Flexibilização do ônus no direito brasileiro.....	45
III. 3.1. – Inversão do ônus da prova no direito do consumidor.....	45
III. 3.2. – Flexibilização do ônus na jurisprudência.....	48
III. 4. – A proposta de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil.....	51
IV. CAPÍTULO 3 – PROCEDIMENTO DA DINAMIZAÇÃO.....	56
IV. 1. – Necessidade de decisão judicial fundamentada.....	56
IV. 2. – Momento da dinamização.....	59

V. CAPÍTULO 4 – PONDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	64
V. 1. – A regra constitui efetiva dinamização ou representa novo padrão estático.....	66
V. 2. – Quebra do reflexo entre direito material e distribuição do ônus da prova.....	68
V. 3. – Dinamização e segurança jurídica.....	71
V. 4. – Possibilidade de manipulação da prova.....	75
V. 5. – Impossibilidade de obtenção da verdade real.....	77
V. 6. – Risco de inversão da <i>probatio diabolica</i>	79
V. 7. – Sobre a necessidade de expressa previsão legal.....	82
VI. CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DE POSITIVAÇÃO DA DISCIPLINA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	85
VI. 1. – Sistemática e disposição legal.....	85
VI. 2. – Lacunas legislativas e possíveis problemas interpretativos.....	86
VI. 3. – Inadequação da via recursal prevista – violação ao princípio da celeridade processual.....	88
VI. 4. – Atribuição excessiva de poderes ao julgador.....	90
VII. CAPÍTULO 6 – VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO – PONDERAÇÃO ENTRE VANTAGENS E DESVANTAGENS E MEIOS DE AFASTAR PROBLEMAS E RISCOS APONTADOS.....	94
VI. 1. – Ponderação entre vantagens e riscos.....	95
VI. 2. – Meios para afastar riscos apontados neste trabalho.....	98
VI. 3. – Viabilidade.....	104
VI. 4. – Estudo de caso.....	105
VIII. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	109
IX. BIBLIOGRAFIA.....	112

I. INTRODUÇÃO

A produção do conjunto fático-probatório é assunto de extrema relevância quando se pensa em uma relação processual, pois é através dele que serão levados ao juiz os elementos necessários a apurar a veracidade das alegações formuladas pelas partes permitindo-lhe proferir uma decisão justa e fundamentada.

Embora já exista relevante doutrina e jurisprudência permitindo a busca de provas de ofício, é certo que, prioritariamente, tal dever deve ser exercido pelas partes, principais interessadas na formação da convicção do juiz e, logicamente, na solução do litígio levado a sua apreciação.

Assim, é imprescindível que a atividade probatória desenvolvida pelas partes esteja pautada por determinadas regras destinadas não só a estimulá-las a contribuírem com a formação do conjunto probatório dos autos, mas também para permitir ao juiz a prolação de uma decisão quando este conjunto não se mostrar apto a formar seu convencimento (posto que nosso ordenamento veda o *non-liquet*).

No ordenamento brasileiro, a opção realizada, com base em importante doutrina sobre o tema, foi por distribuir o ônus da prova conforme a natureza dos fatos alegados e o interesse das partes. Assim, cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor¹.

Embora a distribuição estática do ônus da prova, tal como idealizada por brilhante doutrina processualista e adotada em nosso ordenamento, mostre-se satisfatória para a solução de grande parte dos conflitos, permitindo ampla atividade instrutória pelas partes, bem como a formação de um conjunto probatório suficiente para formar a convicção do julgador, é certo que tal mecanismo apresenta diversas limitações, sobretudo por estar vinculado a uma visão liberal, privilegiando somente a igualdade formal entre as partes.

¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Nesse contexto, e tendo em vista a necessidade de que o processo seja dotado de meios que garantam a efetivação dos princípios constitucionais, assegurando dessa forma a consecução de sua finalidade de pacificação com justiça, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu como mecanismo complementar à regra estática.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas foi idealizada para, nas situações em que a distribuição do ônus da prova em conformidade com a regra geral (conforme a natureza dos fatos alegados e o interesse das partes) não se mostrar adequada a garantir a justa composição do litígio, determinar a redistribuição deste encargo de forma a recair sobre a parte em melhores condições de arcar com a produção da prova.

Com efeito, foram verificadas algumas situações nas quais, por razões de diversa natureza, mas, em especial pela hipossuficiência de uma das partes, o sujeito processual que deveria arcar com o ônus de provar determinado fato deixava de fazê-lo não por inércia ou desinteresse, mas pela impossibilidade real de produção da prova. Com isso, este sujeito acabava por ter recaído sobre si uma decisão judicial desfavorável, sem que se observasse suas limitações ou as peculiaridades do caso que implicaram na ausência de provas do seu direito.

Para garantir o acesso à ordem jurídica justa, mediante a implementação das garantias da igualdade e do direito à prova em tais situações, a distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido aplicada pela jurisprudência, atribuindo este encargo à parte em melhores condições e garantindo uma solução mais justa do litígio além de, muitas vezes, contribuir para a formação de um conjunto fático mais robusto.

Contudo, a teoria das cargas probatórias dinâmicas não constitui unanimidade na doutrina, sendo alvo de severas críticas por diversos autores, que apontam uma série de problemas práticos que podem decorrer da aplicação do instituto.

No presente trabalho, serão analisadas as limitações referentes à regra estática de distribuição do ônus probatório, considerando-se, sobretudo, o conceito de processo civil constitucional e a necessidade de criação de mecanismos processuais que viabilizem a efetivação de princípios e garantias constitucionais.

Em seguida, será realizado um estudo sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, idealizada como mecanismo complementar à regra geral, buscando estabelecer a

igualdade material entre as partes, o acesso à justiça e o direito à prova nas ocasiões excepcionais em que a distribuição estática não se mostra suficiente para garantir tais direitos fundamentais.

Em seguida, serão apontadas as principais críticas e limitações do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, a fim de fundamentar um estudo sobre a efetiva viabilidade de aplicação da regra, em especial verificando se os benefícios trazidos a partir de sua utilização são suficientes para justificar os riscos e desvantagens dela decorrentes. Será estudada, ainda, a possibilidade de se contornar alguns dos riscos verificados, garantindo, dessa forma, maior viabilidade na utilização da dinamização do ônus da prova.

Por fim, a partir de um estudo de caso em que houve a efetiva aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, será feita uma análise a fim de se verificar se o instituto efetivamente serviu para assegurar as garantias constitucionais que pretendia, o que ajudará a corroborar se o mecanismo deve ou não ser incorporado a nosso ordenamento jurídico.

II. CAPÍTULO 1 – ÔNUS DA PROVA NA VISÃO TRADICIONAL

II. 1. – Conceito de ônus da prova

Através da relação jurídica processual, busca-se, sobretudo, a solução de um conflito material por meio de uma decisão judicial. Nesse sentido, a vontade judicial atua como substitutiva à vontade das partes, dizendo a quem cabe o direito e, dessa forma, solucionando a questão posta em juízo.

Para que a solução seja viável, contudo, é essencial que o juiz analise as alegações das partes, apreciando a veracidade dos fatos trazidos ao processo através de elementos aptos a demonstrar a ocorrência destes, tal qual como relatado por uma das partes.

A importância da produção de provas no processo decorre do fato de que, para que o juiz leve em consideração os fatos alegados pelas partes, é indispensável que estes sejam devidamente comprovados na relação jurídica processual. Com efeito, o juiz fica vinculado aos elementos constantes nos autos para formar sua convicção, não podendo buscar, fora do processo, meios para fundamentar sua decisão. Assim, é essencial, para garantir a apreciação judicial sobre determinado fato alegado, sua reprodução no âmbito do processo. Candido R. Dinamarco sintetiza a lógica: “*Fato alegado e não comprovado equivale a fato inexistente*”².

Assim, estando o processo civil fundado, prioritariamente, no princípio dispositivo, conforme se depreende do art. 128 do Código de Processo Civil vigente³, para que o Estado-juiz possa solucionar o conflito levado a juízo, é imprescindível que as partes cumpram determinados ônus, dentre os quais se destaca o ônus da prova, uma vez que esta constitui “*o instrumento através do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo*”⁴.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil v. III*. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2005, p. 71.

³ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 22ª Ed., 2006, p. 371.

De acordo com os ensinamentos de Candido R. Dinamarco⁵, a técnica de imposição de ônus às partes no processo produz o efeito de motivá-las a participar ativamente do contraditório processual. Nesse mesmo sentido, Carneluti esclarece que assim como a parte precisa do processo, este precisa da parte, surgindo, desse modo, uma necessidade de estimulá-la a este exercício, o que só pode ser obtido atribuindo a ônus da parte uma consequência penosa para o caso da falta do ato⁶. O ônus da prova, nesse contexto, estimula as partes a trazer aos autos elementos aptos a comprovar suas alegações e, dessa forma, possibilitar que o juiz profira uma decisão com base em elementos concretos que demonstrem a ocorrência de determinado fato e não somente fundando-se nas meras alegações das partes.

Importante destacar que não existe, na sistemática processual, uma **obrigação** da parte em comprovar os fatos alegados, mas tão somente o **ônus**. Tal distinção tem como fundamento o fato de que o descumprimento de um ônus não implica na violação de um comando pela parte, mas apenas na possibilidade de um resultado negativo (no caso de descumprimento do ônus de provar, a parte fica sujeita a uma decisão contrária à sua pretensão).

Chiovenda ensina que não há propriamente um dever de provar, embora o descumprimento dessa tarefa impute à parte consequências semelhantes ao inadimplemento de um dever:

“Conquanto não se possa, como observamos há pouco, falar propriamente de um dever de provar, mas apenas de uma necessidade ou ônus, o assunto encontra neste passo sua melhor oportunidade, porque a carência de prova dá origem à uma situação jurídica análoga à que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbia o ônus de provar, suporta as consequências da falta de prova”⁷.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 72.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual – vol. II*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classicbook, 2000, p. 116.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 4ª Ed. 2009, p. 929.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta que o ponto fundamental de referida distinção (ônus x obrigação) encontra-se no fato de que a noção de ônus abrange as ideias de liberdade e de poder, sendo, portanto, um meio destinado à obtenção de um fim favorável ao próprio onerado e cuja inobservância não constitui um ato ilícito⁸.

Para Carnelutti, a diferença fundamental entre obrigação e ônus consiste no fato de que a obrigação se opera em favor de um interesse alheio, já no ônus, há um sacrifício em interesse próprio. O eminente processualista aponta, ainda, que há ônus quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem⁹.

Linha de raciocínio semelhante é adotada por Couture, que define ônus como uma situação jurídica instituída por lei, consistente em uma conduta de realização facultativa estabelecida no interesse do próprio onerado e cujo descumprimento traz para este uma consequência gravosa¹⁰. Para ele, a diferença entre ônus e obrigação não reside no elemento de vontade, que é comum a ambos, mas sim nas consequências decorrentes da omissão¹¹.

O autor diferencia, ainda, ônus e direito, ensinando que este constitui uma faculdade que a lei outorga em benefício da parte, enquanto o ônus seria uma compulsão a exercer o direito. O ônus é, portanto, “*un imperativo del propio interés*”¹²¹³.

Embora alguns autores discordem da definição adotada por Carnelutti e Couture sobre o ônus, encarando-o como um “poder-ônus” e não apenas como liberdade da parte que, se não cumprir referido dever fica sujeita a consequências negativas para si (Micheli e Echandía)¹⁴, há consenso no sentido de reconhecer uma das diferenças fundamentais entre o

⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil – vol I*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook.,2000, p. 119.

¹⁰ COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 3ª ed., 1997, p. 211.

¹¹ *Idem*, p. 213.

¹² *Idem*, p. 212.

¹³ A ideia de ônus como imperativo do próprio interesse é também adotada por James Goldschmidt, conforme aponta Candido R. Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil – vol. II*. São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2005, p. 204) e Boaventura Pacífico (*op. cit.*).

¹⁴ *Apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *op. cit.*.

ônus e a obrigação, qual seja que o descumprimento desta é ilícito, uma vez que há uma sujeição jurídica que priva o sujeito de sua liberdade de conduta, fato que não ocorre quando do descumprimento de um ônus¹⁵.

A partir da definição de ônus e da importante diferenciação entre este a obrigação, é possível inferir o conceito de ônus da prova como um direito da parte de provar o quanto alegado em juízo, sendo que, a inobservância de tal faculdade acarreta à parte eventuais efeitos processuais negativos, consistentes na possibilidade de não ver sua pretensão acolhida pelo Estado-juiz¹⁶.

Sintetizando com maestria as teorias sobre o ônus da prova, Candido R. Dinamarco o conceitua como “*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*”¹⁷.

Estando as provas destinadas ao juiz, que apreciará a controvérsia levada a ele e verificará qual das partes é titular do direito com base nos elementos probatórios presentes na relação processual, o ônus de provar representa um interesse da parte que tem a faculdade de trazer aos autos elementos necessários a embasar os fatos por ela alegados. Assim, o ônus da prova pode ser caracterizado pela ideia do risco¹⁸ que assume a parte que, deixando de

¹⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis *apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *op. cit.*.

¹⁶ Importante ressaltar que, conforme aponta Candido R. Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil – vol.II*), o ônus é o reverso de certas faculdades outorgadas às partes, sendo o ponto crucial da diferenciação a possibilidade de consequências desfavoráveis em caso de descumprimento do ônus.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil v. III*. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2005, p. 71.

¹⁸ A ideia de risco como característica do ônus da prova (que se enquadra no gênero de ônus relativo) também é vislumbrada por Candido R. Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil – vol.II*, p. 206) que aponta que o descumprimento desse ônus não traz à parte uma consequência inexorável, posto que existe a possibilidade de que o descumprimento seja neutralizado, para o autor, o descumprimento do ônus de provar representa “*enorme risco de insucesso na causa em caso de descumprimento, mas não se exclui que esse risco possa ser neutralizado, o que acontecerá se por algum outro modo ficar demonstrada a ocorrência do fato*”.

atuar conforme sua faculdade, pode ver sua pretensão rejeitada pelo julgador (e, conseqüentemente, acolhida a pretensão da parte contrária)¹⁹.

II. 2. – Principais teorias sobre a distribuição do ônus da prova

II. 2.1 – Teoria de Chiovenda

Conforme já mencionado neste trabalho, Chiovenda entende que não há, no processo, um dever de provar, mas mera necessidade ou ônus, cujo descumprimento gera uma situação jurídica análoga ao inadimplemento de um dever²⁰.

Chiovenda aponta que, na medida em que a solução das controvérsias passa para um modelo de convicção do juiz, aumenta a necessidade de produção de provas mais perfeitas. Para o autor, a produção da prova se opera como encargo, que, à primeira vista, deve ser atribuído ao autor por dois motivos: (i) pela condição de autor, como iniciador da lide; e (ii) o interesse para o autor de, conforme se reduz a importância dos juramentos, tomar para si a prova a fim de obviar o juramento do adversário²¹.

Em seguida, o autor destaca que nem toda prova necessária para formar a convicção do juiz é incumbida ao autor. Isso porque nem sempre o réu se limita a alegar a inexistência do direito formulado em sede inicial, sendo que, muitas vezes, afirma a extinção deste direito. Nessas hipóteses, aponta que cabe ao réu comprovar o fato extintivo ou impeditivo do direito alegado pelo autor.

¹⁹ ALVES, Maristela da Silva. *Esboço sobre o Significado de Ônus da Prova no Processo Civil*. In *Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório*, KNIJNIK, Danilo, coord., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, 929.

²¹ O raciocínio exposto é tecido a partir de uma análise histórica do desenvolvimento processual, partindo-se do processo primitivo onde, segundo o autor, existia a possibilidade de vitória pela simples prestação de um juramento. Neste momento, conforme entendimento do autor, a prova seria um direito do réu (já que, para o autor, bastaria o mero juramento para que se reconhecesse seu direito). Conforme esse sistema é superado, passando as decisões a serem tomadas com base no livre convencimento do julgador, aumenta, para o autor, o interesse em produzir provas capazes de atestar os fatos por ele alegados – CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 931.

O autor critica a máxima (originada a partir da interpretação medieval das regras de direito romano) *affirmati no neganti incumbit probatio* ou *negativa non sunt probanda*, segundo a qual somente as afirmações seriam objeto de prova, estando as negações dispensadas de demonstração.

A primeira crítica aduzida consiste no fato de que, no mais das vezes, não se poderia identificar com precisão qual a afirmativa e qual a negativa. O autor aponta que “*via de regra, toda a afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa*”²².

Aponta-se, ainda, a impossibilidade de aplicação da máxima romana para os casos em que a demanda funda-se em fato negativo. Partindo o sistema da lógica de que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos do direito alegado, a este caberia, na hipótese de pretensão que tem como fundamento fato negativo, a prova da negativa, afastando-se portanto a regra *negativa non sunt probanda*. O mesmo ocorreria nas demandas declaratórias negativas, em que se busca reconhecer a inexistência de um direito.

Tecendo tais considerações, Chiovenda aponta para a dificuldade de se chegar “*a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e real*”²³.

O autor entende que, embora no caso concreto, sinta-se uma necessidade de atribuir a uma das partes o ônus da prova, é difícil vislumbrar uma razão geral para fazê-lo. Explica que seria justo incumbir o autor a prova não só dos fatos constitutivos de seu direito, mas também da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos, mas tal tarefa lhe seria impossível.

Assim, no seu entender a repartição do ônus da prova decorre de uma razão de oportunidade. Em atenção aos princípios que regem o processo civil, sobretudo o princípio dispositivo (posto que, *a priori*, seria vedado ao juiz buscar elementos não constantes dos

²² *Idem*, p. 932.

²³ *Idem*, p. 934.

autos) e o princípio da igualdade das partes, o ônus da prova deve ser distribuído entre elas conforme os fatos que a estas interessam ser provados (ou seja, a cada uma das partes cabe comprovar as alegações que formularam)²⁴.

Nesse contexto, o réu teria uma posição relativamente benéfica com relação ao autor. Isso porque o interesse do réu é na não existência dos fatos alegados pelo autor. Assim, não provando o autor os fatos constitutivos de seu direito, o resultado seria a improcedência da demanda, independentemente do exercício de qualquer atividade probatória pelo réu, que estaria limitado, exclusivamente, a negar os fatos alegados pelo autor²⁵.

Conforme tal construção, cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Estando demonstrados tais fatos, ao réu incumbe o ônus de provar ou a inexistência desses fatos, ou a extinção, modificação ou impedimento do direito do autor. O ônus da prova na visão de Chiovenda é, como já dito, uma questão de oportunidade e de interesse: cada parte está onerada a produzir provas dos fatos aptos a ensejarem o resultado esperado da demanda.

O autor aponta, ainda, que a repartição do ônus da prova relaciona-se com a conservação do princípio dispositivo, destacando que em um sistema puramente inquisitivo, em que se permitisse a pesquisa pelo juiz da veracidade, não teria significado a repartição do ônus probatório²⁶.

II. 2.2. – Teoria de Carnelutti

Para Carnelutti, a ideia de interesse não é suficiente para explicar a distribuição do ônus da prova. Conforme seu entendimento, o ônus de afirmar difere do ônus de provar uma vez que, enquanto o primeiro é unilateral, o segundo é bilateral; estando um fato afirmado

²⁴ *Idem*, p. 934.

²⁵ O autor destaca que este cenário não permite a afirmação de que não se pode provar fatos negativos, sendo, tão somente, demonstração de que a mera negação dos fatos alegados pela outra parte não impõe ônus de prova. *Idem*, p. 935.

²⁶ *Idem*, p. 945.

no processo, ambas as partes têm interesse em produzir provas com relação a ele, “*uma tem interesse de provar sua existência e a outra, sua inexistência*”²⁷.

O autor entende que, do ponto de vista teleológico, deve ser escolhido o critério segundo o qual a falta de prova teria que prejudicar a parte que tenha interesse em contribuir com a prova positiva (existência do fato) e favorecer aquela cujo interesse é a prova negativa (inexistência do fato). Para Carnelutti, somente assim seria atingido o objetivo do processo, “*que não é a simples composição, mas a composição justa do litígio*”²⁸.

Carnelutti sintetiza a instituição do ônus da prova em dois aspectos fundamentais: “*na proibição ao juiz de buscar por si só a prova que não tenha sido fornecida pelas partes*”; e “*na distribuição entre estas do risco da prova que faltar, ou em outras palavras: da incerteza dos fatos*”²⁹.

Segundo a teoria da Carnelutti, a distribuição do risco da prova que faltar ocorre quando as consequências de tal falta incidirem sobre uma ou outra parte, conforme o fato seja pressuposto de uma pretensão ou de uma exceção³⁰. Para o autor, a distribuição do ônus não se dá pelo poder de provar, mas pelo risco a que a parte se sujeita com a falta de prova. Isso porque, havendo elementos nos autos que atestem determinado fato, o juiz forma sua convicção com base nestes; inexistindo prova, o juiz resolve a dúvida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, decidindo contra a parte a quem incumbe o encargo de demonstrar o fato cuja prova não foi produzida.

O autor aponta, ainda que, em determinadas ocasiões, a lei inverte o ônus da prova. Tal fato se opera através das presunções, ocasião em que determinada pretensão ou exceção não tem a necessidade de ser provada, cabendo este ônus à parte que alega a contra-pretensão ou contra-exceção.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit., pp. 131-2.

²⁸ *Idem*, p. 132.

²⁹ *Idem*, p. 134.

³⁰ *Idem*, p. 135.

Explica ainda que a máxima *actore non probante, reus absolvitur* não se aplica somente na hipótese de falta de prova da pretensão, mas também quando não se alcança o nível de prova necessário para formar a convicção do juiz (fala-se em obtenção de princípio de prova ou prova não plena).

II. 2.3. – Teoria de Rosenberg

A sistemática processual admite a existência de uma prova que cabe ao autor e outra que incumbe ao réu, não restando dúvida a respeito da necessidade de se distribuir o ônus da prova. A partir desse fato, o autor aponta que a fixação dos limites das provas que cabem a uma ou outra parte tem trazido grandes discussões³¹.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico³² aponta que Rosenberg parte da premissa de que a aplicação do direito é resultado de um silogismo no qual a norma jurídica constitui a premissa maior e o conjunto fático, comprovado como existente, a premissa menor. Assim, o problema da distribuição do ônus probatório encontra-se na premissa menor deste silogismo. Rosenberg atribui extrema importância ao aspecto objetivo do ônus da prova, como princípio orientador do juiz para proferir uma decisão quando não há provas suficientes nos autos.

Rosenberg critica a doutrina que fundamenta a distribuição do ônus da prova no princípio dispositivo. Isso porque haveria uma distribuição do ônus probatório também em procedimentos pautados pelo princípio inquisitivo. Da mesma forma, o princípio distributivo não seria suficiente para explicar a questão, uma vez que não oferece meios para distinguir os fatos que devem ser provados pelo demandante daqueles a serem demonstrados pelo demandado³³. Segundo o autor, as doutrinas desenvolvidas com base no princípio dispositivo

³¹ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2ª Ed. 2002.

³² *Op. Cit.*, pp. 112-3

³³ *Idem*, pp. 116-7

apenas afirmam que há uma distribuição do ônus da prova, não esclarecendo, contudo, sobre quem incide a desvantagem quando determinada afirmação não está comprovada.

O autor entende que somente é possível estabelecer uma única regra da repartição do ônus probatório a partir do raciocínio de que à parte cuja pretensão não pode lograr êxito sem que se aplique determinado preceito jurídico deve suportar o ônus da afirmação e da prova das características que definem tal fato, ou seja, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável³⁴.

