

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

AMANDA TORTELLI BAVARESCO

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CURITIBA
2014

AMANDA TORTELLI BAVARESCO

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart.

CURITIBA
2014

À minha querida mãe, de quem sempre tive incondicional apoio e incentivo.

Ao meu saudoso pai, que partiu pouco antes de iniciar meus estudos em Direito.

Ao meu irmão Marcello, em quem sempre me espelhei.

À minha amada sobrinha e afilhada Alice, que completa seu primeiro ano de vida no meu último ano da graduação.

Ao meu amor Victor, cuja presença alegra meus dias e me impulsiona a fazer planos para o futuro.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por guiar os meus passos todos os dias.

Meu especial agradecimento ao Professor *Sérgio Arenhart* pela orientação desta monografia e por suas brilhantes aulas de Processo Civil ministradas na Universidade Federal do Paraná.

Muito obrigada ao meu amado *Victor* por todo o apoio durante o desenvolvimento deste trabalho, com quem pude ter discussões jurídicas a respeito do tema.

Também dirijo meus agradecimentos aos colegas de faculdade, que fizeram parte da minha vida acadêmica nos últimos anos.

Verdade

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal analisar a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. Para tanto, na primeira parte estuda-se a figura do ônus da prova, passando pelo conceito e finalidade da prova judiciária. No segundo capítulo, debruça-se sobre a estrutura do *onus probandi* no direito pátrio, buscando-se analisar a regra geral do Código de Processo Civil (art. 333) e as hipóteses de tratamento diferenciado do encargo probatório: aborda-se a possibilidade de modificação convencional, a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor e também a necessária dinamização do ônus da prova em algumas situações particulares de direito substancial. Ainda que o atual Código de Processo Civil contenha disposição sobre a repartição dos ônus probatórios de maneira estática, importando a posição processual das partes (autor ou réu) e a natureza dos fatos discutidos (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), demonstra-se neste trabalho que algumas demandas exigem flexibilização da regra legal para que efetivamente se alcance uma tutela jurisdicional justa e adequada. Por fim, a última seção trata propriamente da teoria da carga dinâmica da prova, trazendo exemplos de aplicação em casos concretos, e a sua adoção no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Verifica-se que a teoria encontra amparo constitucional por propiciar o efetivo direito fundamental à prova e o acesso à justiça, razão pela qual vem sendo amplamente adotada pela jurisprudência brasileira. Diante disso, conclui-se que, no tocante à matéria, o novo *Codex* não irá alterar significativamente aquilo que já vigora no sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Ônus da prova. Direito fundamental à prova. Teoria da carga dinâmica da prova. Acesso à justiça. Projeto do Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This study has the purpose of analyzing the possibility of a dynamic distribution of the burden of proof in the Brazilian Procedural Law. For this, the first part studies the figure of the burden of proof, the concept and the purpose of the proof. The second chapter focuses on the structure of the burden of proof in the Brazilian Law, seeking to analyze the general rule of the Brazilian Procedural Code (art. 333) and the hypothesis of differential treatment of the burden of proof: it discusses the possibility of conventional modified, the shifting of burden of proof based on the Brazilian Consumption Code and also the necessary dynamization of the burden of proof in some particular situations. Although the current Brazilian Procedural Code orders the allocation of burden of proof in a static way, where it is important the procedural position of the parties (plaintiff or defendant) and the nature of the facts (constitutive, amending, extinctive or impeditive), this study shows that some lawsuits require a dynamic way of applying the general rule to obtain an effective judicial protection. Finally, the last section deals specifically with the dynamic theory of burden of proof, bringing examples of application in concrete cases, and its adoption in the Project of the New Brazilian Procedural Code. It is verified that the theory has constitutional protection by providing the fundamental right of proof and the access to justice. It is the reason why it has been widely adopted by Brazilian case law. Therefore, it is concluded that, in relation to the matter, the new *Codex* will not significantly change what is already in place in the Brazilian procedural system.