A dificuldade de tal preceito, contudo, inicia no momento em que se deve definir quais as normas que se devem considerar favoráveis para o autor e quais ao réu.

Para o autor, somente se pode falar em distribuição do ônus da prova a partir da definição de quais efeitos dos preceitos favorecem o autor e quais favorecem o demandado³⁵.

Rosenberg tece seu raciocínio explicando que o ordenamento jurídico se propõe a regular de modo mais ou menos completo várias relações da vida, e só pode fazê-lo tomando como ponto de partida um caso normal de respectiva relação, fixando suas consequências jurídicas. Considerando as exceções ao caso normal, o ordenamento estabelece disposições especiais, que aparecem como normas contrárias à situação normal, modificando ou eliminando os efeitos desta³⁶.

Assim, Rosenberg divide os preceitos jurídicos em (i) constitutivos; (ii) impeditivos; (iii) destrutivos; e (iv) exclusivos de direito. A primeira classe abarca as normas que constituem a base de uma pretensão, enquanto as demais impedem, desconstituem ou excluem os efeitos previstos nas normas constitutivas.

A distribuição do ônus da afirmação e da prova se baseia, portanto, na diferença entre os preceitos jurídicos. O autor deve comprovar como realizados nos fatos os pressupostos do preceito no qual se funda sua pretensão e o demandado deve provar os pressupostos da norma através da qual conseguirá a improcedência da demanda, ou seja, os pressupostos de

³⁴ *Idem*, p. 123.

³⁵ *Idem*, p. 123.

³⁶ *Idem*, pp. 123-4.

uma norma impeditiva, destrutiva ou excludente, uma vez que o juiz só pode reconhecer a aplicabilidade de determinado preceito quando comprovado como existente o estado de coisas que este pressupõe³⁷.

Muito embora a teoria de Rosenberg se diferencie das estudadas anteriormente com relação às razões e aos fundamentos da repartição do ônus da prova, é possível observar que, assim como para Chiovenda, o efeito prático da regra que institui a repartição dos encargos probatórios consiste no dever do autor em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que ao réu incumbe a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

II. 2.4. – Teoria de Micheli

Ao iniciar o estudo sobre ônus da prova, Micheli ensina que, conforme a tradição romana recebida pelos legisladores do século XIX, o conceito de ônus da prova está fundado na necessidade prática de que cada uma das partes alegue e demonstre no processo, aqueles fatos aos quais a norma jurídica vincula o efeito desejado, sendo imprescindível o estudo desta noção de *necessitas probandi* uma vez que em torno dela teria se desenvolvido a doutrina das cargas processuais³⁸.

Em seguida, Micheli aponta que a teoria dos ônus processuais se desenvolveu a partir de uma ideia que diferencia os conceitos de obrigação e de ônus, sendo a primeira uma conduta que deve ser observada no interesse alheio e o segundo uma conduta que deve ser observada pelo interessado para atingir determinado fim, inalcançável de outro modo. Micheli ressalta, ainda, a naturalidade com que uma noção semelhante de carga encontrasse amplo campo de aplicação no processo civil, no qual a iniciativa das partes tem importância

³⁷*Idem*, p. 130.

³⁸ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 59.

notável na dinâmica do procedimento, podendo-se dizer que o ônus se tornou um dos elementos essenciais à dogmática processual³⁹.

Entretanto, o autor alerta para o fato de que a presença da pessoa pública no processo, representada pelo órgão jurisdicional, constitui o limite dentro do qual as faculdades dos sujeitos podem determinar os efeitos processuais. Na relação processual, o juiz tem o dever de proferir a decisão conforme os elementos trazidos ao processo pelas partes, sob pena deste não chegar ao fim. Nesse contexto, ônus das partes traduz-se num dever que, caso descumprido, implica no não reconhecimento da pretensão buscada. Assim, o descumprimento do ônus, assim como a inobservância de uma obrigação, também implica em uma sanção à parte, representada pela decisão jurídica desfavorável⁴⁰.

Após tecer tais considerações, Micheli conclui que a doutrina do ônus da prova (que prefere chamar de doutrina da decisão sobre o feito incerto) se assenta em três pontos: (i) o poder das partes de dispor dos materiais do fato sobre o qual se fundam as respectivas pretensões; (ii) o dever do juiz de julgar conforme o alegado e provado; (iii) necessidade que o juiz decida cada caso acolhendo ou rejeitando uma demanda⁴¹.

A partir das premissas fixadas por Micheli a fim de traçar os parâmetros que devem nortear o estudo do ônus da prova, é possível perceber que, assim como Rosenberg, o autor entende pela necessidade do juiz decidir a causa mesmo quando ausentes nos autos elementos bastantes para formar sua convicção. Por isso, o ônus da prova assume, em sua obra, também um caráter de regra de julgamento, destinado a permitir um pronunciamento judicial em qualquer hipótese, evitando-se o *non liquet*.

Micheli critica, ainda, algumas teorias que minimizaram a importância do ônus da prova ante a possibilidade de exercício de atividade instrutória pelo juiz. Segundo o autor, o ônus da prova assume tanto um caráter subjetivo (regra de conduta destinada às partes), como um caráter objetivo (regra de julgamento), de forma que sua aplicação tem lugar,

³⁹ *Idem*, pp. 61 - 62.

⁴⁰ *Idem*, pp. 95 – 100.

⁴¹ *Idem*, p. 104.

também, quando a atividade investigativa do juiz não se mostrar suficiente para esclarecer os fatos envolvidos na lide⁴².

O autor entende pela insuficiência dos critérios de distribuição do ônus da prova que derivam da diferente relevância dos fatos que constituem a hipótese legal (teorias que dividem o encargo conforme a natureza do fato – constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo), apontando a necessidade de uma visão mais concreta sobre o fenômeno⁴³.

Micheli também enxerga no direito material os fundamentos para se distribuir o ônus da prova, pois no conteúdo das normas invocadas é que se pode qualificar a relevância dos fatos. Contudo, o autor também leva em conta o critério processual, representado pela posição das partes com relação aos efeitos pretendidos através do processo.

Para o autor, não basta ter em mente a invocação abstrata do direito material para a completa compreensão da distribuição do ônus da prova. É imprescindível, ainda, que se considere a posição concreta que as partes ocupam no processo, bem como os efeitos jurídicos por estas pretendido⁴⁴.

Em outras palavras, o autor entende que, um mesmo fato, pode ser considerado constitutivo em determinada demanda, mas extintivo em outra, de forma que tal classificação se mostra insuficiente para garantir uma adequada repartição do ônus da prova. Para que a questão seja resolvida de forma ampla, é essencial que a natureza do fato seja considerada em conjunto com a posição que a parte assume no processo, para, somente assim, definir-se corretamente a repartição dos encargos probatórios em uma demanda.

II. 3. – O modelo adotado pelo atual Código de Processo Civil Brasileiro

A regra geral de distribuição do ônus da prova no direito brasileiro está disciplinada no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, que dispõe da seguinte maneira:

⁴² *Idem*, pp. 105 – 107.

⁴³ *Idem*, p. 429.

⁴⁴ *Idem*, pp. 430 - 434.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Candido R. Dinamarco aponta que o sistema brasileiro distribui o ônus da prova com base na teoria de Chiovenda, atribuindo o dever de provar à parte que assiste interesse no fato a ser demonstrado⁴⁵.

Com efeito, ao autor interessa a produção de provas dos fatos que constituem o direito alegado em sede inicial, sendo que, ausentes os elementos aptos a demonstrar tais fatos, a demanda será julgada improcedente, sem a necessidade de qualquer atividade probatória por parte do réu. Da mesma forma, julga-se improcedente o pedido se o réu comprovar a verificação de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Por outro lado, comprovando o autor a existência do fato constitutivo de seu direito sem que o réu tenha sucesso em demonstrar seu impedimento, extinção ou modificação, tem-se como resultado o reconhecimento da procedência da demanda.

A utilização do ônus da prova como meio de orientar a decisão judicial com relação aos fatos que não foram provados constitui o aspecto objetivo do ônus da prova: este constitui regra de julgamento no sentido de que, deixando de ser comprovado determinado fato, a decisão judicial deve ser proferida contra o sujeito a quem incumbia o encargo de demonstrá-lo e não o fez.

O ônus da prova também pode ser encarado a partir de seu aspecto subjetivo, passando a assumir caráter de ônus de alegação. Conforme este aspecto, o ônus da prova constitui regra de conduta dirigida às partes segundo a qual a cada uma delas compete trazer aos autos elementos probatórios aptos a comprovar os fatos alegados necessários a ver sua pretensão reconhecida (ou rejeitada a pretensão da parte *ex adversa*).

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 72.

Artur Thompsen Carpes aponta a importância do dispositivo que distribui o ônus da prova, uma vez que a disciplina proporciona às partes, de antemão, a definição exata das provas⁴⁶.

Além disso, parte da doutrina ressalta que o art. 333 do Código de Processo Civil vigente apresenta uma distribuição genérica do ônus da prova, que não depende de qualquer análise do caso concreto, não deixando ao livre arbítrio do juiz a distribuição deste ônus. Assim, vê-se que o sistema adotado privilegia a igualdade formal entre as partes⁴⁷.

Embora a regra contida no art. 333 do Código de Processo Civil vigente seja importante com relação ao ônus subjetivo da prova, permitindo às partes saber exatamente o que deverão provar em cada situação, o principal foco de referido dispositivo reside no aspecto objetivo do ônus da prova.

Com efeito, a regra que distribui o ônus da prova em nosso ordenamento jurídico tem como principal destinatário o juiz. O artigo mencionado estabelece um critério de regra de julgamento, que orienta o julgador a respeito de como decidir nas ocasiões em que não houver no processo provas suficientes para a formação de sua convicção.

A despeito da distribuição do ônus da prova adotada no sistema brasileiro fundar-se em brilhante teoria sobre o tema, desenvolvida por Chiovenda, o modelo adotado tem recebido muitas críticas pela doutrina, especialmente por desconsiderar determinadas situações em que a produção da prova é extremamente difícil para o onerado.

A regra estabelecida pelo art. 333 do Código de Processo Civil vigente, apesar de se mostrar satisfatória para a adequada solução do litígio em grande parte dos casos, revela algumas limitações em determinadas circunstâncias, podendo, inclusive, resultar na violação a importantes garantias fundamentais dos sujeitos processuais.

⁴⁶CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*. In *Prova judiciária*. Coord. Danilo Knijnik, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

⁴⁷ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

II. 4. – Limitações ao modelo atual que incentivaram a flexibilização do ônus

Aponta Vicente Higinio Neto⁴⁸ que a regra de distribuição do ônus probatório contida no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente não se mostra suficiente para satisfazer às exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, que se sustenta em princípios como o da igualdade substancial e da instrumentalidade do processo, processo que, hodiernamente, não está mais fundado exclusivamente no escopo jurídico⁴⁹, mas também em outros escopos tão ou mais relevantes tais como os escopos sociais (dentre os quais se destaca a pacificação com justiça) e políticos.

Ovídio Batista da Silva critica a atual regra de distribuição do ônus probatório adotada no sistema brasileiro uma vez que esta não considera a verossimilhança do quanto alegado, atribuindo o encargo sempre a quem alega e nunca a quem nega o fato⁵⁰.

Os problemas relativos à atual sistemática de distribuição do ônus da prova, entretanto, mostram-se ainda mais graves se considerarmos que o modelo atual leva muito pouco em consideração o interesse da parte na produção da prova ou o dever de cooperação destas com o desenvolvimento do processo, uma vez que se destina especialmente ao juiz, prevalecendo em nosso sistema o aspecto objetivo do ônus da prova, encarado como regra de julgamento destinada ao juiz, constituindo meio de evitar o *non-liquet*.

O que se verifica é que o modelo de distribuição do ônus da prova adotado está muito atrelado à ideia do processo como meio de solução de controvérsias: a regra está destinada evitar a possibilidade de que determinada causa não receba uma solução jurídica,

⁴⁸HIGINIO NETO, Vicente. *Ônus da Prova*. Curitiba: Juruá, 2010. P. 78.

⁴⁹Nesse sentido, aponta Cândido R. Dinamarco que, nas últimas décadas, a evolução do processo apresentou conquistas importantes, tais como a aquisição de uma perspectiva sócio-política e a valorização dos meios alternativos de solução de conflitos (meios extremamente dificultados de acordo com a perspectiva anterior que, fundada na visão de Chiovenda e Carnelutti sobre os escopos da jurisdição, favorecia o dogma da natureza técnica do processo) – *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. I*, São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2005, pp. 144-4. Da mesma forma, ensina Rodolfo de Camargo Mancuso que, na atual acepção, o Direito se dá como realizado quando um conflito resultar “*efetivamente prevenido ou composto em modo justo (...)*” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. P.22.

⁵⁰SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo Civil de Conhecimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2ª ed., 1991. Apud HIGINIO NETO, Vicente. *Op. Cit.*

desconsiderando importantes escopos do processo (como o escopo social) e o caráter publicista da relação processual.

Em outras palavras, a regra de repartição dos encargos probatórios atualmente vigente preocupa-se exclusivamente com a finalidade de pacificação do litígio, deixando de levar em consideração se a decisão que coloca fim à demanda está em consonância com o escopo de acesso à ordem jurídica justa e, tão pouco, se ao longo da relação processual foram efetivados os princípios e garantias constitucionais.

Sobre este aspecto, Artur Thompsen Carpes destaca o desacerto na marginalização do aspecto subjetivo do ônus da prova, destacando que, em consonância com o Estado Constitucional, com o formalismo valorativo e com o significado da participação no processo contemporâneo, a minimização do papel desempenhado pelo ônus da prova como regra de conduta das partes mostra-se equivocada⁵¹.

Por tal fato, verifica-se que, em muitas situações, o modelo de distribuição do ônus da prova estabelecido pelo art. 333 do Código de Processo Civil vigente não se mostra suficiente para a obtenção de uma decisão justa, uma vez que o rigor da regra imposta não considera as hipóteses em que se onera uma parte com a produção de uma prova extremamente difícil ou impossível⁵², gerando, para uma das partes, a chamada *probatio diabolica*.

Tal é a situação dos processos em que se busca indenização por erro médico. Nesses casos, não só o profissional de medicina tem mais condições de produzir a prova por possuir um vasto conhecimento técnico, mas também, em determinadas situações (ex. cirurgia) o paciente estava desacordado, médico o único conhecedor de como decorreram os fatos, bem como das testemunhas presentes no local.

⁵¹ CARPES, Artur Thompsen. *A Nova Redação do Caput do art. 522 do CPC (Lei 11.187/2005) e o Recurso Cabível da Decisão Acerca da Dinamização dos Ônus Probatórios*. In Revista de Processo vol. 179, jan/2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89

⁵² ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.

Artur Thompsen Carpes destaca que a imposição de ônus que resulte numa prova extremamente difícil ou até impossível à parte é o mesmo que vedar acesso à jurisdição, uma vez que a tutela do direito ou sua negação pela parte ré não será possível⁵³.

Outra crítica apontada à rígida distribuição do ônus da prova existente em nosso ordenamento diz respeito ao fato de que esta não leva em consideração eventuais desigualdades materiais entre as partes, que podem resultar em maior dificuldade, para uma das partes, em produzir as provas necessárias a fazer valer seu direito. A regra em questão privilegia a igualdade formal, característica do Estado Liberal, deixando de levar em consideração a evolução do direito, que resultou na garantia da igualdade material consagrada pelo Estado Democrático de Direito⁵⁴.

Nesta linha de raciocínio, Artur Thompsen Carpes aponta que a efetividade do direito fundamental à igualdade depende da compreensão da estrutura e da funcionalidade do processo, o que é fundamental com relação à distribuição do ônus da prova, que o autor entende exercer uma função nevrálgica para que o processo alcance suas finalidades⁵⁵.

Parte da doutrina critica a forma de distribuição do ônus da prova adotada em nosso ordenamento, também, por estar atrelada ao direito material, o que torna difícil de estabelecer com clareza e precisão a natureza dos fatos a serem provados em determinadas situações⁵⁶.

A crítica formulada aponta, ainda, que a regra adotada não considera a posição que as partes assumem no processo, mas tão somente o direito alegado:

“O art. 333 do CPC remete para o direito material, porque é no plano do direito material que se qualificam os fatos como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos. Por isso mesmo, ressenete-se de certa inexatidão. Assim, por exemplo, numa ação de despejo por falta de pagamento incumbe ao réu o ônus de provar o pagamento (fato extintivo da obrigação de

⁵³ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 90-91.

⁵⁴ BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: Análise à Luz do Devido Processo Legal e do Acesso a Justiça*. In Revista de Processo vol. 205, mar/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁵⁵ CARPES, Artur Thompsen., *op. cit.*, pp. 80-1.

⁵⁶ *Idem*, p. 107.

pagar o aluguel), ainda que a falta de pagamento seja invocada como o fato constitutivo do pedido de despejo. Em outras palavras, o ônus da prova incumbe a quem alega fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito, nada importando sua posição no processo, como autor ou como réu. Por isso, numa ação declaratória de inexistência de relação jurídica incumbe ao réu o ônus de provar o fato constitutivo da relação jurídica negada pelo autor”⁵⁷.

José R. dos Santos Bedaque destaca que, apesar do caráter instrumental do processo, “os institutos processuais não devem ser contaminados pelas regras que regulam a relação jurídica de direito substancial, deduzida pelo autor na inicial e transformada em objeto do processo”⁵⁸. Conforme esse entendimento, o estabelecimento de uma regra de repartição dos encargos probatórios que se baseia tão somente no direito material alegado e deixa de observar a posição ocupada pelas partes e a efetiva possibilidade que estas apresentam de cumprir com seu ônus parece, de fato, inadequada.

Os diversos problemas e limitações decorrentes da disciplina estática do ônus da prova levaram a doutrina a desenvolver novas teorias, destinadas a superar os problemas apontados neste item.

A seguir, passa-se a analisar mais detidamente alguns dos principais problemas resultantes da regra estática de distribuição do ônus da prova que justificam a revisão do modelo adotado na atual sistemática.

⁵⁷ TESHEINER, José Maria Rosa *Apud* ZANETI, Paulo Rogério, *op. cit.*, p. 107. A crítica formulada aproxima-se da noção de ônus da prova defendida por Micheli, para quem a natureza do fato a ser demonstrado deve ser considerada conjuntamente com a posição que a parte ocupa na demanda, posto que determinado fato pode ser constitutivo em uma situação e impeditivo em outra (ver item II. 2.4.)

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2011, p. 13.

II. 4. 1. – Ônus da prova e escopo social do processo (pacificação com justiça)

Conforme já esclarecido neste trabalho, a função do processo não pode mais ser encarada como a mera pacificação de conflitos, passando-se à ideia de pacificação com justiça⁵⁹.

Neste contexto, a regra estática do ônus da prova, observada precipuamente a partir de seu aspecto objetivo, não se mostra como o meio mais adequado à viabilizar o alcance dos escopos processuais. Isso porque, tal como mencionado acima, em seu aspecto objetivo, o ônus da prova destina-se ao juiz como regra de julgamento, visando a evitar o *non-liquet*, preocupação exclusivamente voltada à noção de pacificação, mas pouco preocupada com o ideal de justiça que deve pautar os resultados do processo.

Com efeito, da forma como posta atualmente, a regra de distribuição do ônus da prova sequer se preocupa em verificar se houve a produção necessária de provas a formar o conhecimento do juiz ou, ainda mais grave, se as partes efetivamente teriam condições de produzir as provas necessárias a demonstrar suas alegações⁶⁰.

Ao juiz, cabe exclusivamente o papel de, ao final do processo, verificar se as alegações foram demonstradas por cada parte e, caso isso não tenha ocorrido, proferir uma decisão conforme a regra estabelecida pelo art. 333 do Código de Processo Civil. Nitidamente, a preocupação com a pacificação como escopo processual se sobrepõe a qualquer outra, o que não pode ser admitido em um contexto no qual se coloca o acesso à ordem jurídica justa como finalidade precípua do processo.

Candido R. Dinamarco, ao identificar os escopos primordiais do processo – que entende ser medida importante a fim de revelar o grau de utilidade deste⁶¹ – coloca entre eles

⁵⁹ V. nota 49.

⁶⁰ A faculdade contida no art. 130 do Código de Processo Civil minimiza o problema da limitação da regra de distribuição do ônus da prova, admitindo que o juiz, como destinatário da prova a ser produzida, diga quais são necessárias à formação de sua convicção. Contudo, tal determinação ainda não prevê a consideração sobre as limitações, dificuldades ou até impossibilidade da parte na realização de determinada prova, sendo, portanto, insuficiente para resolver o problema apontado.

⁶¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 14ª Ed. 2009. P. 177.

o escopo social, que teria como seu caráter mais elevado a necessidade de “*eliminar conflitos mediante critérios justos*”⁶². Seguindo ideal semelhante, José R. dos Santos Bedaque aponta que a realização concreta da justiça encontra-se no centro das preocupações da moderna ciência processual⁶³.

Dentro desse cenário, verifica-se como anacrônica a regra de distribuição dos ônus probatórios adotada pela atual sistemática processual brasileira, sendo imprescindível a criação de mecanismos que a façam deixar de ter como caráter central o aspecto de regra de julgamento e passe a ser, efetivamente, um meio que permita às partes trazerem ao processo os elementos necessários à formação da convicção do juiz.

É evidente que não se pode imaginar uma relação processual na qual se chegue a uma perfeita reprodução endo-processual da verdade real dos fatos. Contudo, não se pode perder de vista a necessidade de aproximação a este ideal, sobretudo em atenção à necessidade da busca por uma solução jurídica justa. Neste cenário, é inegável que a melhora do sistema de distribuição dos ônus probatórios, tomando em consideração o caso concreto a fim de minimizar dificuldades verificadas por determinada parte e equilibrando eventual hipossuficiência existente entre os sujeitos processuais, é medida de extrema necessidade.

O processo deve ser concebido como um meio dotado de mecanismos que permitam a este atingir o fim a que se propõe⁶⁴. Para isso, é imprescindível que se entenda as limitações dos modelos processuais existentes e, a partir de então, desenvolvam-se outros – substitutivos ou complementares – que permitam a efetiva concretização da finalidade de pacificação com justiça.

A regra estática de distribuição do ônus da prova vincula-se a uma ideia já ultrapassada de igualdade formal entre as partes. Muito embora seja satisfatória e suficiente para a solução justa de grande parte dos litígios, mostra-se insuficiente para a concretização do acesso à ordem jurídica justa em determinados casos. Deste cenário, emerge a

⁶² *Idem*, p. 191.

⁶³ BEDAQUE, José R. dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros. 6ª Ed. 2011. P. 60.

⁶⁴ *Idem*, p. 63.

necessidade de criação de uma solução complementar, apta a garantir o escopo social do processo quando este não pode ser atingido com a aplicação da regra estática de distribuição dos encargos probatórios.

Ao determinar seja negado reconhecimento a determinado direito por ausência de demonstração deste, sem considerar as eventuais limitações enfrentadas pela parte que arcaria com o ônus de prova-lo, a atual regra de repartição dos encargos probatórios é falha ao, eventualmente, impor a alguém um ônus que transcende a capacidade da parte de cumpri-lo. Deixar de prever uma válvula de escape que permita uma solução jurídica mais adequada a tais situações significa negar o acesso à ordem jurídica justa.