Keywords: Burden of proof. Fundamental right of proof. Dynamic theory of burden of proof. Access to justice. Project of the New Brazilian Civil Procedural Code.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| RESUMO | 5 |
| ABSTRACT | 6 |
| SUMÁRIO | 7 |
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 DO ÔNUS DA PROVA | 10 |
| 2.1 DEFINIÇÃO E FINALIDADE DA PROVA..... | 10 |
| 2.2 NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA | 12 |
| 2.2.1 Apontamentos preliminares | 12 |
| 2.2.2 Caracterização do ônus da prova | 14 |
| 2.3 DEVER DE COLABORAÇÃO E ÔNUS DA PROVA | 16 |
| 2.4 REGRA DE JULGAMENTO E REGRA DE PROCEDIMENTO | 18 |
| 3 DA ESTRUTURA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 23 | |
| 3.1 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC..... | 23 |
| 3.2 MODIFICAÇÃO CONVENCIONAL | 26 |
| 3.3 O REGIME DO ÔNUS DA PROVA NO CDC | 28 |
| 3.3.1 Casos concretos | 33 |
| 3.4 POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ÔNUS DA PROVA PARA ALÉM DO CDC | 39 |
| 4 DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA | 41 |
| 4.1 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA | 41 |
| 4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA EM CASOS CONCRETOS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL..... | 47 |
| 4.2.1 Demandas ambientais | 48 |
| 4.2.2 Ações declaratórias negativas | 50 |
| 4.2.3 Demandas envolvendo responsabilidade civil médica..... | 51 |
| 4.2.4 Demandas bancárias | 54 |
| 4.3 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E CONFORMAÇÃO À CONSTITUIÇÃO | 56 |
| 4.4 O REGIME DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CPC | 58 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 63 |
| REFERÊNCIAS | 65 |

1 INTRODUÇÃO

Uma leitura constitucional do atual processo civil brasileiro chama a atenção para o desenvolvimento de técnicas processuais que possibilitem a efetivação de uma tutela jurisdicional justa e adequada. Nesse sentido, a preocupação com a atividade probatória adquire especial relevo, eis que constitui meio imprescindível para que o processo atinja seus fins. Ademais, a prova no processo civil constitui importante ligação entre o direito material e o processo, de forma que a análise dos fatos representa ponto crucial para o convencimento do magistrado acerca das alegações das partes, e conseqüentemente para o deslinde da controvérsia.

A busca da verdade substancial está diretamente ligada ao processo civil, entretanto, é praticamente impossível reconstruir os fatos pretéritos, de forma que a verdade no processo exsurge do debate judiciário. Partindo dessa concepção dialética de processo, a repartição dos ônus probatórios adquire papel central num processo que se pauta pela efetividade.

Muito já se discutiu na doutrina acerca da temática do *onus probandi*, e o que ainda tem sido objeto de intenso debate é a forma como tal ônus se distribui entre as partes. Neste trabalho pretende-se demonstrar que a noção estática da distribuição do ônus da prova, como prevista no nosso atual Código de Processo Civil no artigo 333, não se adequa a todos os casos de direito material. Diante disso, busca-se analisar como o direito brasileiro – aqui compreendidos doutrina, jurisprudência e legislativo – tem se portado frente à visão *dinâmica* da repartição dos ônus probatórios.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em três capítulos. O primeiro deles tece algumas considerações sobre a prova no processo civil, abordando sua definição e finalidade. Também traz algumas reflexões a respeito do ônus da prova, sua relação com o dever de colaboração processual e as teorias que o consideram como regra de julgamento dirigida ao juiz, ou como regra de procedimento dirigida às partes.

Na segunda parte apresenta-se um panorama de como se dá a distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. Inicia-se com uma análise da estrutura legal referente à matéria, disciplinada no Código de Processo Civil no artigo 333, o qual prevê regra objetiva e fixa, instituindo que incumbe ao autor comprovar os fatos

constitutivos de seu direito e ao réu impõe-se o ônus de provar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. A fim de apresentar a possibilidade de tratamento diferenciado da matéria, subdivide-se o tema em três formas de modificação do regime do ônus da prova: convencional, legal e judicial.

A primeira diz respeito à alteração do arquétipo legal por meio de convenção entre as partes; a segunda decorre principalmente da expressa previsão do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a inversão do ônus da prova nas relações de consumo; por fim, a terceira forma, e mais importante para o objeto deste trabalho, diz respeito a algumas situações particulares de direito substancial que exigem diferenciado tratamento da matéria, operando-se a dinamização do ônus da prova por direta intervenção da atividade jurisdicional, sem que haja previsão legal. Assim, demonstra-se que a possibilidade de tratamento diferenciado do *onus probandi* não se restringe às relações consumeristas.