Por tais razões, a fim de assegurar a obtenção da pacificação com justiça no maior número possível de demandas, é essencial que a regra atual de distribuição dos encargos probatórios seja revisitada, para que sejam desenvolvidos mecanismos aptos a viabilizar uma solução mais adequada do litígio nas hipóteses em que determinada parte se mostrar incapaz (ou se deparar com dificuldade extrema) de cumprir com o ônus que lhe incumbe.

II. 4. 2. – Vulnerabilidade e ônus da prova – necessidade de garantia da participação paritária

Recentemente, tem adquirido especial destaque na doutrina processual tópicos relacionados ao “direito processual constitucional”⁶⁵, definido por Cândido R. Dinamarco como “*método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela*”⁶⁶.

⁶⁵ Tal preocupação foi um dos principais focos na elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, conforme se verifica de sua exposição de motivos: “1) *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*”, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>, consultado em 20.12.2014 às 12h01.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 207.

Trata-se de método que pretende, inicialmente, estudar as influências existentes entre o processo e a Constituição, destacando a importância deste como fator destinado a assegurar a efetividade dos preceitos e garantias constitucionais.

Note-se que, sob este aspecto, o processo não assume exclusivamente o papel de assegurar a efetividade dos preceitos constitucionais no âmbito interno das relações processuais, mas também, e principalmente, de garantir que tais princípios sejam assegurados nos reflexos materiais do processo. É necessária, portanto, a criação de mecanismos que permitam ao Estado-juiz, na condição de condutor do processo, uma análise de todos os aspectos envolvidos na relação posta em litígio e, a partir daí, efetive, no interior da relação processual, garantias que eventualmente possam ser violadas em razão de peculiaridades do caso concreto.

Dessa forma, é indispensável que a relação entre as partes do processo seja enxergada de forma ampla: é imprescindível olhar além dos limites processuais para verificar quais meios são necessários para que, dentro da relação processual, seja viável a criação de efeitos que garantam a efetivação dos princípios constitucionais também no meio extra-processual.

Isso significa que, para a efetiva tutela constitucional do processo, não basta a garantia formal dos princípios constitucionais, mas se deve procurar a implementação de mecanismos que visem à garantia material de tais princípios, como forma de assegurar sua efetivação na prática.

Em razão deste papel assumido pelo processo, Paulo Henrique dos Santos Lucon o descreve como “*técnica informada por objetivos e ideologias priorizados pelo direito processual e que tem como meta a efetivação do valor do justo, pacificando as pessoas à medida em que restam cumpridos os anseios políticos e sociais eleitos pela nação*”⁶⁷.

⁶⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do Tratamento Paritário das Partes* In **Garantias Constitucionais do Processo Civil**, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91-2.

Dentre os princípios constitucionais que devem ser assegurados pelo processo, merece destaque a garantia da igualdade (art. 5º, I da Constituição Federal), que na relação processual é assegurada por meio do tratamento paritário entre as partes.

No âmbito da “tutela da Constituição pelo processo”⁶⁸, a efetividade da participação paritária não se dá, somente, por meio da igualdade de oportunidade das partes dentro do processo. É necessário que existam medidas que assegurem a efetiva igualdade material entre as partes, compensando, no interior da relação processual, eventuais vantagens de uma parte sobre a outra. Em outras palavras, é imprescindível a previsão de meios processuais que garantam a efetiva paridade de armas entre as partes.

José R. dos Santos Bedaque entende que dentre as regras atuais que impedem a igualdade real entre as partes, merece destaque a da “plena disponibilidade das provas”. Na opinião do eminente jurista, tal disposição pode levar as partes a uma situação de desequilíbrio substancial, uma vez que sua omissão na instrução do feito, muitas vezes, se deve a fatores econômicos e culturais e não à intenção de dispor do direito de demonstrar os fatos alegados⁶⁹.

Conforme o modelo do atual Código de Processo Civil, o ônus da prova assume tanto um papel de regra de conduta dirigida às partes (dispondo qual fato cada uma se incumbe de comprovar), quanto de regra de julgamento dirigida ao juiz. Contudo, prevalece no ordenamento o enfoque do ônus da prova sob o aspecto objetivo, de forma que, via de regra, o julgador somente se atenta às disposições sobre a repartição dos encargos probatórios no momento da prolação de sentença, quando deve verificar qual parte cumpriu devidamente o dever de convencê-lo de seu direito.

Fernanda Tartuce aponta que, a partir da década de 70, a jurisprudência espanhola passou a reconhecer a existência de situações limites (como os casos de se exigir do paciente a prova do erro médico) em que as peculiaridades do caso concreto demonstravam a

⁶⁸ Caracterizada por Candido R. Dinamarco como característica do processo como “*fator de efetividade das normas ditadas no plano constitucional*” (op. cit. p. 208).

⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2011, p. 103

necessidade de aplicações diferenciadas no que diz respeito à distribuição dos encargos probatórios⁷⁰. Tal constatação decorre da insuficiência do modelo estático de repartição do ônus da prova que, como dito, embora suficiente para solução de grande parte dos litígios, deixa de observar a existência de peculiaridades em determinadas situações que podem resultar na impossibilidade da parte onerada em cumprir com o encargo.

Uma das peculiaridades que deixa de ser observada pelo modelo estático é, exatamente, a possível vulnerabilidade de um sujeito processual em relação ao outro, situação que, como aponta Fernanda Tartuce, redundaria na ausência de produção da prova que incumbia à parte não por descaso ou inércia desta, mas por impedimentos que não lhe podem ser atribuídos⁷¹, sendo esta refém de circunstâncias às quais não deu causa ou que sequer poderia evitar ou contornar.

No aspecto da produção probatória, é possível notar diversas espécies de vulnerabilidade que não são equiparadas pelo atual modelo de distribuição estática do ônus. São, por exemplo, casos em que uma parte possui conhecimento técnico, demandas que colocam litigantes habituais em face de litigantes eventuais⁷², dentre outros.

É evidente que o modelo estático de distribuição do ônus da prova não se mostra adequado a solucionar todos os conflitos postos em litígio, devendo este ser atualizado de forma a satisfazer a necessidade do Estado Democrático de Direito. Sobre este aspecto, vale mencionar os dizeres de Fernanda Tartuce:

“Assegurar a concretização das garantias constitucionais processuais constitui tema central do direito processual, exigindo dos operadores do direito atenção extremada para que sejam concretizadas as diretrizes do Estado Democrático de Direito”⁷³.

⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 318.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Sobre este aspecto, aponta Rodolfo de Camargo Mancuso que a desigualdade substancial entre tais litigantes resulta efeitos danosos no âmbito do processo judicial, sendo que a atribuição do encargo probatório à parte com melhores condições de arcá-lo seria uma forma de “amenizar os efeitos da desigual distribuição do peso do processo entre os litigantes”. *Op. Cit.*, pp. 123 e 127.

⁷³ *Op. Cit.*, p. 22.

Nesse contexto, revela-se a necessidade de revisão do mecanismo de distribuição do ônus da prova, a fim de adequá-lo a situações que não estão abarcadas pela regra estática e que, por isso, resultam em violação a importantes princípios constitucionais que devem ser assegurados ao longo da relação processual, em especial o princípio da igualdade considerado em seu aspecto material.

III. CAPÍTULO 2 – DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

III. 1. – A teoria de Peyrano

Atento às limitações verificadas a partir das teorias que estabelecem a distribuição do ônus da prova de forma estática, Jorge W. Peyrano desenvolveu uma teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Peyrano destaca que, dentro dos ônus processuais, possui especial relevância o ônus da prova, que determina a quem cabe o encargo de demonstrar no processo determinado fato. Contudo, entende que tal questão somente assume importância ante a ausência de prova eficaz para formar o convencimento do juiz, ocasião em que a decisão deve ser proferida contra quem deveria provar e não o fez⁷⁴.

O autor aponta que, adotando uma visão excessivamente estática sobre a questão, os doutrinadores estabeleceram as regras do ônus da prova de forma demasiado rígida, sem se atentar para as circunstâncias do caso que, eventualmente, poderiam aconselhar outra solução⁷⁵.

Assim, o autor defende a necessidade de distribuição do ônus da prova de forma mais flexível, atentando-se a situações em que o modelo estático não se mostra suficientemente adequado.

A teoria do ônus dinâmico da prova consiste no deslocamento do ônus probatório conforme as circunstâncias do caso concreto, onerando aquele que está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzir a prova de determinado fato, a

⁷⁴ PEYRANO, Jorge W. e CHIAPPINI, Julio O. *Lineamentos de las Cargas Probatorias “Dinámicas”*. In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, pp. 14-5.

⁷⁵ *Idem*, p. 15.

despeito da posição de autor ou de réu ou de se tratar de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos⁷⁶.

O autor justifica a denominação adotada por se tratar de teoria que pretende atribuir o ônus da prova à parte que, em um primeiro momento, não o suportava⁷⁷.

Peyrano destaca que não se pretende criar outra regra rígida de distribuição dos ônus probatórios, mas apenas de proporcionar, em caráter excepcional, um modelo de repartição de tais ônus em determinadas situações nas quais as regras tradicionais operam de forma insatisfatória⁷⁸.

Inés Lépori White ensina que a teoria do ônus dinâmico da prova implica em analisar a relação processual além das posições de autor e réu, destacando que em determinados casos o ônus da prova deve recair sobre ambos. Assim como Peyrano, a jurista destaca que não se trata de desconsiderar a regra clássica de distribuição do ônus da prova, mas de complementá-la ou aperfeiçoá-la, flexibilizando sua aplicação nos casos em que o onerado mostra-se impossibilitado de produzir a prova necessária em razão de motivos alheios à sua vontade⁷⁹.

Paulo Rogério Zanetti aproxima a teoria do ônus dinâmico da prova à teoria de Bentham, segundo a qual o ônus da prova deveria ser imposto, caso a caso, à parte que se mostrasse em melhores condições de satisfazê-lo⁸⁰. Contudo, enquanto a teoria de Bentham pretende a distribuição, conforme o caso concreto, como regra geral do sistema, a teoria desenvolvida por Peyrano trata da dinamização como regra de caráter complementar,

⁷⁶ MORELLO, Augusto *apud* PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas* In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, pp. 19-20.

⁷⁷ PEYRANO, Jorge W. *De la Carga Probatoria Dinámica Embozada a Su Consagración Legislativa*. In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, pp. 169-70.

⁷⁸ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas* In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, p. 24.

⁷⁹ WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinámicas*. In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, p. 60.

⁸⁰ ZANETTI, Paulo Rogério. *Op. Cit.*, p. 123.

aplicável tão somente nas hipóteses em que as regras estáticas se mostrarem insuficientes para atender a determinados escopos do processo, sobretudo o da pacificação **com justiça**.

Assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova, à primeira vista, mostra-se como um importante mecanismo apto a solucionar as limitações existentes no modelo estático de distribuição do ônus probatório, permitindo uma melhor adequação do instituto conforme as peculiaridades do caso concreto, além de privilegiar princípios importantíssimos da relação processual, tais como a igualdade material das partes, o caráter publicista do processo e a busca de uma solução jurídica justa para todas as situações levadas a juízo.

III. 2. – Flexibilização do ônus e direitos fundamentais

A doutrina que defende a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova aponta a extrema relevância desta para a garantia de determinados direitos fundamentais que, em algumas hipóteses, são violados quando observada a regra estática de repartição dos encargos probatórios.

Conforme já dito no capítulo anterior, o atual Estado Democrático do Direito exige preocupações concretas no sentido de efetivamente garantir, no plano prático, os princípios constitucionais, não podendo tal preocupação restringir-se a aspectos ideais ou formais. Nesse sentido, ganhou importância a noção de “processo civil constitucional”, segundo a qual deve haver uma preocupação da ciência processual em efetivar os preceitos constitucionais de forma ampla, e não somente no âmbito da relação processual.

A distribuição do ônus da prova tal qual adotada em nosso ordenamento, na medida em que deixa de considerar as peculiaridades das partes em determinados casos concretos, além de lhes impor prova de difícil ou impossível realização, também deixa de observar importantes direitos fundamentais dos sujeitos processuais, tais como a igualdade, o acesso à ordem jurídica justa e o direito à prova.

Esta limitação do modelo estático da distribuição do ônus da prova foi um dos fatores que levou à idealização, como forma de aperfeiçoar a disciplina de repartição do ônus da prova, do modelo dinâmico, mais atento às garantias constitucionais das partes.

Artur Thompsen Carpes destaca que a Constituição Federal, ao proclamar o direito de acesso à ordem jurídica justa em seu artigo 5º, XXXV, cria uma nova perspectiva ao

direito de ação incluindo-o no rol dos direitos fundamentais (o que ocorre, também, como o direito de defesa). Para o autor, este seria “*o mais fundamental dos direitos fundamentais*”, por se tratar de meio imprescindível para a efetivação de outros direitos⁸¹. Este direito seria vinculante, não só ao juiz, mas também ao legislador, que deve se atentar à necessidade de mecanismos para a efetivação dos direitos, que somente ocorrerá pela prestação da adequada tutela jurisdicional:

“O direito fundamental de ação vincula o modo de atuação do Estado na viabilização da proteção dos direitos, direito que recai sobre a forma de atuação jurisdicional, incidindo não apenas sobre o Estado-juiz, mas também sobre o legislador, na medida em que a jurisdição apenas poderá atuar se tiver ao seu dispor a estrutura administrativa adequada e técnicas processuais que realmente permitam prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva”⁸².

O autor destaca a importância da correta formação do juízo de fato para o alcance da justiça, entendendo que o procedimento probatório também deve ser estruturado de forma a atender a necessidade de tutela dos direitos fundamentais⁸³.

Nesse contexto, merece especial destaque a dinamização dos ônus probatórios, na medida em que este mecanismo permite a implementação de dois importantes direitos fundamentais: a igualdade material entre as partes (garantindo a efetiva participação paritária no processo) e o direito fundamental à prova.

Conforme apontado no capítulo acima, a distribuição estática do ônus da prova privilegia a perspectiva da igualdade formal, princípio em voga de acordo com a perspectiva de Estado Liberal, e que não mais corresponde à igualdade buscada pelo Estado Democrático de Direito, que pretende resguardá-la em seu aspecto substancial.

Nesse sentido, Piero Calamandrei aponta que a previsão puramente jurídica da igualdade das partes pode restar letra morta, caso se verifique a disparidade de cultura e de meios econômicos entre as partes que resulte na impossibilidade destas poderem se servir da

⁸¹ CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.*, p. 77.

⁸² *Idem*. O autor destaca que este mesmo raciocínio é desenvolvido por Luiz Guilherme Marinoni, em seu livro *Teoria Geral do Processo*.

⁸³ *Idem*, p. 79.

igualdade jurídica, uma vez que o custo e a dificuldade técnica do processo, que a parte rica e culta pode superar facilmente, podem constituir para a parte hipossuficiente um obstáculo intransponível⁸⁴.

A partir dessa linha de raciocínio, é imperiosa a conclusão de que a disciplina do ônus probatório deve atuar de forma a evitar que os custos e a dificuldade técnica do processo impliquem em prejuízo à parte mais vulnerável da relação processual.

Assim, a teoria do ônus dinâmico da prova, por se apresentar como uma regra especial e complementar à distribuição estática do ônus da prova, permitindo a repartição deste encargo de forma diversa quando se verificar que uma parte possui melhores condições de contribuir com a formação do conjunto probatório dos autos, atende de forma satisfatória ao princípio da igualdade, na medida em que permite ao juiz olhar para fora do processo e equilibrar, dentro da relação processual, eventuais desigualdades que poderiam prejudicar a efetiva prestação da justiça no caso concreto.

Artur Thompsen Carpes aponta que a participação das partes, através da atividade probatória, é fundamental para a formação do juízo de fato. Para tanto, é imprescindível que ambas as partes estejam em condições isonômicas de participação. Assim, a repartição dos encargos probatórios deve ser pautada pela igualdade e levar em consideração a efetiva possibilidade da parte para contribuir com o alcance da verdade. Enxergar de outra maneira significaria manter a igualdade num campo puramente abstrato, sem qualquer preocupação com a efetiva implementação deste direito fundamental⁸⁵.

Da mesma forma, vê-se garantido, com a dinamização dos ônus probatórios, o direito fundamental à prova.

Como se sabe, uma das limitações apresentadas pela disciplina estática de distribuição dos ônus probatórios é que esta não considera situações em que a produção da

⁸⁴CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile In Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano, 1970, p. 231.

⁸⁵ CARPES, Artur Thompsen. *Op. cit.*, p. 81.

prova é extremamente custosa⁸⁶, difícil ou impossível à parte. Nestas circunstâncias, atribuir à parte a realização da prova coincide com negar-lhe tal direito.

Conforme dito, é importante que a distribuição do ônus da prova leve em consideração a possibilidade real da parte em contribuir com a formação do juízo de fato. Assim, a imposição deste ônus não pode desconsiderar a viabilidade da parte onerada em efetivamente alcançar a prova de suas alegações⁸⁷. Sobre este ponto, não é demais ressaltar que impor à parte um ônus impossível e submetê-la a um efeito negativo pelo descumprimento de tal ônus seria o mesmo que negar-lhe o acesso à justiça (e não somente à ordem jurídica justa), na medida em que jamais poderia esta parte ver seu direito alcançado através do desenvolvimento da relação processual ante a contradição intrínseca entre a impossibilidade de cumprimento do encargo que se apresenta como condicionante para o provimento judicial favorável.

Para que se efetive plenamente o direito fundamental à prova, portanto, é imprescindível um mecanismo que permita avaliar as peculiaridades de cada situação concreta, possibilitando retirar o máximo de efetividade na atividade probatória. Tal mecanismo é encontrado na dinamização do ônus da prova⁸⁸.

Assim, verifica-se que o aperfeiçoamento das regras de distribuição do ônus probatório, através da possibilidade de dinamização deste em conformidade com as peculiaridades do caso concreto, não só permite uma análise mais completa do caso, através de um conjunto probatório mais robusto, viabilizando, assim, uma solução mais justa do conflito, mas também assegura a efetividade de diversos princípios constitucionais, ao estabelecer meios aptos a equilibrar, na relação processual, eventuais diferenças e dificuldades verificadas entre as partes.

⁸⁶ Nesse contexto, a palavra custosa não se vincula exclusivamente à questão financeira. Importante esclarecer que, em termos econômicos, a legislação processual já prevê saídas à parte hipossuficiente (em especial, na Lei nº 1.060/1950 – vigente na época de elaboração do trabalho – e arts. 98 e seguintes do texto que estabelece o Código de Processo Civil submetido à sanção presidencial), não sendo, portanto, este o óbice ou dificuldade à produção probatória focado neste estudo.

⁸⁷ *Idem*, p. 89.

⁸⁸ *Idem*, p. 89.

III. 3. – Flexibilização do ônus no direito brasileiro

Embora no ordenamento brasileiro prevaleça a distribuição estática do ônus da prova, através do dispositivo contido no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, existem algumas situações em que é possível a distribuição do ônus da prova de maneira diversa.

Tal ocorre com a inversão do ônus da prova, prevista pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, além de já se verificar, na jurisprudência, decisões que distribuem o ônus da prova de forma diversa, entendendo ser este um meio de se garantir a melhor composição do conjunto fático necessário à formação da convicção do julgador ou como forma de impedir que a repartição tradicional do encargo probatório se coloque como um entrave ao acesso à ordem jurídica justa.

III. 3.1. – Inversão do ônus da prova no direito do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, arrola os direitos básicos do consumidor, dentre os quais inclui a facilitação de sua defesa no processo, através da inversão do ônus da prova:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

*VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, **inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil**, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;*

Por meio de tal dispositivo, afasta-se a distribuição de ônus probatórios tal qual estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente quando, num processo que vise a discutir fato decorrente de relação de consumo, o juiz verificar verossimilhança das alegações bem como a hipossuficiência do consumidor.

Trata-se de mecanismo que permite o equilíbrio da relação jurídica consumerista e que busca colocar as partes em completa paridade de armas⁸⁹.

A doutrina aponta que deixar ônus da prova a cargo do consumidor, muitas vezes implica em impor-lhe uma sucumbência antecipada, uma vez que “*ocorrências incidentais a uma relação de consumo costumam surgir no ambiente profissional do fornecedor, sob seus cuidados técnicos especializados*”⁹⁰, o que muitas vezes faz com que as provas relacionem-se com a atividade do fornecedor e fiquem sob seu completo domínio.

Assim, na relação de consumo, verifica-se uma desigualdade processual proveniente da posição de vulnerabilidade do consumidor, que necessita, portanto, ser superada por técnicas processuais que equilibrem a desigualdade das partes⁹¹.

Candido R. Dinamarco aponta que a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista pelo Código de Defesa do Consumidor representa uma “*consciência da instrumentalidade do sistema processual aos valores residentes em normas de direito material*”, revelando-se como reflexo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e associa-se aos escopos do direito material do consumidor, dentre eles o de reequilibrar a relação de consumo⁹².

A possibilidade de inversão do ônus da prova é tratada como regra excepcional, aplicável somente nas hipóteses em que o juiz verificar presentes os requisitos estabelecidos pelo art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam (i) a extrema dificuldade de assegurar o direito do consumidor caso mantida a repartição dos ônus da prova conforme a regra geral (art. 333, CPC); (ii) a verossimilhança das alegações; e (iii) a hipossuficiência do consumidor.

Importante destacar que a hipossuficiência a que se refere o dispositivo não pode ser confundida com hipossuficiência econômica. Trata-se de vulnerabilidade de outra espécie,

⁸⁹ ZANETI, Paulo Rogério. *Op. cit.*, p. 156.

⁹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. Cit.*, p. 261.

⁹¹ *Idem.*, pp. 261-2.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I*. São Paulo: Malheiros, 6ª Ed., 2010, pp. 784-5.

de forma que, para que se aplique o dispositivo, é necessário que o consumidor apresente dificuldade técnica para comprovar suas alegações, o que deverá ser apurado pelo juiz com base nas regras ordinárias de experiência⁹³.

Nesse ponto, a possibilidade de inversão prevista pelo Código de Defesa do Consumidor aproxima-se da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ambas dizem respeito a regras excepcionais, que devem ser aplicadas conforme as peculiaridades do caso concreto em que se verifica extrema dificuldade para produção da prova por uma das partes, enquanto a outra se mostra em melhores condições (no caso da relação de consumo, técnicas) de fazê-lo.

É importante destacar que a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor apresenta certos limites delineados pelo próprio artigo 6º, VIII de referido instituto. Isso porque a intenção do mecanismo é restabelecer o equilíbrio rompido e não pode, com isso, aniquilar o direito de defesa da parte contrária, uma vez que isto significaria grave violação ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal⁹⁴.

Por tal fato, Candido R. Dinamarco aponta que, ao operar a inversão, o julgador deve estar atento para não criar uma situação na qual se crie excessiva onerosidade ao produtor de bens ou serviços. Deve-se evitar onerar a parte com uma *probatio diabolica*, pois tal fato implicaria em aniquilar o direito desta à ampla defesa, além de criar uma desigualdade processual entre as partes, desvirtuando os escopos do instituto, que é, exatamente, proporcionar o equilíbrio entre elas⁹⁵.

A inversão do ônus da prova existente no direito do consumidor tem se mostrado um importante mecanismo para fazer valer, na prática, as garantias constitucionais, assegurando a igualdade entre as partes e fornecendo-lhes iguais oportunidades de participação no processo.

⁹³ ZANETI, Paulo Rogério. *Op. cit.*, p. 157.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 785-6.

⁹⁵ *Idem*, p. 787.

Os bons resultados verificados com tal instituto abrem espaço para que se comece a pensar na dinamização dos ônus da prova em outros ramos do direito, que não envolvam a relação de consumo, mas que também podem apresentar situações de desigualdade entre os sujeitos processuais.

III. 3.2. – Flexibilização do ônus na jurisprudência

Embora até presente momento⁹⁶ o ordenamento brasileiro não preveja expressamente a possibilidade de distribuição do ônus da prova de maneira diversa daquela estipulada pelo art. 333 do Código de Processo Civil vigente (exceto no âmbito do direito do consumidor ou havendo convenção entre as partes), parte da doutrina defende que, em alguns casos, a regra deve ser afastada com fundamento na razão motivadora da própria regra, que é a necessidade de se preservar a igualdade substancial entre as partes⁹⁷.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu a partir da verificação de que a distribuição estática, em diversas situações, mostra-se injusta, por isso a aplicação dos dispositivos distributivos legalmente estabelecidos vem sendo abrandada pela jurisprudência, a fim de buscar a justiça no caso concreto⁹⁸.

Tal entendimento vem sendo aplicado em algumas decisões judiciais.

Ao apreciar o Recurso Especial nº 69.309⁹⁹, o E. Superior Tribunal de Justiça, embora reconheça que no caso concreto as provas produzidas nos autos foram suficientes para a solução da controvérsia, não havendo necessidade de se recorrer à distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, admite que, em determinadas hipóteses, como é o

⁹⁶ Até o momento de conclusão deste trabalho o Parecer 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil não havia sido objeto de sanção presidencial.

⁹⁷ CARPES, Artur Thompsen, *op. cit.*, p. 126.

⁹⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da Prova e o Projeto de Código de Processo Civil* in Revista dos Tribunais vol. 913, nov/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁹⁹ STJ, REsp 69.309-SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 18.06.1996.

caso da demanda fundada em erro médico, aplica-se a teoria dinâmica da prova, uma vez que uma das partes (o profissional de medicina) possui nitidamente melhores condições técnicas para esclarecer os fatos ao juízo.

Em caso semelhante, ao analisar os Embargos Infringentes nº 70017662487¹⁰⁰, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também aplicou a teoria da distribuição do ônus dinâmico da prova, por entender que uma das partes possuiria melhor condições de contribuir com a atividade probatória:

“EM EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE diante do peculiar e escasso material probatório.

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

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

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

¹⁰⁰ TJRS, EI nº 70017662487, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 31.08.2007.

culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS”

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já aplicou a dinamização do ônus da prova em casos que não envolviam responsabilidade por erro médico, fundamentando a distribuição dinâmica nas peculiaridades do quadro fático discutido nos autos, com base na verossimilhança das alegações do autor:

“É extremamente verossímil que a pessoa encontrada deitada sobre a estrada, com o crânio achatado, tenha sido atropelada. O extraordinário, o improvável, ou seja, qualquer outro motivo para o falecimento, depende de comprovação da parte interessada – no caso, a seguradora ré. Tal inversão também se justifica na teoria da carga dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a parte que dispuser de melhores condições para comprovar determinado fato é que tem o ônus de fazê-lo”¹⁰¹

A distribuição dinâmica do ônus da prova também já foi aplicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰² em caso que se discutia revisão de contrato bancário. Analisando o caso, o E. Tribunal entendeu que o banco possuía melhores condições de apresentar a documentação relativa aos contratos firmados, razão pela qual tal prova lhe deveria incumbir, uma vez que *“De acordo com o princípio da carga dinâmica da prova, aquele que está no controle da prova não pode negá-la”*.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão bastante recente, cassou acórdão proferido pelo Tribunal da Justiça da Bahia que negou a segurança pleiteada uma vez que o

¹⁰¹ TJRS, Rec. Inominado nº 71001286335, Rel. Dra. Maria José Shmitt Sant’Anna, 3ª Turma Recursal Cível, j. 05.06.2007.

¹⁰² TJMG, AI 3987795-34.2000.8.13.0000, Rel. Juiz Pereira da Silva, 2ª Câmara Cível, j. 16.12.2003.

Impetrante não teria apresentado as provas necessárias por entender que tal decisão violou o direito à prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas. Segundo o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, o empregador do Impetrante (no caso, a Administração Pública), teria melhores condições de apresentar os documentos funcionais deste (que saiu do emprego há mais de 40 anos), devendo ser atribuído, portanto, à Impetrada, este encargo¹⁰³.

Assim, a jurisprudência pátria, ciente das limitações inerentes à regra prevista pelo art. 333 do Código de Processo Civil vigente tem flexibilizado a distribuição dos ônus probatórios nos casos em que tal medida mostra-se necessária a viabilizar uma solução mais adequada para a controvérsia posta em juízo.

Com tal atitude, a jurisprudência não está viola o dispositivo contido em referido artigo, mas sim realiza uma interpretação harmônica deste preceito com as garantias constitucionais, fazendo prevalecer o direito das partes à produção probatória, além de assegurar uma efetiva participação paritária no processo, equilibrando deficiências existentes entre as partes.

III. 4. – A proposta de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil

A versão final do Código de Processo Civil aprovada pelo Senado em 17.12.2014¹⁰⁴ e submetida à sanção presidencial (Parecer 1099/2014 COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil) dispõe sobre a distribuição do ônus da prova no artigo 370, prevendo expressamente a possibilidade de alteração nas regras de distribuição deste encargo em atenção às

¹⁰³ STJ, RMS 38.025/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.09.2014.

¹⁰⁴ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157884&tp=1>, consultado em 19.12.2014, às 17h53.

peculiaridades do caso concreto ou quando uma das partes se mostrar em melhores condições de arcar com este encargo:

Art. 370. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Verifica-se que o texto aprovado pelo Congresso que pretende estabelecer o Código de Processo Civil incorpora expressamente em nosso ordenamento a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios em conformidade com a doutrina de Jorge W. Peyrano.

A regra geral da distribuição estática é mantida, posto que suficiente para regular a grande maioria dos casos levados a juízo. Contudo, admite-se a distribuição do ônus da prova de forma diversa, como exceção à regra geral, sempre que as peculiaridades do caso concreto revelarem que esta solução se mostra mais adequada para a situação discutida no processo.

A inovação trazida pelo texto submetido à sanção, além de constituir importantíssimo mecanismo para a busca da justiça no caso concreto e preservação dos direitos fundamentais no curso da relação processual, estabelece critérios importantes para impedir que a dinamização da distribuição do ônus da prova prejudique o direito de defesa do onerado.

O primeiro desses mecanismos constitui na necessária fundamentação da decisão, efetivando, dessa forma, imprescindível garantia processual, assegurada constitucionalmente.

Verifica-se, também, que o dispositivo, em seu § 1º, estabelece que quando se aplicar a distribuição dinâmica da prova, é imprescindível que esta seja realizada de modo a

viabilizar à parte onerada a adequada atividade instrutória necessária a cumprir seu ônus. Assim, garante-se plenamente o direito à prova.

Um outro ponto de atenção verificado no texto inicial do Projeto de Código de Processo Civil foi devidamente fixado no Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010¹⁰⁵. De acordo com a sistemática recursal inicialmente adotada pelo Projeto (art. 969 do PLS 166/2010¹⁰⁶, que restringia as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento), a decisão que, eventualmente, estipulasse uma distribuição do ônus da prova diversa da regra geral não seria recorrível por meio de recurso de agravo de instrumento, mas tão somente por meio de recurso de apelação.

Tal sistemática não parece ser adequada aos princípios da economia e da celeridade processual, pois eventual revisão da decisão pelo Tribunal implicaria na necessidade de devolução dos autos à primeira instância, para que se viabilizasse o desenvolvimento da instrução pela parte onerada.

Atento a estes receios, houve uma tentativa de ampliação do rol de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento para, dentre elas, incluir a decisão que distribui o ônus da prova “nos termos do art. 380, § 1º”, conforme art. 1.028, XIII do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010¹⁰⁷. Entretanto, tal previsão foi removida no último parecer apresentado pelo Senado¹⁰⁸, de forma que o texto final aprovado

¹⁰⁵ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=149911&c=PDF&tp=1>, consultado em 22.11.2014 às 16h37.

¹⁰⁶ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>, consultado em 19.12.2014 às 18h17.

¹⁰⁷ “Art. 1.028. Além das hipóteses previstas em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que:

(...)

XIII – redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 380, § 1º”; <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149911&tp=1>, consultado em 22.11.2014, às 16h37.

¹⁰⁸ Conforme art. 1.012 do relatório do Senado de 27/11/2014 que traz o “*texto consolidado do projeto de Novo Código de Processo Civil, com todos os ajustes descritos ao longo deste texto e com a devida renumeração dos dispositivos e atualização das remissões*”, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157517&tp=1>, consultado em 29.11.2014, às 12h41:

“Art. 1012. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I – tutelas provisórias;

retoma a sistemática segundo a qual a decisão que dinamiza os ônus da prova somente pode ser recorrida em sede de apelação e traz novamente os riscos apontados com relação aos possíveis prejuízos à economia e à celeridade processual.

Outro ponto que requer cautela diz respeito à parte da redação – antes prevista no PLS 166/2010 e no PLC 8.046/2010 – retirada do dispositivo após sua revisão na Câmara dos Deputados. Previamente, o art. 358¹⁰⁹ do PLC 8.046/2010 previa expressamente a necessidade de observação do contraditório, havendo expressa previsão para que, antes que se decidisse pela atribuição de ônus probatório de maneira diversa da regra geral, o juiz oferecesse oportunidade às partes de se manifestarem sobre a questão. Colocados os argumentos das partes, o juiz possuiria meios suficientes para decidir sobre a distribuição do ônus da prova no processo, evitando-se, assim, uma decisão proferida sem os necessários esclarecimentos sobre a causa e sobre os fundamentos que justificariam a flexibilização do ônus.

A retirada de tal obrigação pode acarretar em maior dificuldade de verificação sobre a necessidade de alteração da regra geral de distribuição dos encargos probatórios, além da possibilidade de resultar em cerceamento de defesa da parte onerada pela aplicação da

II – mérito da causa;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”

¹⁰⁹ “Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1CFB3D3BB5E1D0CA6CBB4C9CCD5D8F47.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010, consultado em 22.11.2014 às 17h09

distribuição dinâmica sem que lhe fosse dada oportunidade para se manifestar sobre a medida.

O dispositivo também foi objeto de Emendas, tanto ao tramitar no Senado como na Câmara.

A Emenda nº 31 ao PLS 166/2010 foi apresentada pelo senador Adelmir Santana, que aponta para o excesso de poder que o dispositivo atribui ao juiz, poder este que, *a priori*, deveria ser reservado ao legislador. A Emenda ressalta, também, que o dispositivo poderia prejudicar o direito à ampla defesa das partes que não saberiam, de antemão, qual seria a repartição do ônus da prova.

Tal Emenda foi rejeitada, uma vez que se entendeu que o dispositivo representava a vanguarda do processo civil e retirá-lo do projeto representaria um retrocesso.

Cumprido destacar que a motivação contida em referida emenda não possui fundamento, uma vez que o Projeto tomou o cuidado de determinar que a distribuição dinâmica não pode ser operada sem que se confira à parte onerada efetiva oportunidade para se desincumbir deste encargo.

Emendas com justificativas semelhantes foram apresentadas na Câmara dos Deputados.

A decisão do Congresso em manter o dispositivo que permite a dinamização do ônus da prova parece, contudo, acertada. Não somente por se tratar de teoria que representa a vanguarda do processo civil, mas também pelas diversas limitações verificadas com a adoção da distribuição estática do ônus da prova, que não se mostra adequada a solucionar todos os conflitos levados a juízo, além de, muitas vezes, deixar de assegurar importantes garantias constitucionais das partes, conforme já exposto neste trabalho.

IV. CAPÍTULO 3 – PROCEDIMENTO DA DINAMIZAÇÃO

Por se tratar de medida que implica em alteração da regra geral de distribuição do ônus da prova, a dinamização deve ser utilizada somente em casos excepcionais. Além disso, é importante que diversos requisitos sejam respeitados no momento da alteração do encargo, como forma de que este, no intuito de assegurar direitos constitucionais a uma das partes, não acabe por violá-los à parte onerada.

IV. 1. – Necessidade de decisão judicial fundamentada

Um dos requisitos previstos no Parecer 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil para que se opere a dinamização dos encargos probatórios diz respeito à fundamentação da decisão que decidir por afastar a regra estática.

Tal requisito representa um desdobramento do princípio da motivação das decisões judiciais e permite que se avalie, em cada caso, se a dinamização dos encargos da prova foi realizada em estrita observância aos ditames legais.

Evidentemente que, ante o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal¹¹⁰ a inclusão de exigência de motivação da decisão que alterar a distribuição do ônus da prova seria desnecessária, uma vez que se trata de garantia constitucional que, caso não respeitada, implica em nulidade da decisão. Contudo, a redundância da exigência mostra-se como um aspecto de fortalecimento da garantia, esclarecendo que a dinamização dos encargos probatórios deve ser acompanhada de motivação na qual se possa verificar a presença dos requisitos exigidos por lei.

¹¹⁰ “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”

A fundamentação das decisões judiciais, segundo José Cretella Neto, constitui importante garantia uma vez que viabiliza o conhecimento das razões do Poder Judiciário, permitindo à parte também a fundamentação de recursos a serem interpostos em face de determinada decisão¹¹¹. Observe-se que, ao viabilizar a adequada fundamentação de sua irresignação, o princípio da motivação também assegura, indiretamente, garantias como a ampla defesa e o contraditório, constituindo importante ferramenta ao bom desenvolvimento da relação processual.

Da mesma forma, ao permitir que se verifique se determinada decisão judicial encontra-se em estrita conformação com a lei e com os preceitos que devem nortear o ordenamento jurídico, a motivação das decisões mostra-se importante papel viabilizar a garantia da segurança jurídica, evitando que o subjetivismo passe a guiar o convencimento do julgador em determinadas circunstâncias. José Cretella Neto aponta que, além de constituir mecanismo de verificação da legalidade, a exigência de motivação das decisões também permite um controle popular sobre a imparcialidade do juiz¹¹².

A partir destas considerações, é inegável que a exigência de motivação das decisões deve ser adotada como regra geral do sistema, da qual não poderia escapar aquela por meio da qual se distribui diversamente os encargos probatórios conforme as peculiaridades de determinado caso concreto.

Com efeito, por se tratar de decisão que constitui exceção à regra processual (que distribui o ônus da prova conforme o polo processual ocupado e os fatos alegados pela parte), a dinamização dos encargos probatórios deve, invariavelmente, ser acompanhada de motivação robusta, na qual seja demonstrado o preenchimento de todos os requisitos legais necessários a autorizar a distribuição do ônus de forma diversa.

Mais relevante ainda se mostra a necessidade de motivação da decisão que impõe a dinamização no cenário atual – no qual há previsão legal expressa, mas pode ser aplicada

¹¹¹ Nesse sentido, CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2ª Ed. 2006. P. 115.

¹¹² *Op. Cit.* P. 116.

como forma de garantir o cumprimento de determinados princípios constitucionais em casos que a regra estática implica em violação a dados princípios.

A dinamização, seja prevista em lei, seja aplicada conforme desdobramento de garantias constitucionais, quebra a previsibilidade do desenvolvimento processual, medida que pode representar violação ao devido processo legal. A este respeito, Arthur Thompsen Carpes aponta que a previsibilidade é, ainda atualmente, valor de extrema importância aos ordenamentos jurídicos, uma vez que é medida de segurança aos jurisdicionados – delimitando de antemão seus deveres, poderes e faculdades – além de resguarda-los do arbítrio do órgão judicial¹¹³.

Assim, sendo a técnica da dinamização uma medida a ser aplicada nos casos em que a regra estática representa violação a determinados princípios constitucionais – e sendo este o fator determinante para a atribuição do ônus da prova de maneira diversa à imposição costumeira – a motivação da decisão, esclarecendo as razões que determinaram a dinamização é medida que se impõe, sob pena de se resguardar uma garantia constitucional (como a igualdade ou o direito a prova) em detrimento de outra (ampla defesa ou devido processo legal, por exemplo).

Arthur Thompsen Carpes entende que na motivação da decisão que determinar a inversão, o juiz deve “*fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele caso concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC*”. O autor aponta a necessidade de demonstrar os critérios que fundamentam a dinamização, uma vez que através destes critérios se poderá balizar a dinamização do ônus da prova no direito brasileiro e manter o controle de eventual arbitrariedade do julgador¹¹⁴.

Atento à importância da motivação das decisões judiciais, à excepcionalidade da aplicação da regra de dinamização do ônus da prova e à necessidade de controle das decisões judiciais (em especial no que diz respeito à adequação da decisão ao caso concreto), o legislador do texto que pretende estabelecer o Novo Código de Processo Civil tomou,

¹¹³ *Op. Cit.*, p. 128.

¹¹⁴ *Idem*, p. 130.

acertadamente, o cuidado de exigir a motivação da decisão que diversificar a distribuição estática do ônus da prova.

IV. 2. – Momento da dinamização

Ao se falar em distribuição dinâmica do ônus da prova, assume grande importância a definição do momento adequado para que seja proferida a decisão que a determinar.

No âmbito do direito consumerista, em que já tem aplicação regra de caráter semelhante representada pela inversão do ônus da prova, o legislador não foi cauteloso o suficiente, deixando de prever em que momento processual deveria ser proferida a decisão que determinasse a inversão.

Tal fato causou grande discussão processual e doutrinária, havendo entendimento no sentido de que (i) a decisão deve ser proferida desde o início do processo; (ii) a inversão deve se operar no momento do despacho saneador (ou, quando houver, da audiência preliminar); ou, ainda, (iii) admitindo que a inversão se dê na sentença, momento em que o juiz deve apreciar os elementos trazidos aos autos e, na falta de provas suficientes a formar sua convicção, aplicar a inversão como regra de julgamento.

A discussão acerca do momento em que deve ser aplicada a regra contida no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, tem trazido grande preocupação doutrinária a respeito da aplicação do ônus dinâmico da prova. Isso porque alguns autores vislumbram a possibilidade de utilização da dinamização como regra de julgamento, hipótese em que esta seria declarada somente na sentença e à parte onerada seria negado o direito de desincumbir-se do encargo.

Exatamente para evitar tais preocupações é que o legislador do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado, Nº 166 de 2010 preocupou-se em fazer constar expressamente no dispositivo que admitiu a distribuição do ônus da prova de maneira diversa à regra geral que, a decisão que assim o fizer, deve ser proferida em momento no qual seja possível à parte ter oportunidade de desincumbir-se deste ônus, previsão que foi mantida no texto submetido à sanção presidencial.

Da mesma forma, o art. 354, III¹¹⁵ do texto submetido à sanção presidencial estabelece o saneamento do processo como o momento em que deve o juiz definir a distribuição do ônus da prova, observada a possibilidade de dinamização. Tal previsão fixa, em definitivo, a necessidade de se estabelecer os encargos probatórios em momento anterior à instrução do feito e exatamente na mesma ocasião em que são definidos os pontos controvertidos, que serão objeto de prova.

Em outras palavras, a redação atual está atenta aos riscos que poderiam surgir da indefinição legislativa sobre o momento ideal para a dinamização dos encargos probatórios, de modo que esclarece que tal deve ocorrer em sede de saneamento do processo, de forma a viabilizar a regular produção probatória pela parte onerada.

Entendimento contrário não só representaria violação ao devido processo legal e à ampla defesa, mas significaria um esvaziamento de grande parte das razões que resultaram no desenvolvimento da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

A dinamização do ônus da prova foi pensada, dentre outros motivos já expostos neste trabalho, para atender à necessidade de melhor formação do conjunto probatório dos autos, levando ao julgador mais (e melhores) elementos para a formação de sua convicção, além de evitar situações em que a impossibilidade (ou extrema dificuldade) de produção da prova se tornem um óbice à obtenção de uma solução jurídica justa.

Encarada sob este aspecto, seria uma contrariedade intrínseca à teoria das cargas dinâmicas conceber a possibilidade de distribuir os ônus da prova de forma diversa à regra geral sem que seja dada à parte oportunidade para se desincumbir deste ônus.

Como já dito neste trabalho, uma das limitações verificadas no modelo estático que justificaram sua complementação com a possibilidade de dinamização do encargo probatório é justamente a necessidade de se enxergar o ônus da prova em seu aspecto subjetivo – como

¹¹⁵ **Art. 354.** Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 370;

regra de instrução – e não mais somente sob a ótica objetiva – como regra de julgamento. Admitir a dinamização no momento da decisão da causa – prolação da sentença – significaria ignorar grande parte das preocupações que motivaram a criação desta teoria, esvaziando-a, quase que completamente, de seu significado.

A ideia por trás da dinamização é garantir uma melhor formação do conjunto probatório dos autos e evitar que a parte seja penalizada por uma decisão quando impossibilitada de produzir prova de suas alegações, medidas que jamais poderiam ser satisfatoriamente atendidas sem que a parte onerada tenha oportunidade para produzir a prova que lhe compete.

É sempre importante ter em mente que um dos fatores fundamentais para a idealização da teoria ora analisada é a garantia constitucional do direito à prova, preocupação que sempre deverá ser buscada ao aplicar a dinamização. Tal norte impede que se admita a aplicação da distribuição dinâmica no momento da sentença.

Sobre este tema, Jorge W. Peyrano propõe a expressa previsão em lei que, na existência de audiência preliminar, este deve ser o momento em que as partes devem ser cientificadas a respeito de eventual entendimento no sentido de que, em razão das circunstâncias do caso concreto, operou-se eventual distribuição do ônus da prova de forma diversa da normal ou corrente:

“Posteriormente, se propone de lege ferenda que si se adoptara en el futuro alguna especie de audiencia preliminar, sería conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del onus probandi”¹¹⁶.

Arthur Thompsen Carpes entende que a decisão que fixa os ônus probatórios somente na sentença, especialmente quando esta dinamiza os encargos estabelecidos pela regra estática, padece de vício de legitimidade, não só por violar o direito ao contraditório, mas

¹¹⁶ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. In PEYRANO, Jorge (coord.), **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 24.

também por violar o interesse público, ao implicar em acontecimento inesperado que diminui a fé do jurisdicionado na administração da justiça, e o dever de colaboração do juiz para com as partes, por ter este se omitido em seu dever de prevenção. Por tais razões, defende que a decisão que modifica o ônus da prova seja prévia à instrução do feito, garantindo assim à parte o direito de trazer aos autos os elementos que entender suficientes para se desincumbir do ônus que sobre si recai. Aponta, ainda, que a alteração na estruturação da atividade probatória deve se dar em momento anterior à produção da prova, sob pena de se incorrer em vícios insanáveis ao processo¹¹⁷.

Há, contudo, posição doutrinária que defende a desnecessidade de se estabelecer a distribuição do ônus da prova em momento precedente à fase de instrução, podendo esta, ainda que se opte pela dinamização, ser fixada somente em sede de sentença. Tal posicionamento baseia-se no dever de cooperação das partes e filia-se ao entendimento de que a incerteza imposta pela possibilidade de dinamização dos encargos da prova em momento final ao processo seria benéfica a este, uma vez que constituiria um estímulo às partes para empenharem o máximo de esforços aptos a trazer aos autos mais elementos destinados a provar os fatos alegados¹¹⁸.

A despeito do posicionamento acima transcrito, parece mais adequada a sistemática conforme a qual a distribuição dos ônus probatórios deve ser operada e informada de forma a conceder oportunidade para que a parte possa se desincumbir deste ônus. Conforme já ressaltado neste trabalho, a dinamização do ônus da prova constitui medida destinada à garantia de determinados princípios constitucionais, sem que isto signifique tornar letra morta outros destes princípios.