Finalmente, no último capítulo analisa-se propriamente a teoria da carga dinâmica da prova, fortemente defendida pela doutrina argentina, e de certa forma presente no direito norte-americano, segundo a qual deve produzir a prova aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. A técnica se justifica, por exemplo, quando ao autor é impossível ou muito difícil a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é mais fácil ou viável a demonstração da sua inexistência. Na sequência, são apresentados exemplos da jurisprudência nacional em que a teoria da dinamização do ônus da prova vem sendo aplicada: ações ambientais, ações declaratórias negativas, responsabilidade civil médica e demandas bancárias.

Busca-se, ainda, demonstrar a consonância entre a teoria e os preceitos constitucionais brasileiros, principalmente com relação ao direito fundamental à prova e ao acesso à justiça. Também se expõe como a matéria foi tratada no Projeto do Código de Processo Civil brasileiro, que acolhe expressamente a dinamização do ônus da prova sem, contudo, alterar significativamente aquilo que já ocorre na jurisprudência nacional. A propósito, frente às mudanças no Projeto do novo CPC, faz-se pertinente uma reflexão a respeito da matéria neste momento.

2 DO ÔNUS DA PROVA

É inegável que a adequada prestação da tutela jurisdicional não pode se distanciar das escorreitas noções de direito probatório. Isso porque os fatos que dão ensejo à demanda judicial precisam ser devidamente averiguados a fim de que o magistrado possa chegar à decisão mais justa possível. Conforme apontam Marinoni e Arenhart, “não há dúvida que a função dos fatos (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial”¹, de forma que a sua investigação ocupa boa parte das regras que regem o processo de conhecimento no Código de Processo Civil. Ademais, é preciso salientar que o direito à prova é tido como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.²

Portanto, antes de adentrar propriamente ao tema da *repartição dos ônus probatórios*, considerado pela doutrina como a “espinha dorsal do processo civil, notadamente pelo papel fundamental que desempenha a prova judiciária no que se refere ao atingimento das finalidades do processo”³, cabem, preliminarmente, algumas considerações acerca da *prova* no processo civil.

2.1 DEFINIÇÃO E FINALIDADE DA PROVA

A prova é um dos institutos do direito processual civil mais fortemente ligado à ideia de busca da verdade material⁴. Aliás, durante muitos anos a doutrina reafirmou essa perspectiva, sendo essa busca praticamente um dogma no direito processual. Nas palavras de Furno, “en el proceso de cognición la prueba sirve para

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova** Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 18.

³ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 30.

convencer al juez de la certeza de los hechos que son fundamento de la relación o del estado jurídico litigioso”⁵.

A própria ideia defendida pela doutrina atual de permitir ao juiz uma posição mais ativa na colheita das provas, suprimindo uma atividade que competiria precipuamente às partes, representa que a busca pela verdade substancial ainda acompanha o processo civil contemporâneo.

Ocorre que, no âmbito processual, as partes e o juiz não têm acesso direto aos fatos pretéritos⁶, de forma que as provas não têm aptidão para conduzir fielmente à verdade sobre o evento ocorrido. Portanto, elas apenas permitem que se alcance uma probabilidade a respeito de como o fato se passou. Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira, “a verdade buscada no processo é, assim, a verdade mais próxima possível da real”⁷.

Ora, à luz do viés contemporâneo do conhecimento, passou-se a entender que a prova atua de forma retórica, como elemento de convencimento dirigido ao Estado-Juiz, deixando de ter como fim a busca de uma verdade praticamente inatingível⁸. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart conceituam prova como método retórico por meio do qual o Judiciário consegue legitimar o seu discurso⁹. Transcreve-se, abaixo, o conceito delineado pelos autores:

A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.¹⁰

⁵ FURNO, Carlo. **Teoria de La Prueba Legal**. Trad. Sergio Gonzalez Collado. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 21. (Tradução livre: “No processo de conhecimento a prova serve para convencer o juiz da certeza dos fatos que são fundamento da relação ou do estado jurídico litigioso.”)

⁶ A propósito, “Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de fatos (*ex facto ius oritur*)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1. 55.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 461.

⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 74.

⁸ “(...) a ruptura entre o modelo moderno e o contemporâneo também vai marcada na concepção de verdade. No primeiro, havia a confiança na possibilidade de se encontrar, através do processo, uma verdade absoluta. Afinal, a verdade era como a lógica: acreditava-se ser possível a reconstrução do fato em sua inteireza, na medida em que os postulados empíricos e racionais do Iluminismo assim condicionavam. Hoje, no entanto, tem-se consciência que a verdade absoluta no processo civil jamais pode ser atingida, podendo-se alcançar, no máximo, um juízo de probabilidade, isto é, uma verdade provável.” CARPES, Artur. Op cit., p. 39.

⁹ Os autores trazem da Filosofia a teoria de HABERMAS, teórico que foca seus estudos no discurso e na linguagem. Assim, argumentam que “A ‘verdade’ não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 45.

¹⁰ Ibidem, p. 59.

Na mesma linha de pensamento, as explicações de Wambier, Almeida e Talamini:

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais (...). Assim, conceitua-se prova como instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.¹¹

Nota-se pelas lições da doutrina que o juiz ocupa papel central no problema probatório, já que, como destinatário final da prova, é ele quem deve se convencer da validade das proposições.¹² Justamente considerando essa crucial posição do magistrado, aliada à noção dialética do processo, é que se torna imprescindível uma reflexão acerca da importância dos ônus probatórios no processo civil. Isso porque, como visto, o convencimento do julgador e conseqüentemente o deslinde da controvérsia dependem das provas; e sendo impossível reconstruir os fatos em sua integralidade, a verdade no processo exsurte do debate judiciário.

Sendo assim, “recoloca-se no centro das atenções o problema da importância dos ônus probatórios no que se refere à ordem do diálogo judiciário com vistas a mais adequada formação do juízo de fato”¹³. Diante, reconhecendo a pertinência da temática, este trabalho dedicar-se-á exatamente a aprofundar a questão do *onus probandi*.

2.2 NOÇÃO DE ÔNUS DA PROVA

2.2.1 Apontamentos preliminares

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. V. 1, p. 407.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 56.

¹³ CARPES, Artur. Op cit., p. 40.

Cumpra iniciar esse estudo apontando que o instituto do ônus da prova já foi objeto de análise de diversos doutrinadores. A partir dessas investigações, busque-se, aqui, compreender como ocorre a distribuição do ônus probatório no atual estágio do processo civil brasileiro.

A repartição do ônus probatório no nosso Código de Processo Civil, previsto no artigo 333 do presente diploma processual, não se distancia muito das disposições do direito comparado. Como explica Carpes¹⁴, o Código Civil italiano, o Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina e o Código Civil português apresentam disciplinas semelhantes. Já o ordenamento alemão não apresenta norma específica sobre a repartição do ônus da prova, entretanto a sua estrutura tampouco difere daquela encontrada nos outros países mencionados.

A semelhança se explica pela “teoria das normas”, ou *Normentheorie*, de acordo com a qual cada parte deve provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável. É por isso que no direito alemão, mesmo sem previsão expressa, a ideia de distribuição do ônus da prova segue a mesma lógica. Nessa perspectiva, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito – pressupostos para a aplicação da norma –, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

É exatamente essa lógica que regula a maioria dos casos litigiosos. Afinal de contas, quem se coloca como parte em juízo busca a tutela jurisdicional de determinado direito, devendo arcar com a demonstração dos pressupostos necessários para a verificação da existência do direito alegado. Assim, a chamada “distribuição estática do ônus da prova”, tal como exposta no direito processual pátrio (art. 333, CPC), satisfaz grande parte dos casos judiciais.