Embora se possa admitir que a incerteza sobre a distribuição do encargo de provar traduza-se em maior empenho das partes para aportar aos autos mais elementos para a formação da convicção do julgador, a medida de se informar a regra de distribuição dos

¹¹⁷ *Op. Cit.*, pp. 136 – 137.

¹¹⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Processo*, vol. 208, jun/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais. Pp. 295 e ss.

encargos probatórios somente ao final do processo não se mostra compatível com a ideia de segurança jurídica.

V. CAPÍTULO 4 – PONDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Embora a distribuição dinâmica do ônus probatório mostre-se como uma teoria necessária ao aperfeiçoamento da distribuição do encargo de produzir a prova, permitindo que esta seja realizada com atenção às peculiaridades do caso concreto, assegurando, dessa forma, diversos princípios constitucionais além de contribuir com o escopo social do processo, a teoria é objeto de crítica por vários doutrinadores.

O próprio idealizador da teoria, Jorge W. Peyrano, aponta para o fato de que, ao se atribuir a produção da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la, deve-se considerar que esta parte também está em melhores condições de desvirtuá-la ou desnaturá-la em seu próprio benefício¹¹⁹. Para estas situações, o autor recomenda que a valoração da prova deve ser estrita ao analisar o material alegado pela parte que está em melhores condições, levando em consideração a possibilidade de manipulação da prova para favorecer a parte que a produziu¹²⁰.

No mais, embora tal crítica seja formulada quando se fala da distribuição dinâmica da prova, é certo que o risco se apresenta independentemente de qual seja o modelo adotado para distribuição do ônus da prova, afinal a parte que age de má-fé não o faz em razão de determinada regra processual, mas em razão de sua própria índole de beneficiar-se de determinada situação.

Outra crítica apontada diz respeito à incompatibilidade entre distribuição dinâmica do ônus da prova e as presunções de direito material. Isso porque alterando o ônus da prova e atribuindo-lhe à parte que possua melhor condições de realiza-lo, atribui-se o ônus da prova à parte que teria o benefício da dúvida das presunções de direito. A distribuição do ônus da prova deve ser rígida, assim como são rígidas as presunções de direito material. O

¹¹⁹ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos...*, p. 21.

¹²⁰ *Idem*, pp. 21-2.

dinamismo do ônus da prova faz com que este não seja mais consequência direta das presunções, mas uma oposição a estas¹²¹.

Contudo, a crítica em questão é baseada na feição objetiva do ônus da prova, encarado como regra de julgamento, aspecto que se pretende superar com a dinamização do encargo. Um dos objetivos da teoria de dinamização é que o ônus da prova seja considerado também em seu caráter subjetivo e tratado como regra de instrução destinada a organizar a atividade probatória das partes na relação processual, e não exclusivamente como regra de julgamento.

Também se pode criticar a distribuição dinâmica do ônus da prova, tal qual como disciplinada no Parecer 1099/2014 Da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, em razão do risco de tal instituto representar grande insegurança jurídica. O fundamento para tal crítica seria o fato de que o dispositivo (art. 370, § 1º) não prevê requisitos objetivos a serem considerados no momento da distribuição do ônus da prova, tal como faz o direito do consumidor. Assim, ficaria exclusivamente a cargo do juiz verificar se o caso concreto configura ou não uma hipótese de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Embora referida crítica demonstre uma preocupação válida – que pode, inclusive, resultar na banalização do instituto –, é certo que o dispositivo que estabelece a possibilidade de dinamização traz os contornos das situações em que tal medida deve ser aplicada. Não bastasse, a jurisprudência já vem delineando as hipóteses que representariam uma necessidade de distribuição do ônus da prova de maneira diversa da regra geral, tal como ocorreu nos casos de erro médico, documento em posse da parte sobre quem ordinariamente não recairia o ônus, conforme jurisprudência citada neste trabalho.

É preciso ter em mente sempre que a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova constitui uma exceção à regra geral de distribuição (atualmente consagrada no art.

¹²¹GRANDE, Maximiliano García. *Cargas Probatorias Dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables*, In <http://www.e-derecho.org.ar/cogreprocesal>, acessado em 13.03.2012, às 15h20.

333 do Código de Processo Civil). Tal mecanismo tem aplicação somente em casos específicos, cujas peculiaridades justifiquem a dinamização como forma de assegurar direitos fundamentais das partes.

A seguir, será feita uma análise mais detida das principais críticas feitas à (possibilidade de) aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

V. 1. – A regra constitui efetiva dinamização ou representa novo padrão estático

Um dos receios que parece surgir a partir da perspectiva de incorporação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aos ordenamentos jurídicos diz respeito à possibilidade de se criar uma nova regra estática de repartição dos encargos probatórios, podendo esta esbarrar nas mesmas limitações verificadas no que tange à regra estática atual.

A partir do início da aplicação prática desta teoria pela jurisprudência, é possível identificar o surgimento de uma série de hipóteses em que a dinamização seria aplicada como regra geral e não como exceção ao padrão estático. A título exemplificativo, é possível perceber que se proliferam artigos científicos e decisões judiciais defendendo a dinamização do ônus da prova nos casos de erro médico de forma genérica e sem necessariamente aconselhar a realização de um exame detido das peculiaridades do fato a ser provado.

O que parece ocorrer é que na tentativa de se criar situações exemplificativas nas quais a dinamização seria aplicada, surge uma noção de que sempre que configuradas tais situações, haveria a necessidade de redistribuição dos encargos probatórios.

Contudo, ao tecer tal raciocínio, ignora-se que a dinamização deve ser operada em relação a determinado fato (e não à toda prova a ser produzida em determinada demanda) e segundo as peculiaridades deste fato que impliquem em grande dificuldade (ou impossibilidade) de uma parte para produzir a prova e maior facilidade da parte que não seria inicialmente onerada.

Em outras palavras, tanto pela forma que se idealizou a teoria, quanto pela maneira em que se pretende positiva-la em nosso ordenamento, verifica-se a imperiosidade de análise prévia das circunstâncias de cada caso concreto em momento anterior à dinamização, o que significa dizer que, por mais que esta seja comumente aplicada a determinada espécie de

litígio, não haverá a criação de um padrão de utilização do instituto que permita prescindir dessa análise.

Por mais que se possa dizer que o padrão em determinadas circunstâncias, como novamente se tem como exemplo o caso de erro médico, seja que a nítida maior facilidade de uma das partes (profissional de medicina) na produção da prova e em contrapartida a dificuldade ou impossibilidade da outra parte (paciente, geralmente desacordado na sala de cirurgia e privado dos conhecimentos técnicos que possui a outra parte), isso não resulta em uma nova regra estática de distribuição do ônus da prova (na qual este sempre incumbiria ao médico), sob pena de se criar um novo caso de responsabilidade civil objetiva, em nítida violação ao art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

É possível que, nestes casos, a despeito do suposto causador do dano estar em melhor condição de produção da prova, não se configure a dificuldade ou impossibilidade do autor da demanda, não se autorizando a dinamização. Diga-se, a esse respeito, que existem hipóteses em que as cirurgias são filmadas ou até mesmo assistidas por testemunhas (o que muito comumente ocorre em casos de partos), situação em que não seria necessária a operação da dinamização para se comprovar eventual erro médico uma vez que bastaria ao paciente solicitar a fita de vídeo ou arrolar como testemunhas aqueles que acompanharam o ato.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas tem por sua natureza a pressuposição de manutenção da regra estática que distribui o ônus conforme a natureza do fato a ser provado (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo) e somente pode ser utilizada nos casos em que características particulares impliquem na insuficiência da regra geral. A dinamização, portanto, não pode prescindir de uma análise do caso concreto a fim de que se possa aferir se as peculiaridades do fato a ser provado resultam em dificuldade (ou impossibilidade) de produção da prova por uma das partes e maior facilidade da outra parte, sendo que, somente configurados estes requisitos haverá a distribuição diversa dos encargos probatórios.

Veja-se que a vinculação das peculiaridades da causa como requisito para a dinamização garante a necessidade de análise dos elementos de cada caso previamente à utilização do mecanismo, impedindo a criação de um rol taxativo de hipóteses em que este deva ser aplicado e, assim, evitando que se crie uma regra estática paralela.

V. 2. – Quebra do reflexo entre direito material e distribuição do ônus da prova

Maximiliano García Grande, um dos maiores críticos da teoria das cargas probatórias dinâmicas na Argentina, aponta para o que entende ser um dos perigos da aplicação dessa teoria: uma suposta quebra do reflexo existente entre direito material e ônus da prova.

Segundo o autor¹²², o ônus da prova constitui uma faculdade da parte, de forma que seu descumprimento – por sequer constituir uma obrigação processual – não pode acarretar a sanção processual maior, a perda da demanda. O que ocorre, na verdade, é que quando a parte deixa de produzir prova dos fatos que alega, aplicam-se ao caso as presunções de direito material, que não foram elididas com a produção de prova em contrário. Aliás, seu entendimento é no sentido de que a distribuição do ônus da prova é, na verdade, uma consequência das presunções de liberação do demandado¹²³.

A partir desse raciocínio, Maximiliano García Grande conclui que o ônus da prova não tem o condão de determinar que a decisão do litígio deva ser proferida com base na insatisfação da tarefa de produzir a prova (pesando a sentença contra aquele que, onerado com a produção de determinada prova, não se desincumbiu do encargo), mas sim de mostrar ao juiz o caminho de sua análise das provas no momento do julgamento, bem como demonstrar às partes a quem cabe a prova de determinado fato. Embora reconheça a importância da distribuição do ônus da prova, o autor entende que maior importância deve ser dada às presunções, responsáveis por definir tal distribuição¹²⁴.

A vinculação entre ônus da prova e direito material não é novidade na doutrina. Leo Rosemberg, ao estabelecer as premissas que vão nortear o desenvolvimento de sua teoria de fixação dos encargos probatórios afirma que deve existir uma regra de direito fixa, abstrata, determinando qual a parte deve sofrer as consequências da falta de prova em determinado

¹²² GRANDE, Maximiliano García. *Cargas Probatorias Dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables*. In <http://www.e-derecho.org.ar/cogreprocesal>, acessado em 13.03.2012, às 15h20, pp. 4 - 5.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ *Idem*.

feito e conclui que esta norma só pode ser uma: “*a parte cujo pedido processual não pode ter êxito sem que se aplique um determinado preceito jurídico, suporta o ônus da afirmação e da prova de que as características definidoras deste preceito estão realizadas nos fatos*”, restando apenas a definição de quais normas são favoráveis ao autor e quais ao réu, conforme já analisado neste trabalho em tópico próprio¹²⁵.

Maximiliano García Grande define as presunções como resultado de um processo de indução que pressupõe como ocorrido aquele fato mais provável de ter acontecido, sendo que quando há uma presunção fixada em lei, deve-se entender que a intenção do legislador foi estabelecer que as coisas devem ter sucedido daquela forma, somente se admitindo entendimento contrário mediante prova que quebre a presunção estabelecida¹²⁶.

A partir desta definição, é possível inferir que a ideia central que move seu raciocínio é que, instaurada determinada relação processual, o julgador deve ter em mente o modo natural e esperado de desenvolvimento das coisas (ou a presunção estabelecida em lei), sendo que a alegação que deve ser provada nos autos é aquela que contraria a ordem natural das coisas (por exemplo, o natural das obrigações é seu cumprimento, cabendo à parte que alega o inadimplemento a prova de sua ocorrência). Não comprovada a ocorrência do “fato antinatural” alegado na demanda, o julgamento deve ser feito com base na presunção de que as coisas ocorreram conforme sua ordem natural.

Em seguida, após analisar alguns doutrinadores que estabelecem a mesma relação entre o ônus da prova e as presunções, Maximiliano Garcia Grande conclui que as características do litígio não podem alterar a lógica de distribuição do ônus da prova, exceto em caso de má-fé de uma das partes, situação em que a presunção de direito material seria derrubada por uma presunção judicial. Para o autor, somente as presunções podem alterar o ônus da prova, o que impediria a aplicação da teoria das cargas dinâmicas da prova (segundo

¹²⁵ *Op. Cit.*, pp. 122 – 123, tradução livre da autora.

¹²⁶ *Op. Cit.*, pp. 6 - 7

a qual haveria diversificação na distribuição do ônus da prova de forma desatrelada às presunções)¹²⁷.

O autor entende que a aplicação da teoria dinâmica da prova implicaria em se atribuir o dever de comprovar determinado fato à parte que, inicialmente, estaria favorecida pelo benefício da dúvida estabelecido em seu favor por uma presunção, fazendo com que a distribuição do ônus probatório deixe de ser consequência das presunções de direito material para se opor a estas, criando uma contradição entre direito processual e material, razão suficiente para que se rechace a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova¹²⁸.

A crítica desenvolvida por Maximiliano García Grande parece, contudo, se prender a formalismos processuais excessivos, deixando de considerar as razões que motivaram a teoria de dinamização das cargas probatórias.

Embora não se possa afastar a ideia de existência de uma conexão entre direito processual e material, é certo que a noção de sujeição do primeiro ao segundo já está há muito superada. A noção de que o direito material deve definir a organização do desenvolvimento do processo – como pretende o autor ao estabelecer que o ônus da prova é repartido conforme as presunções de direito material – não se coaduna com a atual perspectiva instrumental do processo.

Conforme a ciência processual moderna, as normas processuais devem ser estruturadas de forma a viabilizar a efetivação do direito material. A instrumentalidade do processo deve, portanto, ser entendida como *“aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos”*¹²⁹.

¹²⁷ *Op. Cit.*, p. 13

¹²⁸ *Idem*, pp. 14 - 15.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Op. Cit.*, p. 47.

É importante anotar, ainda, que, conforme já dito neste trabalho, o caráter instrumental do processo abrange, inclusive, a necessidade de efetiva implementação dos princípios e garantias constitucionais.

Sob este enfoque, pode-se perceber que, ainda que se admitisse a definição do processo pelo direito material, como pretende Maximiliano García Grande, é certo que este reflexo, no atual cenário em que prevalece a ideia de processo civil constitucional, pode – e deve – ser rompido quando determinada situação posta em juízo o fizer necessário em nome da preservação de garantias constitucionais como o acesso à justiça, o direito à prova e a ampla defesa.

Não se pode permitir que, em situação na qual a distribuição tradicional do ônus da prova implique em situação de extrema dificuldade ou impossibilidade de produção desta prova, resultando em restrição ao direito de acesso à justiça e ao direito à prova, mantenha-se a repartição costumeira deste encargo apenas ante a necessidade de se manter um reflexo entre a distribuição do ônus da prova e o direito material, deixando de se atentar à necessidade de garantia dos princípios constitucionais.

Ainda que se admita a ideia de que o ônus da prova é um reflexo do direito material, não se pode ficar preso a formalismos excessivos em detrimento de importantes garantias que devem ser preservadas. Conforme a ciência moderna, o processo deve ser um meio destinado a atender determinados fins, em especial a pacificação com justiça. Nesse contexto, deve-se relativizar a intrínseca (segundo a crítica de Maximiliano García Grande) ligação entre direito material e ônus da prova, admitindo-se a dinamização deste quando tal circunstância se mostrar necessária à efetivação da justiça no caso concreto.

V. 3 – Dinamização e segurança jurídica

Uma das críticas que se pode tecer a respeito da proposta de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova refere-se à possibilidade de violação à garantia da segurança jurídica que esta pode representar, especialmente no cenário brasileiro atual em que a dinamização se opera sem previsão legal específica.

O princípio da segurança jurídica traduz-se em previsibilidade do comportamento do ordenamento, representando uma garantia de que os cidadãos não serão surpreendidos por

atitudes inesperadas ou imprevisíveis. No âmbito processual, representa a necessidade de prévio estabelecimento das regras que pautarão a relação, impedindo que as partes sejam surpreendidas por procedimentos ou determinações que não podiam ser deduzidas a partir das normas que pautam o desenvolvimento do processo.

Nesse sentido, Eduardo Yoshikawa esclarece que a prévia definição dos encargos probatórios é um desdobramento necessário da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, “*que impõe seja garantida uma dose razoável de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas*”¹³⁰.

Sob este aspecto, Adolfo Alvarado Velloso aponta para o imenso risco de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente em ordenamentos nos quais não há previsão legal expressa. O autor entende que a dinamização dos ônus probatórios traz o perigo de representar uma alteração das regras do jogo, às quais se ajustaram as partes durante todo o processo, no momento da decisão final, o que seria de ilegitimidade manifesta, independentemente da justiça da solução dada ao caso¹³¹. Conforme seu entendimento, somente à lei caberia regular os encargos probatórios a fim de dar segurança à atividade que os juízes exercem ao sentenciar¹³².

A crítica formulada, no entanto, parece deslocada de seu devido posto. Com efeito, a preocupação revelada não está ligada à dinamização em si e ao risco que esta traz à segurança jurídica, mas sim ao perigo decorrente de uma alteração da regra corrente de distribuição do ônus da prova em momento inadequado.

Alvarado Velloso, ao afirmar que as cargas dinâmicas representam um risco à segurança jurídica e ao devido processo legal, sempre tem em mente circunstâncias em que

¹³⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a Teoria da Distribuição do Ônus Dinâmico da Prova*. In Revista de Processo vol. 205, mar/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 115 e ss..

¹³¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Prólogo ao livro GARCÍA GRANDE, Maximiliano *Las Cargas Probatorias Dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris. 2005. Disponível em <http://www.adolfoalvarado.com.ar/Pdf/12-05/Grande%20-%20Las%20Cargas%20Probatorias.pdf>, consultado em 30.11.2014 às 22h08, p. 21.

¹³² *Idem*, p. 22.

a dinamização se dá ao final do processo, ou seja, sem que se dê a parte onerada a oportunidade de se desincumbir de seu encargo.

O momento ideal para a dinamização já foi objeto de discussão neste trabalho, ocasião em que se demonstrou a importância de que se dê ciência às partes sobre os fatos que a cada uma caberá comprovar em momento prévio à instrução do feito, e jamais em sua decisão final.

Seguindo-se esta lógica (que vem expressa no texto aprovado pelo Congresso que estabelece o Código de Processo Civil Brasileiro), afasta-se o risco apontado por Avelardo Velloso. A crítica formulada sob o entendimento de que a dinamização representa uma injusta alteração das regras do jogo após o curso do processo violando a segurança jurídica não subsiste quando se tem o cuidado de operar a dinamização em momento que permita às partes se desincumbir do ônus.

A preocupação formulada por Avelardo Velloso somente subsiste caso se fixe a premissa equivocada de atribuir à dinamização o caráter exclusivo de regra de julgamento. Neste trabalho, já foi analisado que o principal foco da dinamização está no aspecto subjetivo do ônus da prova, constituindo regra que se preocupa, precipuamente, em organizar a atividade probatória das partes, permitindo-as o melhor exercício de tal atividade. Ainda que em determinado caso se decida com base em eventual falta de prova (utilizando a repartição dos encargos probatórios como regra de julgamento), a dinamização jamais será operada somente no momento da sentença, uma vez que um de seus objetivos é, justamente, melhorar o conjunto fático a ser formado ao longo da demanda e evitar a decisão com base em falta de provas contra a parte impossibilitada de produzi-la, o que jamais seria possível caso o encargo probatório seja informado somente ao final do processo.

Eduardo Yoshikawa destaca um outro problema que pode advir da alteração, no curso do processo, da distribuição da carga da prova. Segundo o autor, as partes preparam-se para a relação processual muito antes do início desta, de forma que a dinamização, ainda que em

sede de despacho saneador, pode resultar em falta do tempo necessário para que o onerado busque as provas necessárias a fim de se desincumbir deste novo ônus¹³³.

Contudo, ao tecer esta crítica, o autor deixa de observar que, segundo a teoria das cargas dinâmicas da prova, a alteração do ônus se dá sempre tendo em vista a parte que possua melhores condições de realizar a prova do fato, o que significa dizer que, ao contrário de seu entendimento, a aplicação dessa teoria observa diretamente a condição de determinada parte com relação à prova, sendo, inclusive, vedada sua aplicação quando esta resultar em *probatio diabolica*.

Não bastasse, sua crítica parece estar assentada na premissa equivocada de que, via de regra, as partes têm ciência da existência do litígio em momento anterior a seu início, o que sempre lhes permitiria iniciar a busca de material probatório antes mesmo de instaurada a relação processual.

Ao tecer esta crítica, o autor também deixa de considerar que, segundo a proposta legislativa, bem como a teoria e jurisprudência sobre a matéria, a utilização do mecanismo da dinamização do ônus da prova pressupõe que a parte tenha oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído através da adequada produção da prova. Novamente, embora em casos excepcionais não se poderá evitar que a dinamização seja utilizada como regra de julgamento, não se pode perder de vista que sua principal função é melhorar a formação do conjunto fático nas demandas em que este não demonstra condições de ser adequadamente formado a partir da aplicação da regra geral. A ideia por trás da dinamização é que se possa facilitar a garantia do direito a prova e o acesso à justiça, jamais podendo a teoria ser aplicada de forma a afastar tais garantias.

Sempre que tais premissas forem mantidas em mente no momento de aplicação da teoria das cargas dinâmicas da prova, não haverá inconsistência entre a dinamização e a segurança jurídica, pois, embora haja uma alteração na regra prévia de distribuição do ônus da prova, esta se dá de em respeito à previsibilidade (uma vez que somente cabível em

¹³³ *Op. Cit.*, p. 115 e ss.

situações específicas) e não causa prejuízo ao onerado, que terá diante de si as oportunidades para realização da prova, desincumbindo-se adequadamente de seu ônus.

V. 4. – Possibilidade de manipulação da prova

Um ponto de extrema atenção com relação à dinamização do ônus da prova diz respeito à possibilidade de manipulação da prova pela parte em melhores condições de produzi-la. O receio justificar-se-ia ante a dificuldade de acesso de uma das partes à prova, contraposta à maior facilidade da outra parte, o que poderia lhe significar a oportunidade de alterar a prova (ou a forma como está será incorporada ao processo) de modo a lhe favorecer.

Este risco não passou despercebido por Jorge A. Peyrano, que recomenda ao julgador rigidez no momento de apreciar a prova colacionada aos autos pela parte em “melhores condições”, uma vez que o elemento trazido a juízo pode ter sido objeto de manipulações tendentes a favorecer a parte que apresentou o material de prova¹³⁴.

Tal preocupação, contudo, não parece ser algo que se restrinja à hipótese de dinamização dos encargos probatórios, mas é reflexo de algo que deve nortear o desenvolvimento da relação processual como um todo.

Com efeito, predominando a visão publicista do processo, devem as partes atuar de forma cooperativa no desenvolvimento da lide, desenvolvendo sua conduta processual conforme os critérios de lealdade e boa-fé. A manipulação da prova, operando-se ou não a dinamização, representa violação ao dever processual de boa-fé.

A lei processual brasileira vigente, ao estabelecer os deveres das partes na relação processual, determina que estas devem agir com lealdade e boa-fé, caracterizando como violação deste princípio a alteração da verdade dos fatos (art. 14 e 17 do Código de Processo Civil vigente). Verifica-se que o legislador já se mostra preocupado com a possibilidade de

¹³⁴ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas* In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, p. 22.

manipulação da prova (que seria uma forma de alterar a verdade dos fatos) pelos litigantes, demonstrando que tal risco não é prerrogativa da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A boa-fé processual se apresenta como um compromisso ético das partes de recorrer à justiça para buscar a tutela de direitos em que verdadeiramente acreditam, impondo à parte o dever de apresentar em juízo todas as provas que a justiça lhe solicitar, ainda que lhes sejam desfavoráveis¹³⁵.

Nesse contexto, o risco de manipulação da prova pela parte em melhores condições não deve ser encarado como um problema exclusivo da aplicação da dinamização dos encargos probatórios, sendo uma conduta abarcada pelas previsões de violação do princípio da boa-fé que deve pautar a relação processual.

Tal risco, portanto, muito embora deva ser objeto de atenção pelo julgador, não constitui impedimento à aplicação da dinamização.

No caso, deixar de viabilizar a distribuição dinâmica dos ônus da prova com justificativa no receio de manipulação dos elementos probatórios pela parte em melhores condições, significaria barrar um importante avanço da ciência processual, com base na possibilidade de um dos sujeitos processuais não atuar em conformidade com os ditames legais (no caso, com o dever de boa-fé processual).

Não parece legítimo justificar a exclusão de previsões legais pensadas de forma a assegurar importantes garantias constitucionais – como é o caso da distribuição dinâmica – sob o fundamento da possibilidade de manipulação da prova, uma vez que se trata de conduta conflitante com um dos princípios que norteia a relação processual. Em outras palavras, não se mostra adequado restringir direitos ou deixar de positivar determinados mecanismos com base na possibilidade de conduta ilícita de uma das partes.

¹³⁵ GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 164, out/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 29 e ss.

V. 5. - Impossibilidade de obtenção da verdade real

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, dentre outros objetivos, preocupa-se com a melhor formação do conjunto fático da lide, visando uma aproximação maior entre verdade processual e verdade real. Em outras palavras, pretende criar meios que permitam maior aproximação entre os fatos e a reprodução destes dentro da relação processual.

Tem crescido na doutrina a ideia de aproximação entre verdade e justiça, havendo, inclusive o entendimento de que a busca pela verdade material assumiria importância equivalente à busca por uma justiça célere e eficaz¹³⁶.

Alguns doutrinadores, defendem, inclusive, à necessidade de utilização da dinamização para que seja viabilizada a obtenção da verdade real no âmbito da relação processual (ou para que se aproxime ao máximo dela), uma vez que a verdade formal não se mostraria satisfatória para a obtenção de uma decisão jurídica justa¹³⁷.

Sob este aspecto, a dinamização não seria unicamente um mecanismo destinado a garantir o acesso à prova quando a produção desta mostrar-se impossível (ou extremamente difícil) caso mantido o padrão rígido de distribuição do ônus, mas sim, um meio de proporcionar mais e melhores elementos probatórios, permitindo que se reproduza no contexto processual algo o mais próximo possível da (se não a própria) verdade real.

Trata-se de um raciocínio que parte do pressuposto de que a solução jurídica justa não seria viável caso formada com base em um juízo de probabilidade, sendo necessário para a obtenção desta uma convicção formada a partir de um juízo de certeza científica. Revela-se, nesse pensamento, a imposição de um *standart* probatório de nível absolutamente

¹³⁶ DORIA, Rogéria Dotti. *O Direito à Prova e a Busca da Verdade Material*. In KJINK, Danilo, Coord. **Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 323.

¹³⁷ Nesse sentido: MORAES, Denise Maria Rodrigues. *A Dinamização da Regra de Distribuição do Ônus da Prova como Instrumento de Busca da Verdade e de Efetivação da Justiça*. In Revista de Processo vol. 226, dez/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61 e ss.

elevado, no qual somente a exata reprodução da verdade real (ou algo muito próximo disso) poderia servir como fundamento de uma decisão judicial.

Contudo, é importante observar a extrema dificuldade – e em grande parte dos casos, impossibilidade – de se reproduzir com exatidão no processo os fatos tais como eles ocorreram e adotar a cautela de não permitir que a busca pela verdade real torne-se o norte da demanda em prejuízo de outras importantes garantias processuais, como, por exemplo, a celeridade.

Michelle Taruffo, em análise sobre os inimigos à busca da verdade no âmbito processual, identifica na doutrina posições céticas – ou até negativas – ao considerar a hipótese de se a verdade dos fatos deva ou possa ser considerada um escopo do processo. Segundo o autor, aqueles que acreditam na impossibilidade de obtenção da verdade real dentro do aspecto processual entendem que o processo não é um lugar de pesquisa científica no qual se possa buscar a verdade indefinidamente, pelo contrário, é cercado de limitações que impedem esta busca. Por outro lado, aqueles que entendem que a verdade real não deve ser um objetivo do processo entendem que este destina-se a colocar fim a um litígio, não averiguar a verdade dos fatos. Neste cenário, a busca da verdade real exige tempo, recursos e atividade processual desnecessários¹³⁸.

Ainda sobre a análise de verdade na relação processual, Michelle Taruffo defende a necessidade de se superar a repartição entre “verdade absoluta e relativa”, bem como entre “verdade formal e verdade material”. Para o autor, a verdade obtida sempre será relativa às informações sobre as quais se funda e aos métodos empregados para obtê-la, o que não significa que a verdade não exista, mas apenas que esta não é absoluta e é estabelecida com base nas provas disponíveis, havendo processos em que a busca da verdade é facilitada e outros em que é bastante difícil ou até impossível¹³⁹.

¹³⁸ TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità nella Prova dei Fatti*. In Revista de Processo vol. 154, dez/2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 207 e ss..

¹³⁹ *Idem*.

A partir dessa análise, é possível perceber a impossibilidade de se estabelecer a busca da verdade real como finalidade do processo sem a qual não haveria justiça nas decisões. Isso porque, além de demandar tempo e dedicação que muitas vezes não interessam ao desenvolver de uma relação processual, a obtenção da verdade real inconteste é, via de regra, impossível. Vincular a justiça da decisão à verdade real pode transformar a relação processual em uma busca indefinida por meios e elementos capazes de provar os fatos alegados pelas partes, o que coloca em risco não só a celeridade, mas a própria necessidade de pacificação do litígio.

Neste cenário, é importante ter em mente que a distribuição dinâmica do ônus da prova não deve ser utilizada como um mecanismo de busca desenfreada pela verdade real. A intenção do instituto, embora diretamente atrelada à melhora do conjunto fático dos autos, não pode se perder em objetivos que não interessam ao processo ou que são impossíveis de se obter dentro da relação processual.

O intuito da aplicação da dinamização é garantir o acesso à prova, especialmente em situações que, em razão de hipossuficiência de qualquer natureza, uma parte se mostre em desvantagem com relação à produção probatória, ao passo que a parte contrária se encontra em situação mais vantajosa, evitando que a desigualdade verificada resulte em violação a garantias constitucionais do processo, como o direito à prova e ao escopo de pacificação com justiça.

V. 6. – Risco de inversão da *propatio diabólica*

Muito embora a teoria das cargas probatórias dinâmicas esteja fundada na ideia de atribuir o encargo probatório à parte que se mostrar em melhores condições de realiza-lo, é possível que sua aplicação, sobretudo quando operada com base na constatação de hipossuficiência de uma parte com relação a outra, represente um grave risco de se deixar de observar a condição da parte contrária para efetiva produção da prova que inicialmente não lhe incumbia.

Sérgio José Barbeiro ensina que estar em melhores condições de produzir a prova significa que o sujeito a quem se atribui o ônus possui uma posição privilegiada ou destacada

com relação ao material de prova, seja pelo papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, seja por ter em seu poder o material de prova, dentre outros fatores¹⁴⁰.

Como se pode observar em grande parte dos textos científicos que discutem a matéria, a dinamização é comumente pensada a partir da ótica da parte que, inicialmente onerada, não demonstra condições de realização da prova, muitas vezes se esquecendo de pensar na posição que a parte supostamente em melhores condições ocupa com relação ao fato.

Tome-se como exemplo, decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁴¹ que justificou o afastamento do encargo do autor de comprovar o fato constitutivo de seu direito em demanda que se pleiteava ressarcimento da seguradora por dano decorrente de acidente de trânsito, atribuindo o ônus da prova à seguradora ré. No caso, o fato controvertido versava sobre a ocorrência ou não de um atropelamento que vitimou o companheiro da Requerente.

No caso, ao aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas, o julgador deixou de observar que ambas as partes do processo possuíam a mesma dificuldade para demonstrar os fatos ocorridos, uma vez que nenhuma delas estava presente no momento do suposto acidente, de forma que, qualquer das partes que sobre quem recaia o ônus da prova terá igual dificuldade de se desincumbir dele.

Nessa hipótese, ao aplicar a dinamização de forma a impor à parte não inicialmente onerada a tarefa de produzir uma prova que é igualmente difícil aos sujeitos processuais, uma das ideias fundadoras da teoria das cargas probatórias dinâmicas é deixada de lado, de forma que ocorre inevitavelmente, um óbice ao desenvolvimento do processo de forma a atender as garantias constitucionais.

¹⁴⁰ BARBERIO, Sergio José. *Cargas Probatorias Dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?* In PEYRANO, Jorge (coord.), **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 101.

¹⁴¹ TJRS, Rec. Inominado nº 71001286335, Rel. Dra. Maria José Shmitt Sant'Anna, 3ª Turma Recursal Cível, j. 05.06.2007.

A este respeito, cumpre citar as palavras de Artur Thompsen Carpes: “*impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição*”, premissa que leva o autor a concluir pela impossibilidade de alterar a distribuição dos ônus da prova quando a medida implicar em encargo impossível ou extremamente difícil à parte que passará a ser onerada¹⁴².

Este receio é, também, compartilhado pelo próprio idealizador da teoria das cargas probatórias dinâmicas, Jorge W. Peyrano, que ressalta a possibilidade de a parte que, à primeira vista, parece em melhores condições de produção da prova não estar, efetivamente, em tal situação privilegiada. Segundo o autor, a dinamização do ônus da prova não se pode operar nestes casos, aplicável somente quando o demandado se revelar em reais condições de provar o fato, mas nunca quando a prova se mostrar igualmente difícil para ambas as partes¹⁴³.

A preocupação de delimitar a aplicação do instituto de forma a impedir que se configure a *probatio diabolica* em reverso também foi compartilhada pelo legislador do Código de Processo Civil enviado para a sanção presidencial.

O art. 370, § 2º do texto aprovado pelo Congresso impede que se opere a dinamização do ônus da prova quando isso implicar em encargo extremamente difícil ou impossível¹⁴⁴, de forma que, caso sancionada a lei, em nosso ordenamento haverá expressa previsão no sentido de impedir a inversão de uma *probatio diabolica*.

Em tais hipóteses, quando a prova do fato se mostrar igualmente difícil para ambas as partes, a dinamização do ônus não se mostra como a solução adequada para obtenção da melhor solução do caso. Tratando-se de mecanismo criado para resguardar o direito de

¹⁴² CARPES, Artur Thompsen. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2010, pp. 90 – 91.

¹⁴³ PEYRANO, Jorge W. *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica* In *Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, p. 96.

¹⁴⁴ “§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

acesso à prova à parte que se encontra em dificuldade para produzi-la, não se pode admitir a utilização do mecanismo de forma a impor restrição de tal direito à parte contrária.

Nesse sentido, andou bem o legislador ao incluir no texto de Código de Processo Civil submetido à aprovação a impossibilidade de dinamização do ônus da prova quando esta significar a imposição de ônus do qual não pode a parte se desincumbir.

V. 7. – Sobre a necessidade de expressa previsão legal

A distribuição dinâmica do ônus da prova já vem sendo aplicada em nosso ordenamento há algum tempo, uma vez que, por se tratar de mecanismo que visa a assegurar direitos fundamentais como o direito à prova e o escopo social do processo (pacificação com justiça), sua utilização não depende de expressa previsão legal.

Pode-se, ainda, defender a aplicação da dinamização a partir da ideia de cooperação das partes, segundo a qual todos os litigantes seriam, conjuntamente, responsáveis pela produção da prova.

A ideia de processo cooperativo traz o desenvolvimento do contraditório como um importante elemento de formação da convicção do juiz¹⁴⁵, e visa o restabelecimento do caráter isonômico do processo, o que se dá a partir do fortalecimento dos poderes das partes e de uma participação mais ativa e leal destas na relação processual¹⁴⁶.

Trata-se de perspectiva segundo a qual as partes atuam em conjunto e colaborativamente para a formação da convicção do julgador e independentemente dos ônus processuais que lhes são atribuídos. Nesse contexto, a produção da prova ocorreria pela parte em melhores condições poderia ser determinada com base no dever de colaboração das

¹⁴⁵ Nesse sentido: COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *O Contraditório Cooperativo no Novo Código de Processo Civil*. In Revista de Informação Legislativa, nº 190, abr. – jun./2011, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 45 – 48.

¹⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215, acessado em 20.05.2008, às 16h15.

partes e independentemente da regra geral estática de repartição dos encargos, o que autorizaria a dinamização de tal ônus independentemente de expressa previsão legal.

A aplicação da dinamização como desdobramento do dever de cooperação, ainda que signifique uma possibilidade de melhor formação do conjunto fático, a partir do momento que a produção da prova é encarada como um ônus comum às partes, não se mostra apta, contudo, a resolver os problemas relativos à necessidade de uma regra de julgamento quando determinado fato não resta demonstrado nos autos. Dessa forma, ainda que o conjunto fático se forme com base no esforço conjunto das partes, a hipótese (indesejável) de insuficiência de elementos para a formação do juiz não se mostra solucionada.

A dinamização é passível de ser aplicada, ainda, como desdobramento da garantia de igualdade entre as partes (encarada sob o aspecto de igualdade substancial), bem como em razão da violação ao direito à prova que decorre da regra estática em determinadas situações.

Ao longo deste trabalho já foram estudadas as limitações do modelo estático de repartição dos encargos probatórios que motivaram o desenvolvimento de uma teoria (complementar) destinada a reparar os problemas decorrentes destas limitações. A partir dessa análise, constatou-se que, em diversas situações, a distribuição do ônus da prova conforme a regra geral estabelecida representa violação a princípios e garantias constitucionais, podendo prejudicar a obtenção de uma decisão jurídica justa.

A regra de distribuição dos encargos probatórios estabelecida pelo art. 333 do Código de Processo Civil, embora mostre-se adequada para a solução de grande parte dos litígios, deixa de considerar situações em que a desigualdade das partes resulta em extrema dificuldade ou impossibilidade de produção da prova. É o caso, por exemplo, já citado neste trabalho, do litigante esporádico (em contrapartida ao litigante habitual), das causas que demandam determinado conhecimento técnico (que um dos litigantes não possui) dentre outras diversas situações que por hipossuficiência técnica, cultural, social, dentre outras, um dos litigantes se mostra em situação de desvantagem para a produção da prova, ao passo que o outro possui maior facilidade para cumprir com esta tarefa.

Em tais situações, a relação processual deve se desenvolver de forma a adequar no âmbito interno do processo as desigualdades verificadas materialmente, sendo esse o único meio de garantir a paridade de armas entre os sujeitos do processo. Como já dito neste

trabalho, o processo deve ser utilizado para a implementação das garantias constitucionais de forma absoluta, assegurando-as efetivamente, não somente no plano formal.

Sob este aspecto, a dinamização do ônus da prova em situações que a hipossuficiência da parte represente impossibilidade de realização da prova (verificando-se, em contrapartida, a maior facilidade da parte contrária), nada mais é do que uma medida destinada à condução da relação processual em conformidade ao princípio da igualdade, carecendo, portanto, de autorização legal expressa.

Da mesma forma, ao garantir que a parte não seja onerada com prova que para ela se mostre impossível (ou extremamente difícil), a dinamização opera-se como desdobramento do direito à prova e, em última análise, do acesso à justiça, na medida em que garante que o provimento jurídico não seja proferido com base em ausência de prova sem observar que esta não se deu por inércia da parte, mas sim por limitações transcendentais a sua vontade.

Nada obstante, ainda que seja possível a aplicação prática da dinamização com base nos princípios constitucionais do processo, como ocorre em diversas decisões judiciais inclusive do STJ, é certo que a previsão expressa da possibilidade de alteração da distribuição do ônus da prova é uma garantia importante à parte que dela necessitar, uma vez que o resguardo legal evita que o direito à prova esteja sujeito a interpretações (que assim como na doutrina, podem variar no âmbito jurisprudencial) sobre a possibilidade de se afastar a regra geral.

A positivação se mostra importante, também, para contornar alguns requisitos essenciais da dinamização, tais como a necessidade de decisão motivada e de se conceder à parte onerada oportunidade para realização da prova. A expressa previsão legal, permite, também que se evite determinados abusos no momento de aplicação da dinamização, no caso do projeto de Código de Processo Civil, por exemplo, o legislador teve a cautela de afastar expressamente uma das preocupações manifestadas nesse trabalho ao determinar que a dinamização não pode se operar quando a prova se mostrar extremamente difícil também para a parte contrária.

VI. CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DE POSITIVAÇÃO DA DISCIPLINA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

VI. 1. – Sistemática e disposição legal

O Parecer 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil¹⁴⁷, mantém a disciplina atual de distribuição dos encargos probatórios, que traz em si o fundamento de ônus de alegação, conforme análise já tecida neste trabalho, prevendo, contudo, a possibilidade de dinamização desta regra quando a distribuição estática do ônus não se revelar a mais adequada para a obtenção da solução jurídica em determinado caso concreto, *verbis*:

Art. 370. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil.¹⁴⁸

Muito embora o legislador tenha se preocupado em incluir importantes garantias no texto legal que permite a dinamização do ônus da prova – tais como a necessidade de se dar

¹⁴⁷ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157884&tp=1>, consultado em 19.12.2014, às 17h53.

¹⁴⁸ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149911&tp=1>, consultado em 22.11.2014, às 16h37.

oportunidade à parte para se desincumbir do ônus e proibição da aplicação da dinamização quando esta representar encargo impossível ou extremamente difícil – é certo que o texto não se preocupou em regulamentar todas as peculiaridades da aplicação do instituto, deixando de prever diversas especificidades que podem resultar em riscos e problemas quando de sua efetiva aplicação.

Além disso, conforme já apontado anteriormente neste trabalho, a sistemática recursal do texto que estabelece o Código de Processo Civil, encaminhado à sanção presidencial estabelece que a decisão que distribuir os encargos probatórios somente poderá ser impugnada em sede de recurso de apelação, ou seja, após o exaurimento da jurisdição de primeiro grau, de forma que, eventualmente acolhida a impugnação pelo Tribunal, o processo deverá ser remetido ao primeiro grau para que se desenvolvam novamente os atos da fase instrutória, o que pode representar um contrassenso aos princípios da economia e da celeridade processual.

A seguir, passe-se a uma análise mais detida de alguns pontos do texto legal submetido à sanção presidencial que podem gerar problemas práticos na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

VI. 2. – Lacunas legislativas e possíveis problemas interpretativos

Conforme se verifica do texto do dispositivo que permite a dinamização da distribuição do ônus da prova, ao determinar que esta se opera quando as peculiaridades da causa impliquem em impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, estabelece os requisitos que devem ser preenchidos a fim de que possa se operar a dinamização.

Contudo, o texto ficou bastante aberto e indefinido, podendo ser objeto de problemas interpretativos que gerariam dificuldade na aplicação do instituto ou, ainda, inadequação de sua utilização.

Sobre esse tema, André Almeida Garcia, ainda em análise sobre o PLC 8.046/2010, destaca legítima preocupação com a dificuldade trazida pela indefinição dos requisitos autorizadores à dinamização do ônus da prova:

“No entanto, alguns desses requisitos possuem sentido equívoco que tendem (sic.) a suscitar muitas dúvidas, entre as quais se pode destacar: quais as ‘circunstâncias da causa’ que autorizam a inversão? Em que consistiria a peculiaridade do fato a ser provado? Qualquer fato peculiar já seria suficiente para autorizar a inversão ou haveria ‘graus de peculiaridade’? Quais as ‘condições’ que uma das partes deve ter melhor do que a outra? Seriam condições financeiras, técnicas ou então judiciais, de acordo com a habitualidade dos litígios em que é parte?”¹⁴⁹

A lei não estabelece um critério seguro que permita afirmar, indubitavelmente, as circunstâncias que autorizariam a dinamização do ônus da prova, apenas criando um contorno das situações em que deveria haver a aplicação deste instituto

A existência de tais lacunas, permite, em um primeiro momento, a retomada da crítica apresentada em sede de emenda ao PLS 166/2010 (Emenda nº 31) segundo a qual a incluir a possibilidade de dinamização do ônus da prova representaria uma atribuição indevida de poderes ao juiz. A falta de definição mais precisa sobre as hipóteses que autorizam a utilização do mecanismo deixa sua aplicação a critério da subjetividade de cada julgador¹⁵⁰.

Ocorre que a aparente indefinição do texto legal é reflexo, justamente, das características do instituto. A distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser usada excepcionalmente e tão somente em circunstâncias nas quais a regra estática não seja satisfatória para a solução da lide, representando extrema dificuldade para uma parte na produção da prova e maior facilidade da parte contrária em contrapartida. A criação de um rol taxativo ou de hipóteses mais específicas sobre o cabimento significaria o estabelecimento de uma nova regra estática a ser aplicadas em casos legalmente determinados.

¹⁴⁹ GARCIA, André Almeida. *A Distribuição do Ônus da Prova e sua Inversão Judicial no Sistema Processual Vigente e no Projetado*. In Revista de Processo vol. 208, jun/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91.

¹⁵⁰ Nesse sentido, fala-se em estabelecimento de um critério *ope judicis* para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In Revista de Processo, vol. 208, jun/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 295 e ss.

A forma como redigido o artigo que pretende incluir a distribuição dinâmica em nosso ordenamento força o julgador a uma análise detida do caso concreto antes de decidir sobre a repartição dos encargos da prova, permitindo que a dinamização se opere, tão somente, quando este se convencer que a regra estática não é satisfatória para a solução justa do litígio, mantendo, assim, seu caráter subsidiário.

Ainda, a exigência de motivação da decisão que fixar os encargos probatórios, como já dito, constitui um importante mecanismo de controle da correção da aplicação do instituto, além de permitir que através da jurisprudência sejam melhor delineados os contornos de sua aplicação.

VI. 3. – Inadequação da via recursal prevista – violação ao princípio da celeridade processual

O texto aprovado pelo Congresso que pretende estabelecer um novo Código de Processo Civil reduz as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento a um rol taxativo¹⁵¹, não incluindo dentre elas a decisão que distribuir o ônus da prova.

A sistemática estabelecida, parece, contudo, vinculada à visão atualmente predominante de ônus da prova como regra de julgamento, deixando de considerar que, na forma como estabelecida no Parecer nº 1099/2014, o caráter subjetivo da distribuição do ônus da prova ganha importância crucial a partir da previsão expressa no sentido que “*o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”.

Mantendo esta previsão em mente, resta evidente que não se pode mais adotar a visão, já expressa inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵², no sentido de que a decisão que distribui o ônus da prova pode ser modificada a qualquer tempo, mesmo após a decisão

¹⁵¹ V. nota 108.

¹⁵² Nesse sentido, aponta Artur Thompsen Carpes, citando decisão proferida em sede de AgRg na MC 11.970/RJ, proferida pela 3ª Turma do STJ em 07.12.2006. *A Nova Redação do Caput do art. 522 do CPC (Lei 11.187/2005) e o Recurso Cabível da Decisão Acerca da Dinamização dos Ônus Probatórios* In Revista de Processo vol. 179, jan/2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89 e ss.

de mérito. Isso porque, com a previsão expressa impondo a necessidade de se conceder à parte oportunidade para se desincumbir de seu ônus, a modificação da repartição deste ônus após a decisão de mérito (no caso, em sede julgamento de recurso de apelação) implica na necessidade de anulação da sentença e retorno dos autos à primeira instância para que, em novo momento instrutório, aquele que recebeu o encargo de produzir a prova através de reforma da decisão que fixou inicialmente o ônus, possa dele desincumbir-se.

Veja-se que, na sistemática do Código de Processo Civil vigente, com as alterações trazidas pela Lei 11.187/05 (restrição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento), já havia dúvida jurisprudencial e doutrinária sobre o recurso cabível contra a decisão que distribuía os ônus da prova (entre o agravo de instrumento e o agravo retido, que seria julgado somente após o encerramento da jurisdição em primeiro grau).

Em análise da questão, Artur Thompsen Carpes aponta a necessidade de reabertura da fase instrutória em caso de reforma da decisão somente após o julgamento da demanda, o que se revela como uma dilação indevida do tempo de duração do processo e representa dano irreparável a todos que dele participarem¹⁵³.

Essa dinâmica imposta pela sistemática recursal adotada – segundo a qual é possível a reforma da decisão que distribuiu o ônus do processo em sede de julgamento de recurso de apelação, impondo o retorno à primeira instância para repetição de todos os atos praticados desde o início da fase instrutória – mostra-se contraditório à duração razoável do processo e viola os princípios da economia e celeridade processual.

A via recursal prevista no Parecer 1099/2014 mostra-se ainda mais grave após a supressão da determinação de dinamização do ônus somente após o contraditório, uma vez que o recurso de apelação será o primeiro momento processual no qual a parte onerada poderá se insurgir contra a dinamização, o que não parece condizente com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

¹⁵³ *Idem.*

Em razão dos problemas verificados, houve uma tentativa de inclusão (art. 1.029 XIII do Substitutivo da Câmara ao PLS 266/2010) da decisão que distribui o ônus da prova no rol das matérias impugnáveis por meio de agravo de instrumento, o que garantiria maior adequação do momento processual em que esta seria submetida ao segundo grau de jurisdição, permitindo a verificação do cabimento ou não da dinamização em momento anterior ao início da fase de instrução e, portanto, evitando a necessidade de repetição dos atos em caso de reforma da decisão. Infelizmente, tal emenda não foi mantida pelo Senado na última votação do texto.

As dificuldades e preocupações impostas pelo modelo recursal adotado pelo texto que estabelece o Código de Processo Civil enviado para sanção, na prática, representam a necessidade de maior cautela do julgador no momento de decidir sobre a aplicação ou não da dinamização do ônus da prova. Uma análise cuidadosa dos requisitos que autorizam a dinamização, bem como a concessão de oportunidade às partes para se manifestarem sobre a efetiva existência de “melhores condições” para a produção da prova mostram-se como medidas essenciais para evitar a reforma da decisão em segundo grau de jurisdição e consequente necessidade de reabertura da fase instrutória.

VI. 4 – Atribuição excessiva de poderes ao julgador

Uma das críticas recebidas pelo PLS 166/2010 no que tange ao dispositivo que pretendia positivar em nosso ordenamento a possibilidade de dinamização dos encargos probatórios diz respeito ao fato de que tal medida implicaria em concessão excessiva de poderes ao julgador.

Tal objeção foi, inclusive, objeto da Emenda nº 31 ao PLS 166/2010 apresentada pelo senador Adelmir Santana, que teve como fundamento o pressuposto de que definir a quem

cabe o ônus de provar cada fato é tarefa que deve ser reservada ao legislador, sob pena de se representar violação ao princípio da segurança jurídica¹⁵⁴.

Na Argentina – país em que se formalizou a teoria das cargas probatórias dinâmicas – há forte corrente que critica o instituto, sob o entendimento de que segundo o princípio dispositivo, cabe às partes decisões sobre seus direitos, tais como o de iniciar ou não uma demanda, quais fatos alegar e quais elementos de prova aportar, de forma que a dinamização dos encargos probatórios seria uma indevida (e paternalista) intervenção do juiz, que implicaria na perda de um valor inestimável ao processo: a imparcialidade do julgador¹⁵⁵.

A divergência que se verifica sobre a legitimidade de maior participação do juiz no processo, em especial na fase de instrução é muito bem explicada por Fernanda Tartuce, que vincula a ideia de dinamização do ônus da prova a critério do juiz a uma visão publicista e colaborativa do processo, sendo repugnante, de acordo com a visão liberal, a interferência do juiz no processo para suprir problemas das partes¹⁵⁶.

Aprofundando-se um pouco mais no tema, Barbosa Moreira explica que, segundo a visão liberal, marcada pelo individualismo, a iniciativa probatória era deixada à parte com fundamento no princípio dispositivo, entendendo-se que o ato de deixar de cumprir com o encargo probatório era entendido como ato da parte em dispor de seu direito. O autor aponta que tal raciocínio não se mostra adequado, uma vez que à parte não é dado dispor da relação jurídica processual, de caráter publicista. E sintetiza “*ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato*”¹⁵⁷

¹⁵⁴ A compatibilidade da dinamização com a segurança jurídica já foi objeto de análise neste trabalho, concluindo-se que não há violação a este princípio caso seja concedida à parte onerada oportunidade para que se desincumba de seu encargo, tal como expressamente previsto no dispositivo do texto de Código de Processo Civil submetido à sanção presidencial.

¹⁵⁵ BENABENTOS, Omar A.. *La Carga de la Prova y su Variación de Oficio por el Juez*. Conferência pronunciada no I Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, Azul, 4 e 5 de novembro de 1999. Disponível em: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/20/20, consultado em 18.08.2014 às 17h50.

¹⁵⁶ TARTUCE, Fernanda. *Op. Cit.*, p. 319.

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. In Revista de Processo, vol. 35, jul/1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 178 e ss.

A opção por atribuição de maiores poderes para condução do processo ao juiz é, portanto, uma escolha política do legislador, que deve optar entre a visão privatista ou publicista do processo. Atualmente, prevalecendo a noção de Estado Democrático de Direito e superada a perspectiva individualista que predominou durante o Estado Liberal, o norte do legislador é criar situações em que o juiz tenha liberdades e poderes para fazer valer, na relação processual, os direitos e garantias constitucionais.

A ideia da distribuição dinâmica tem como pano de fundo, justamente, permitir que o juiz, conforme as peculiaridades do caso concreto, ajuste os encargos probatórios de forma a assegurar determinadas garantias constitucionais do processo em situações que regra prevista em lei mostrar-se danosa a tais garantias.

Conforme previsão do texto legal – que consolidou teses doutrinárias que pautaram a teoria das provas dinâmicas – a alteração dos encargos estabelecidos pela regra geral está vinculada às peculiaridades do caso concreto, o que significa que depende de uma análise minuciosa das circunstâncias envolvidas e se aplica em caráter absolutamente excepcional.

Como já dito neste trabalho, não é possível criar um rol de situações abstratas que autorizem a dinamização, esta só se opera a partir do estudo do caso concreto, pois depende, não só do fato a ser provado, mas da relação das partes com este fato e da própria qualidade das partes. Esta análise necessária à dinamização impede que se crie, através de lei, um rol de situações nas quais a dinamização deveria ser operada, de forma que somente ao juiz – em razão de sua natural proximidade com a causa – incumbe dizer se na hipótese restam configurados os requisitos para que o ônus da prova seja distribuído de forma diversa da regra geral.

O dinamismo não compromete a imparcialidade do juiz, muito menos atribui a ele tarefas precípuas do legislador, apenas confere ao julgador poderes para adequar situações peculiares aos princípios constitucionais que devem pautar a relação processual.

O juiz, na condição de representante do Estado na regulação da representação processual, tem o dever de garantir que esta se desenvolva em conformidade com os ditames legais que a regulam, em especial com os princípios constitucionais do processo, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito à prova e o direito a uma decisão jurídica justa. Neste cenário, a atribuição de poderes ao juiz que permitam a readequação da distribuição

dos encargos probatórios quando a regra geral não se mostrar apta a resguardar tais garantias é não só justa, mas absolutamente necessária.

Conforme já exposto neste estudo, a ideia de se possibilitar a adequação da distribuição dos encargos probatórios conforme determinadas peculiaridades do caso concreto (em especial quando a hipossuficiência de qualquer gênero de uma das partes implica na excessiva dificuldade ou impossibilidade de produção da prova, que se mostra mais fácil à parte contrária) surge exatamente após a observação de limitações ao modelo estático que implicavam em violações a princípios constitucionais.

Não bastasse, ao juiz, como destinatário da prova, incumbe orientar a atividade de instrução das partes, de modo a obter os elementos necessários para a formação de sua convicção. Nesse contexto, quando verificado que, pelas peculiaridades do caso concreto, a parte inicialmente onerada não tem condições de aportar aos autos os elementos necessários a se desincumbir desse ônus, nada mais lógico do que atribuir ao juiz a faculdade de redistribuir os encargos probatórios caso a parte contrária se demonstre em melhores condições de produzir a prova e, dessa forma, garantir a melhor formação do conjunto fático, o que lhe permitirá a prolação de uma decisão mais fundamentada.

A ideia de que a participação mais ativa do juiz no processo, em especial na condução das atividades instrutórias, seria sinônimo de autoritarismo ou até de paternalismo já foi há muito refutada por importante doutrina processual. Pelo contrário, o entendimento que predomina é que a participação do juiz e melhor comunicação deste com as partes é um resultado da evolução para o Estado Democrático de Direito e uma das principais bases do processo cooperativo¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo*. In **Repro** 37/146. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Janeiro-março/1985, p. 37 e ss.

VII. CAPÍTULO 6 – VIABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO DAS CARGAS PROBATÓRIAS

Como se viu nesse trabalho, a dinamização dos encargos probatórios foi uma teoria desenvolvida a partir da constatação de limitações no modelo estático que em determinadas situações implicavam em graves violações a garantias constitucionais no curso da relação processual, impedindo, ainda que o processo atingisse o escopo de pacificação com justiça.

A divisão dos encargos probatórios conforme as alegações e a natureza dos fatos, embora satisfatória para a solução adequada de grande parte das controvérsias postas em litígio, em alguns momentos cria situações que não são condizentes com a moderna perspectiva publicista do processo, uma vez que cria situações em que a parte, por impossibilidade de se desincumbir de provar os fatos alegados, tem contra si um julgamento desfavorável, situação que não se coaduna com o ideal processualista de pacificação com justiça.

Em vista destas situações, chegou-se à conclusão de que seria necessária a criação de um mecanismo que solucionasse o problema de realização da prova nas situações em que a parte onerada não apresentava condições de produzi-la, surgindo, assim, a teoria das cargas probatórias dinâmicas, que disciplina a alteração da regra geral de atribuição dos encargos probatórios quando a parte que não seria inicialmente onerada se apresentar em melhores condições de produção da prova, que, por outro lado, se mostra extremamente difícil ou impossível para o sujeito que arcaria com esse ônus conforme a regra geral de fixação do ônus (art. 333 do Código de Processo Civil).

Contudo, a teoria das cargas probatórias dinâmicas também vem sendo alvo de algumas críticas doutrinárias que apontam o surgimento de problemas, a partir da dinamização dos encargos, quase tão graves quanto aqueles que motivaram sua criação.

Foram apontados nos itens anteriores alguns dos principais problemas práticos decorrentes da dinamização dos encargos probatórios que devem ser analisados com cautela pelo julgador em caso de necessidade de utilização da medida.

Nos itens seguintes, passa-se a avaliar a viabilidade prática de utilização da dinamização dos encargos probatórios a partir de uma ponderação entre as vantagens apresentadas pelo instituto e os riscos decorrentes de sua aplicação.

VI. 1. – Ponderação entre vantagens e riscos

Em estudo elaborado sobre a teoria das cargas probatórias dinâmicas, Paulo Rogério Zaneti aponta que, para verificação da compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico, é necessário analisar a correspondência entre este e os princípios do processo civil previstos na Constituição, de forma que um resultado positivo significaria na viabilidade prática da utilização do instituto¹⁵⁹.

Neste trabalho foi realizada uma análise das limitações demonstradas pela regra estática de distribuição do ônus da prova adotada em nosso ordenamento jurídico, que, em determinadas situações, acaba por gerar graves violações a direitos fundamentais das partes do processo, tais como a garantia da igualdade, da ampla defesa, do direito à prova e da pacificação com justiça. A dinamização do ônus da prova consiste em uma solução pensada para assegurar a implementação desses direitos nos casos – e somente nesses casos – em que a regra estática não se mostrar suficiente à efetivação de tais garantias.

Por outro lado, também foram apontados alguns problemas práticos que podem decorrer da aplicação da dinamização, que são utilizados por parte da doutrina como argumentos contra a viabilidade do instituto.

À primeira vista, poderia se pensar que a existência dos problemas apontados neste trabalho impediria a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Contudo, antes de excluir categoricamente sua utilização, é necessário fazer uma ponderação entre as vantagens trazidas pelo instituto e os problemas dele decorrentes, levando em conta as finalidades do processo civil atual, vinculado à perspectiva de Estado Democrático de Direito. Somente após tal ponderação será possível concluir se a teoria das cargas probatórias

¹⁵⁹ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132.

dinâmicas é, efetivamente, um mecanismo adequado para solucionar as limitações verificadas pela distribuição estática do ônus da prova, conforme o quanto alegado pelas partes e a natureza dos fatos a serem provados.

Inicialmente, a fim de viabilizar a análise ora proposta, é preciso relembrar o principal objetivo do processo civil moderno: a pacificação com justiça. Este é o parâmetro que deve nortear a criação e implementação dos mecanismos processuais, uma vez que toda a dinâmica da relação processual deve se voltar à consecução de sua finalidade precípua.

Nesse contexto, é fundamental relembrar a importância da produção probatória como meio para se atingir ao fim buscado no processo. É através das provas produzidas ao longo do processo que o julgador tem acesso aos elementos necessários à formação de sua convicção, quanto mais e melhores as provas produzidas nos autos, mais a decisão proferida ao final da lide se aproximará da finalidade de pacificação com justiça.

Por outro lado, um processo no qual uma das partes deixou de provar o alegado, não por inércia ou descaso, mas por limitações que a impossibilitaram de cumprir seu ônus, dificilmente poderá alcançar a almejada justiça na solução a ser adotada.

Ao tecer considerações sobre a ideia de pacificação com justiça, Paulo Rogério Zaneti entende que isso implica em duas finalidades essenciais, quais sejam, a acessibilidade igualitária a todos e a produção de resultados justos, concluindo, ainda, que a ideia de acesso à justiça também se vincula à necessidade de adoção de mecanismos que possibilitem a demonstração do direito alegado, uma vez que “*ter um direito sem a possibilidade de prová-lo é o mesmo que não tê-lo*”¹⁶⁰.

A demonstração da limitação (em algumas situações) da regra estática de distribuição da prova como meio para consecução do acesso à ordem jurídica justa seria razão suficiente para justificar a viabilidade de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, uma vez que, apesar dos problemas que podem decorrer de sua aplicação (analisados neste trabalho

¹⁶⁰ *Idem*, pp. 134 – 135.

em itens anteriores), nenhum deles se mostra tão grave do que o impedimento ao alcance da finalidade precípua do processo.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica dos ônus da prova também se mostra viável (e necessária) quando, encarando o processo a partir de uma ótica publicista e tendo-o como mecanismo de efetivação de garantias constitucionais, revela-se a necessidade de, através da relação processual, assegurar a igualdade material entre as partes. Sob esse aspecto, a paridade de armas não se dá somente pela existência de oportunidades probatórias iguais, mas sim por meios que equilibrem, dentro do processo, eventuais desigualdades percebidas entre os litigantes.

No direito consumerista, há expressa previsão de inversão do ônus probatório como forma de equilibrar a vulnerabilidade – que não se restringe ao aspecto econômico – existentes entre os litigantes de forma que esta não implique em restrição do direito à prova (que pode ter como resultado a restrição do acesso à ordem jurídica justa) ao litigante hipossuficiente.

A verificação de hipossuficiência de um litigante com relação ao outro não é exclusividade das relações de consumo, de forma que a previsão de inversão dos encargos probatórios previstas neste campo não é suficiente para solucionar todas as hipóteses em que as limitações da regra prevista no art. 333 do Código de Processo Civil vigente representa violação ao princípio da igualdade.

A dinamização dos encargos probatórios, nesse contexto, assume evidente importância como regra suplementar, destinada a assegurar a igualdade material entre as partes quando, a partir da análise do caso concreto, verificar-se que a regra estática de distribuição do ônus da prova resulta em violação à igualdade material entre os litigantes.

Ao permitir que os encargos probatórios sejam redistribuídos quando se verificar que, diante das peculiaridades do caso concreto (dentre as quais a hipossuficiência de uma das partes), a produção da prova se mostra extremamente difícil a uma das partes ao passo que o outro litigante se mostra em melhores condições de se desincumbir do encargo, a teoria das cargas probatórias dinâmicas se mostra apta a garantir a efetivação da igualdade substancial entre os litigantes quando as limitações da regra geral de distribuição do ônus da prova representar violação a este princípio constitucional.

Conforme ensina José Cretella Neto, é imprescindível que a garantia constitucional da igualdade (encarada sob o aspecto material e não meramente formal) esteja presente em todas as etapas do processo, assegurando que ninguém seja privado de seus direitos¹⁶¹.

Sendo, portanto, a dinamização dos encargos probatórios um meio que viabiliza não só o efetivo acesso à ordem jurídica justa mediante a pacificação com justiça (importante – senão principal – objetivo do processo), mas também a igualdade substancial entre as partes, é certo que, a despeito dos problemas decorrentes de sua aplicação, as vantagens de sua implementação superam os riscos que dela podem decorrer. Os ideais de justiça e igualdade são de extrema importância a nosso ordenamento jurídico e não podem ser deixados de lado, sobretudo quando confrontados com direitos que não assumem igual relevância.

A grande maioria dos problemas apontados como decorrentes da aplicação prática da distribuição dinâmica do ônus da prova, embora digna de atenção e cautela, não representa a violação de garantias e princípios constitucionais. Pelo contrário, o instituto foi pensado, justamente, para assegurá-los nas hipóteses em que a distribuição dos encargos probatórios conforme a regra geral mostrar-se insuficiente para tanto.

VI. 2. – Meios para afastar riscos apontados neste trabalho

A despeito de resultar mais vantagens do que problemas da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, não se pode deixar de considerar os riscos de sua implementação, sendo indispensável pensar em soluções destinadas a evitar ou minimizar os problemas apontados nesse estudo.

Primeiramente, é importante ressaltar a observação feita por Peyrano no sentido de que o deslocamento atípico do ônus da prova que resulta da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas se opera somente com relação a determinados fatos e não no que diz

¹⁶¹ CRETELLA NETO, José. *Op. Cit.*, pp. 55 – 56.

respeito a toda questão fática em litígio¹⁶². Manter esta delimitação em mente é de extrema relevância para que se garanta a minimização de alguns problemas apontados neste trabalho, tais como a violação à segurança jurídica e o perigo de imposição de uma prova impossível.

Dentre os riscos apontados ao longo deste trabalho, entende-se que o maior motivo de preocupações seja a possibilidade de violação à segurança jurídica (por se tratar de garantia assegurada em nível constitucional).

Como visto, a possibilidade de dinamização dos encargos da prova impede que as partes saibam, de antemão, quais serão seus encargos e responsabilidades na relação processual, permitindo que estas, ao final da lide, sejam surpreendidas com uma decisão inesperada sobre a distribuição do ônus da prova.

Para evitar que a dinamização gere situações em que as partes somente conheçam seus encargos ao final do processo – o que impede que estas deles se desincumbam – é importante que eventual dinamização opere-se em momento anterior ao início da fase de instrução, de forma a viabilizar que o litigante que não seria inicialmente onerado tenha oportunidade de produzir a prova que lhe cumpre.

Sobre esse ponto, o legislador do Parecer 1099/2014, que estabelece o Código de Processo Civil (e aguarda sanção presidencial), andou bem ao prever que a dinamização, quando se mostrar necessária, deve ser informada em momento que permita às partes oportunidade para se desincumbir do encargo, evitando surpresas ao final do processo.

Com isso, acredita-se que o risco de violação ao princípio da segurança jurídica pela aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas resta minimizado, se não completamente excluído, de forma que este perigo não se mostra como justificativa suficiente a impedir a implementação da dinamização.

A expressa disposição sobre a necessidade de se conferir oportunidade para que a parte onerada produza a prova que lhe incumbe também soluciona preocupações apontadas

¹⁶² PEYRANO, Jorge W. *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y La Máquina de Impedir em Materia Jurídica*. In PEYRANO, Jorge (coord.), **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 95.

sobre o momento para a prolação de decisão estabelecendo os encargos probatórios. Além disso, o art. 354, III do texto que pretende estabelecer o novo Código de Processo Civil determina que a decisão que fixar os encargos probatórios deve ser proferida em momento de saneamento do processo, ou seja, anteriormente à instrução, de forma que cada litigante poderá produzir a prova conforme seu ônus.

Outro risco passível de grande preocupação apontado neste trabalho diz respeito à possibilidade inversão da *probatio diabolica*, pois, com isso, ao invés de utilizar a dinamização para implementar garantias constitucionais quando a regra estática não se mostrar suficiente para tanto, somente se inverteria a parte afetada pela violação a estas garantias, alterando o sujeito que seria vítima da restrição ao direito à prova. O impedimento de determinada parte de realização da prova necessária a provar seu direito implicaria em óbice à pacificação com justiça, de forma que, nesse contexto, a dinamização também representaria impedimento à consecução do fim processual.

Eventual ocorrência de inversão da *probatio diabolica* representaria, em última análise, um esvaziamento da intenção que motivou a criação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, de forma que Jorge W. Peyrano, ao idealizar a teoria, já sustentava a impossibilidade de sua aplicação quando dela decorrer extrema dificuldade ou impossibilidade à parte que não era inicialmente onerada de cumprir o novo encargo¹⁶³.

Também atento a esta preocupação, o legislador brasileiro, ao idealizar a proposta de novo Código de Processo Civil, teve o cuidado de, expressamente, impedir a aplicação da teoria das cargas dinâmicas quando dela resultar situação em que a desincumbência do encargo seja extremamente difícil ou impossível¹⁶⁴, afastando quaisquer riscos de óbice ao direito à prova decorrente da dinamização dos encargos probatórios.

¹⁶³ PEYRANO, Jorge W. *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica In Cargas Probatorias Dinámicas*. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008, p. 96.

¹⁶⁴ Art. 370, § 2º, do Parecer 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil.

Com relação à crítica de que a implementação prática teoria das cargas probatórias dinâmicas poderia representar a criação de um novo padrão estático, que poderia esbarrar nas mesmas limitações à regra geral de distribuição do ônus da prova, é importante que, no momento de aplicação do mecanismo, evite-se a criação de um rol taxativo de situações em que deve ocorrer a alteração da regra prevista pelo art. 333 do Código de Processo Civil vigente (art. 370, *caput* do texto submetido à sanção presidencial)

Sobre este aspecto, cumpre observar que o mecanismo foi pensado como medida aplicada em caráter excepcional, tão somente quando, da análise do caso concreto, concluir-se pela impossibilidade de se manter a distribuição padrão dos encargos probatórios. A criação de um rol taxativo faria com que a teoria das cargas probatórias dinâmicas perdesse sua característica de excepcionalidade, tornando-se uma regra estática paralela à que já existe.

É justamente por esta razão que o legislador, ao incluir a dinamização no texto que pretende instituir um novo Código de Processo Civil, não estabelece um rol taxativo, ou pelo menos hipóteses mais delimitadas de casos em que deveria se operar a dinamização. Embora a indefinição do texto no que diz respeito aos requisitos para a aplicação da teoria das cargas dinâmicas, a princípio, pareça representar um risco, é, na verdade, uma garantia de que esta somente será operada após uma análise detida do caso concreto e exclusivamente quando, das peculiaridades do caso, verificar-se a extrema dificuldade de uma parte em produzir a prova e maior facilidade da parte contrária.

Outro problema que merece atenção no que diz respeito à distribuição dos encargos probatórios surge da ideia de que a parte em melhores condições de produzir a prova também pode dispor de melhores meios de alterá-la. Com relação a este risco, entende-se que não se trata de problema limitado às hipóteses em que se opere a dinamização ou, tão pouco, ao momento da instrução.

A intenção de determinado litigante em manipular a prova relaciona-se a um campo mais abrangente, significando a violação do dever processual de boa-fé. Para tais situações, a legislação processual vigente prevê as sanções cabíveis, que devem ser aplicadas pelo julgador quando se deparar com tal conduta de má-fé da parte.

No que interessa à dinamização dos encargos probatórios, para evitar que a manipulação da prova resulte na prolação de uma decisão injusta, é importante que o julgador analise a prova de forma cautelosa e sem deixar de considerar os demais elementos da demanda.

Conforme já esclarecido neste trabalho, embora a possibilidade de manipulação da prova seja preocupação bastante relevante, esta não se mostra como razão suficiente para se afastar a viabilidade da utilização da teoria das cargas probatórias dinâmicas, não somente por não se tratar de prerrogativa deste instituto, mas também por não se admitir a possível má-fé como justificativa para se deixar de criar mecanismos destinados a melhorar o desenvolvimento da relação processual em conformidade com as garantias constitucionais.

É também importante que o mecanismo da distribuição dinâmica não seja tratado como meio de se reproduzir no processo a verdade real, sob pena de se prejudicar importantes garantias deste, tais como a celeridade e o próprio intuito de pacificação. A busca da verdade real, além de custosa e demorada, em muitas circunstâncias sequer é possível no curso da relação processual, de forma que se deve ter o cuidado de encarar a dinamização como mecanismo destinado a assegurar o direito de acesso à prova, mas não como meio que permita a consecução da verdade real.

Com relação à disciplina incluída no Parecer 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, há alguns fatores que causam maiores preocupações com relação à possibilidade de dinamização do ônus da prova.

Primeiramente, pode-se apontar a existência de lacunas legislativas, uma vez que o texto é vago com relação aos requisitos que autorizam a dinamização. Este ponto já foi analisado neste capítulo, concluindo-se pela impossibilidade de se estabelecer hipóteses mais delineadas para que se opere a dinamização a fim de que se mantenha tanto a excepcionalidade do instituto, quando a necessidade de detida análise do caso concreto prévia à sua aplicação.

Outra grande preocupação decorrente da forma como se pretende incluir expressamente a dinamização em nosso ordenamento diz respeito à sistemática recursal

adotada pelo texto que pretende estabelecer o novo Código de Processo Civil. O legislador reduziu as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento a um rol taxativo de situações excepcionais, não inserindo entre elas a decisão que fixar os encargos probatórios.

Ao proceder dessa forma, o legislador deixou de observar que, ante a previsão de que seja concedida oportunidade à parte para realização da prova que é de seu encargo, eventual reforma, pelo Tribunal, da decisão que fixar o ônus da prova, implica em nulidade de todos os atos posteriores à decisão reformada, retornando o processo à fase de instrução. A sistemática adotada não é condizente com o princípio da economia e celeridade processual.

Dessa forma, para que se evite o risco de irrisignação ou de reforma da decisão que fixou os encargos probatórios, é importante que, sempre que o julgador se deparar com uma situação que possa justificar a dinamização, seja concedida oportunidade às partes para que se manifestem sobre a distribuição dos encargos probatórios na demanda e, a partir desta manifestação, o juiz profira decisão fundamentada esclarecendo todas as razões que justificaram o deferimento ou recusa da dinamização.

A inclusão da disciplina no texto que pretende instituir o Código de Processo Civil também recebe críticas sob o fundamento de que a dinamização representaria a atribuição de poderes ao juiz que seriam exclusivos do legislador (distribuição dos encargos probatórios).

Entretanto, a legitimidade de uma participação mais ativa do juiz no processo não se trata de um problema decorrente da possibilidade de dinamização dos encargos probatórios, mas decorre de uma escolha política sobre qual modelo processual será adotado no ordenamento. Em nosso país, a partir da perspectiva de Estado Democrático de Direito, foi feita a opção por um processo publicista e atento à efetiva implementação de garantias constitucionais, sendo, portanto, inevitável a criação de mecanismos destinados a consecução deste objetivo.

Não bastasse, a dinamização, conforme já reiterado por diversas vezes, é medida absolutamente excepcional e dependente das peculiaridades do caso concreto, características que não se coadunam com o caráter genérico e abstrato da lei, de modo que a única forma de implementação do mecanismo é através de decisão judicial conforme a análise do caso concreto.

A partir da análise ora realizada, na qual se pretendeu sintetizar as possíveis críticas em torno da aplicação prática da distribuição dinâmica do ônus da prova, foi possível observar que muitas das críticas realizadas não se vinculam exclusivamente ao instituto, enquanto outras decorrem de uma divergência de visão sobre o caráter que deve assumir o processo (se publicista ou privatista), não constituindo propriamente problemas decorrentes da aplicação da dinamização.

Muito embora existam reais problemas que possam decorrer da utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova, muitos deles foram contornados pelo legislador que apresentou o texto que pretende instituir o novo Código de Processo Civil e outros podem ser contornados pelo julgador, desde que este se mantenha atento aos princípios e garantias que devem pautar o desenvolvimento da relação processual, em especial, o dever de boa-fé, e as garantias do contraditório e de motivação das decisões.

VI. 3. – Viabilidade

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi pensada como mecanismo suplementar à distribuição estática, tendo sua aplicação autorizada nas excepcionais hipóteses em que a regra geral representar situação de dificuldade ou impossibilidade de produção da prova por uma das partes e maior facilidade da outra parte, situações que podem implicar em violação a importantes garantias e princípios constitucionais, além de impedir o processo de atingir seu escopo de pacificação com justiça.

Assim, tendo sido a dinamização pensada como um meio de implementar alguns dos direitos constitucionais mais caros ao Estado Democrático de Direito, chegou-se à conclusão de que os direitos assegurados pelo instituto são juridicamente mais relevantes do que os problemas que podem decorrer de sua aplicação.

Verificando-se a prevalência das vantagens sobre as desvantagens do instituto, sobretudo considerando a natureza dos direitos que este visa resguardar, é possível concluir pela viabilidade prática da distribuição dinâmica do ônus da prova, por se tratar de mecanismo que se coaduna com a ideia de processo cooperativo e mostra-se em conformidade com a perspectiva publicista do processo, além de constituir um importante meio de se efetivar garantias constitucionais ao longo da relação processual.

Além disso, grande parte dos problemas práticos que decorrem da dinamização foram considerados pelo legislador do Parecer 1099/2014, de forma que o texto que pretende instituir o novo Código de Processo Civil apresentado à sanção presidencial mostrou-se satisfatório para afastar o risco de violação à segurança jurídica a partir da dinamização dos encargos probatórios.

Da mesma forma, outros riscos apontados pela doutrina crítica à dinamização dos encargos probatórios podem ser afastados no caso concreto a partir da condução da relação processual em conformidade com os princípios constitucionais que pautam o processo civil.

Assim, por se tratar de mecanismo destinado a assegurar importantes garantias constitucionais e cujos riscos e problemas podem ser afastados ou minimizados, a distribuição dinâmica do ônus da prova mostra-se não só viável, mas necessária à implementação de alguns dos mais importantes princípios constitucionais resguardados em um contexto de Estado Democrático de Direito.

VI. 4 – Estudo de caso

Mesmo antes de expressa previsão legal autorizando sua aplicação, já prevalecia o entendimento de que a distribuição dinâmica do ônus da prova poderia ser aplicada como desdobramento de princípios constitucionais como o direito à prova, a igualdade entre as partes (que deve ser garantida de forma substancial e não meramente formal) e a garantia de acesso à justiça.

Esta ideia, inicialmente desenvolvida em sede doutrinária, ganhou cada vez mais espaço na jurisprudência, de forma que se pode encontrar decisões de diversos tribunais aplicando a dinamização dos encargos probatórios como forma de evitar que eventual impossibilidade de produção da prova resulte em uma solução injusta ao litígio.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança nº 38.025¹⁶⁵, reiterou o entendimento de que a teoria das cargas probatórias dinâmicas deve ser aplicada quando a produção de determinada prova se mostrar extremamente difícil a uma parte e mais fácil à outra.

A decisão foi proferida em sede de Mandado de Segurança interposto contra ato do Secretário da Educação do Estado da Bahia em razão de errônea classificação do Impetrante. Após ter a segurança denegada na origem por falta de provas de seu enquadramento funcional, o Impetrante apresentou recurso ao Superior Tribunal de Justiça alegando que ante o tempo transcorrido após sua aposentadoria (ocorrida em 1969) não possuía os documentos comprovando sua atividade, que, contudo, encontravam-se guardados pelo Departamento Pessoal de Inativos.

Em síntese, as alegações aduzidas pelo Impetrante constituem justificativas para fundamentar seu pedido de dinamização dos encargos probatórios, uma vez que, ante as peculiaridades do caso concreto (em especial, o tempo transcorrido após sua aposentadoria), a parte que não seria inicialmente onerada com a produção da prova deveria ser responsabilizada por ela, uma vez que se apresentava em melhores condições (posto que existia um departamento responsável pela guarda dos documentos necessários a embasar o direito alegado na demanda), ao passo que o Impetrante estava impossibilitado de cumprir com esse ônus.

Em análise à demanda, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a decisão que denegou a segurança representou cerceamento probatório ao Impetrado, além de representar violação a dispositivos do Estatuto do Idoso. Assim, a fim de assegurar o princípio do amplo acesso à prova, deu-se provimento ao recurso interposto para aplicar ao caso a teoria da distribuição dinâmica da prova, atribuindo o encargo ao Estado da Bahia que, ante as peculiaridades do caso concreto, mostrava-se em melhores condições de aportar aos autos os elementos necessários à solução da lide.

¹⁶⁵ STJ, RMS 38.025/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.09.2014

Com essa decisão, o Superior Tribunal de Justiça, além de assegurar o direito à prova do Impetrado, evitou que a impossibilidade de produção da prova por parte deste fosse utilizada como fundamento para embasar um julgamento injusto.

No caso em análise, muito embora apenas o princípio constitucional do direito à prova tenha sido invocado como fundamento para a decisão que estabeleceu a dinamização dos encargos probatórios, é certo que outras garantias que justificaram a criação da teoria foram resguardadas através do acórdão proferido.

Ao apreciar o caso, o Superior Tribunal de Justiça identificou uma peculiaridade do caso que poderia autorizar uma distribuição do ônus da prova diversa da regra geral: a avançada idade do Impetrante.

Este fator o colocava em uma situação de hipossuficiência com relação ao Impetrado (Estado da Bahia) de forma que a dinamização atuou como mecanismo destinado a assegurar a igualdade substancial entre as partes, ao passo que, no interior da relação processual, serviu como meio para equilibrar uma desigualdade verificada no plano material.

Da mesma forma, a dinamização do ônus da prova na hipótese se mostrou importante como meio de se assegurar a garantia de acesso à ordem jurídica justa, facilitando a obtenção da finalidade processual de pacificação com justiça.

No caso, a evitar que se perpetuasse decisão proferida com base na acepção objetiva do ônus da prova, sem considerar que a parte deixou de apresentar o documento que comprovasse seu enquadramento profissional por impossibilidade e não por inércia.

O Superior Tribunal de Justiça, ao adentrar na análise das situações que resultaram na ausência da prova necessária ao julgamento do litígio identificaram que a parte inicialmente onerada deixou de se desincumbir deste encargo por limitações decorrentes de fatores alheios a sua vontade, e, ante a verificação de que a parte contrária possuía condições para a produção da prova, decidiu por aplicar a teoria das cargas dinâmicas.

Ao decidir dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça não só garantiu que o conjunto fático dos autos pudesse ser formado de forma mais adequada (posto que atribuiu o ônus da prova à parte que efetivamente poderia dele se desincumbir), mas também evitou a manutenção de uma decisão que se afastava da solução justa do caso por deixar de considerar a situação de hipossuficiência do Impetrante.

Trata-se de caso em que, na hipótese de verdadeiramente ter ocorrido uma situação desvantagem no recebimento dos vencimentos por parte do servidor aposentado, a decisão com base no ônus estático da prova representaria a legitimação judicial de uma arbitrariedade do Estado em situação que, nitidamente, a produção da prova mostra-se mais fácil àquele que não era inicialmente onerado, não só pelo tempo transcorrido após a aposentadoria do servidor, mas tendo em vista que, ante a estrutura organizacional inerente à condição do Estado, seria mais provável que este possuísse a guarda do documento necessário à prova dos fatos discutidos na demanda.

A partir da análise da decisão em questão, é possível verificar a importância da distribuição dinâmica do ônus da prova como mecanismo apto a implementar garantias e princípios constitucionais, mostrando-se correta a utilização da dinamização pelo Superior Tribunal de Justiça na situação estudada e revelando a necessidade de positivação do instituto para evitar que o direito de acesso à prova possa ser violado em situações semelhantes.

VIII. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Conforme exposto neste trabalho, o sistema de distribuição do ônus da prova adotado por nosso ordenamento, embora adequado para regular a grande maioria das relações processuais, muitas vezes acaba por criar situações injustas por onerar a parte com uma prova excessivamente difícil ou até impossível, além de deixar de levar em consideração peculiaridades do caso concreto que podem resultar na ineficiência do modelo de distribuição adotado.

Assim, atenta às limitações do modelo estático de distribuição do ônus da prova e à necessidade de criação de mecanismos processuais que visem a efetivar, na prática, os princípios e garantias processuais, a doutrina desenvolveu uma teoria que permite, excepcionalmente, a dinamização do ônus da prova, imputando-o à parte que se apresentar em melhores condições de contribuir com a formação do conjunto fático dos autos.

O mecanismo idealizado por Jorge W. Peyrano mostra-se de extrema relevância para garantir importantes escopos processuais, como a busca de uma solução jurídica justa, além de implementar diversos direitos fundamentais, tais como a igualdade material (uma vez que permite equilibrar no processo eventuais situações de desigualdade gritante entre as partes) e o acesso à ordem jurídica justa (pois afasta as situações em que a produção da prova é extremamente difícil ou impossível a uma das partes).

Trata-se de regra complementar ao sistema, que busca aperfeiçoar a distribuição estática, permitindo dinamizá-la nos casos em que esta não se mostrar suficientemente adequada para a consecução da finalidade do processo.

Apesar de se vislumbrar alguns problemas decorrentes da aplicação prática do instituto, foi possível verificar que os benefícios por ele trazidos superam os riscos de sua utilização, uma vez que se trata de mecanismo destinado a preservar importantes garantias constitucionais que seriam violadas caso mantida a distribuição rígida do ônus da prova.

Acrescente-se, ainda, que muitos dos riscos que poderiam ser causados pela utilização da teoria da carga probatória dinâmica podem ser evitados a partir de uma condução do processo com base nos princípios da boa-fé, do contraditório e preservando-se a garantia de motivação das decisões judiciais.

Dessa forma, a proposta de utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova em caráter suplementar à regra geral colabora para o melhor desenvolvimento da atividade instrutória pelos sujeitos processuais que, dessa forma, poderão proporcionar ao julgador um conjunto probatório mais robusto e mais adequado à formação de seu convencimento, além de evitar que uma das partes possa ser vítima de injustiça na solução do litígio exclusivamente por deixar de produzir uma prova sem que se observassem as limitações apresentadas pela parte e eventual maior facilidade da parte contrária.

Com isso, reduzem-se as situações em que se necessita recorrer à distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, ante a insuficiência dos elementos probatórios contidos nos autos.

Verifica-se que a jurisprudência pátria, atenta às limitações verificadas pelo modelo estático de distribuição do ônus da prova já vem flexibilizando esta regra em situações que esta não se mostra a forma mais adequada para viabilizar a solução do litígio levado à apreciação do Poder Judiciário.

Embora se possa tecer diversas críticas à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tais críticas devem ser sopesadas com os grandes benefícios trazidos pelo instituto. É certo que num Estado Democrático de Direito e no âmbito de um processo regido pelo princípio publicista deve-se buscar mecanismos aptos a fazer valer tais princípios no interior da relação processual e a distribuição dinâmica do ônus da prova tem se mostrado como um importante meio para a consecução de tais fins.

É importante ter em mente, ainda, que a distribuição dinâmica do ônus da prova foi idealizada como uma regra suplementar, destinada a aperfeiçoar a distribuição estática que era adotada até então, adaptando-a a situações em que o modelo clássico não se mostrava suficiente para a obtenção dos escopos do processo ou implicava em imposição de ônus excessivo a determinada parte, tolhendo-lhe, assim, diversos direitos fundamentais.

Assim, não se trata de criar uma situação de extrema insegurança jurídica, onde o julgador, caso a caso, distribuiria de maneira diversa o ônus da prova entre as partes. Trata-se de regra excepcional, destinada a regular situações extremas em que a repartição dos ônus probatórios, tal qual estabelecida pela regra geral, não representa a melhor forma de solução do litígio, seja por não considerar a impossibilidade da parte de produzir a prova com a qual

está onerada, seja por deixar de observar eventuais desigualdades que devem ser equilibradas na relação processual a fim de se garantir a efetiva participação paritária, importante desdobramento da garantia da igualdade (que, atualmente, deve ser encarada em seu aspecto material e não meramente formal).

Por tudo quanto exposto neste trabalho, verifica-se que a complementação das normas de distribuição do ônus da prova através da possibilidade de sua flexibilização em casos excepcionais mostra-se como importante mecanismo apto a viabilizar de forma mais adequada e efetiva a consecução dos escopos da jurisdição, em especial a solução justa dos litígios, sendo que sua aplicação não só é viável, mas é necessária em um contexto de processo civil constitucional.

IX. BIBLIOGRAFIA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215, acessado em 20.05.2008, às 16h15.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Prólogo ao livro GARCÍA GRANDE, Maximiliano **Las Cargas Probatorias Dinamicas. Inaplicabilidad**. Rosario: Juris. 2005. Disponível em <http://www.adolfoalvarado.com.ar/Pdf/12-05/Grande%20-%20Las%20Cargas%20Probatorias.pdf>, consultado em 30.11.2014 às 22h08

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

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro**. Dissertação apresentada ao programa de pós graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre. Porto Alegre, 2006.

BENABENTOS, Omar A.. *La Carga de la Prova y su Variación de Oficio por el Juez*. Conferência pronunciada no I Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, Azul, 4 e 5 de novembro de 1999. Disponível em: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/20/20

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "*a função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*". **Repro 37/146**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. Janeiro-março/1985.

_____. "*Julgamento e onus da prova*", in **Temas de direito processual**, 2ª série.

_____. *O Juiz e a Prova*. In Revista de Processo, vol. 35, jul/1984. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BAZZANEZE, Thais. *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: Análise à Luz do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça*. Revista de Proesso, vol. 205, mar/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2011.

_____. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 6ª Ed., 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8046 de 2010 - Código de Processo Civil - Revoga a Lei nº 5868/1973, apresentado em 22.12.2010.

_____. Câmara do Deputados. EMC 504/2011 ao Projeto de Lei nº 8046 de 2010 apresentada pelo Deputado Arthur Oliveira Maia em 20.11.2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529208>

_____. Câmara do Deputados. EMC 812/2011 ao Projeto de Lei nº 8046 de 2010 apresentada pelo Deputado Miro Teixeira em 22.12.2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533391>

_____. Senado Federal. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010 - Reforma do Código de Processo Civil.

_____. Senado Federal. SDC – Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado, nº 166 de 2010.

_____. Senado Federal. Parecer nº 1099/2014 da COMISSÃO TEMPORÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil.

_____. Senado Federal. Emendas apresentadas perante a Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, no prazo previsto no art. 122, II, a, c/c art. 374, III, do Regimento Interno, ao Projeto de Lei do Senado nº 166/2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82558&tp=1>.

_____. Senado Federal. Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas, apresentada em 24.11.2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile In Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano, 1970.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classicbook, 2000.

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

_____. *A Nova Redação do Caput do art. 522 do CPC (Lei 11.187/2005) e o Recurso Cabível da Decisão Acerca da Dinamização dos Ônus Probatórios* In Revista de Processo vol. 179, jan/2010, São Paulo: Revista dos Tribunais

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 4ª Ed. 2009.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *O Contraditório Cooperativo no Novo Código de Processo Civil*. In Revista de Informação Legislativa, nº 190, abr. – jun./2011, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 3ª ed., 1997.

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

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2ª Ed. 2006.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev.2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria Geral do processo**. 22ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil – vols. I a III**. São Paulo: Malheiros, 5ª Ed., 2005.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I**. São Paulo: Malheiros, 6ª Ed., 2010.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La prueba judicial**. 5ª Ed., Bogotá: Temis, 2002.

GARCIA, André Almeida. *A Distribuição do Ônus da Prova e sua Inversão Judicial no Sistema Processual Vigente e no Projetado*. In Revista de Processo vol. 208, jun/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais

GRANDE, Maximiliano García. *Cargas Probatorias Dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables*, In <http://www.e-derecho.org.ar/cogreprocesal>.

GRECO, Leonardo. *Publicismo e Privatismo no Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 164, out/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova. Teorias da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas**. 1ª Ed., Curitiba: Juruá, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da prova**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KNIJNIK, Danilo. “*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 diabólica*”, in FUX-NERY JR.-TERESA WAMBIER (coord.), **Processo e constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: RT, 2006.

_____. Coord. **Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. *Ônus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil* In Revista de Processo vol. 204, fev/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do Tratamento Paritário das Partes* In **Garantias Constitucionais do Processo Civil**, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In Revista de Processo, vol. 208, jun/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. **Prova.**, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/2201>.
- MICHELI, Gian Antonio. **La Carga de la Prueba**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961
- MORAES, Denise Maria Rodrigues. *A Dinamização da Regra de Distribuição do Ônus da Prova como Instrumento de Busca da Verdade e de Efetivação da Justiça* In Revista de Processo vol. 226, dez/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Ônus da Prova e o Projeto de Código de Processo Civil* in Revista dos Tribunais vol. 913, nov/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEYRANO, Jorge (coord.), **Cargas Probatorias Dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2008.

_____. "*La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*", in Revista de Processo n. 185.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 3ª edição. Coimbra. Almedina. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, "*A distribuição do onus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*", in **Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: RT, 2004.

ROSENBERG, Léo. **La carga de La prueba**. Trad. Espanhola, por ERNESTO KROTOSCHIN,. Buenos Aires. Julio Cesar Faira, 2ª Ed., 2000.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *Verità e Probabilità nella Prova dei Fatti*. In Revista de Processo vol. 154, dez/2007, São Paulo: Revista dos Tribunais

VERDE, Giovanni, **L'onere della prova nel processo civile**, Napoli, Jovene, 1974.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova* In Revista de Processo vol. 205, mar/2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

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