Conforme explica Teresa Arruda Alvim Wambier, o tema do ônus da prova está umbilicalmente ligado à problemática que gira em torno do “acesso à justiça”. Para a autora, ao se compreender a teoria do ônus da prova de um modo tradicional, em que o juiz possui um papel pouco ativo especialmente no momento da produção da prova, o verdadeiro acesso à justiça pode ficar comprometido tendo em vista que muitos litigantes encontram-se em evidentes condições de desigualdade processual. Nesse contexto, é importante levar em consideração que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo, podendo ordenar que se faça uma perícia, ouvir as partes, ouvir e reouvir

¹⁴ CARPES, Artur. Op cit., p. 40.

testemunhas. Assim, diante dessa nova postura que se tem frente à teoria do ônus da prova estar-se-ia mais perto de concretizar o devido acesso à justiça.¹⁵

Partindo dessa ideia exposta pela doutrinadora, que relaciona a discussão do *onus probandi* com o acesso à justiça, compreende-se que o tratamento diferenciado do encargo probatório em algumas situações de direito substancial é extremamente razoável. Desde logo se afirma que, para efetivamente alcançar a tutela jurisdicional justa, certos casos exigirão que a repartição dos ônus probatórios não se dê de maneira estática.

2.2.2 Caracterização do ônus da prova

Importante avaliar se a produção da prova processual consiste exatamente em um *dever*. Primeiramente, cabe esclarecer que o *ônus* distingue-se da *obrigação*, já que é um encargo cujo descumprimento expõe o próprio sujeito a uma situação de desvantagem no processo. Sobre essa diferenciação, pertinentes as lições de Carnelutti:

Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, porém, divergem quanto ao elemento substancial, porque quando medeia obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio e quanto ao ônus, para a tutela de um interesse próprio.¹⁶

Sendo assim, não é possível falar-se propriamente em dever de produzir prova. Nas palavras de Theodoro Júnior, “há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional.”¹⁷ Entende-se, portanto, que a parte tem liberdade para decidir se

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reflexões sobre o ônus da prova**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Doutrinas Essenciais: Processo Civil, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 787-792.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Trad. Lisa Paria Scarpa. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 255.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 470.

praticará ou não o ato, sendo lícita a sua inobservância. Em última análise, o ônus representa um *poder*.¹⁸

Justamente por ser uma forma de poder da parte, o ônus da prova se aproxima de uma *faculdade*. Entretanto, não se confundem. É certo que tanto no ônus quanto na faculdade a conduta possui fundamento em interesse pessoal, contudo, o não exercício da faculdade implica apenas não se alcançar uma vantagem, enquanto que a inobservância da norma pré-determinada do ônus pode acarretar consequências desfavoráveis no processo.

Pode-se afirmar, então, que a noção de ônus da prova está relacionada à liberdade dos litigantes de administrarem as provas a serem produzidas no processo, sem desconsiderar que um bom desempenho probatório representa a diminuição dos riscos de uma sentença desfavorável. Saliente-se, contudo, que o simples cumprimento da produção da prova não necessariamente resultará em um julgamento tal como almejado. Sobre isso, afirmam Marinoni e Arenhart:

Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário.¹⁹

Na visão de Wambier, Almeida e Talamini, há interesse da parte no cumprimento do ônus da prova, já que a prática do ato processual a favorece. *In verbis*:

Assim, ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga consequências favoráveis.²⁰

Em resumo, a ideia de *onus probandi* relaciona a produção da prova a uma chance maior de convencimento do magistrado.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 178.

¹⁹ Ibidem, p. 179.

²⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. V. 1, p. 486.

2.3 DEVER DE COLABORAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

Ainda é importante trazer a esta análise a questão do dever de cooperação relacionado ao ônus probatório. Pode soar contraditório falar-se que não existe exatamente um dever de produzir prova, e ao mesmo tempo considerar necessário o dever de colaboração. Contudo, o dever de cooperação é independente da repartição do ônus da prova. Isso porque, por mais que exista tão somente um *poder* relacionado à produção probatória, se determinada prova for requerida por um dos litigantes, ou determinada pelo Juízo, deverão as partes colaborar para a elucidação dos fatos, sob pena de sofrerem com a perda da demanda. Daí se falar em poder de provar e dever de colaborar.

É certo que o processo cumpre uma função pública de conferir aos jurisdicionados a decisão mais justa em determinado litígio. A propósito, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o caráter público do processo passou a demonstrar maior importância, inclusive a partir da compreensão de que ele é instrumento para a tutela dos direitos fundamentais²¹. Diante disso, ganha destaque não apenas a responsabilidade da atividade do juiz, mas também das partes envolvidas. Assim, o dever de cooperação²² para que sejam alcançados os escopos do processo atinge todos os sujeitos processuais e eventualmente terceiros.

Tendo em vista que a realização da justiça é um dos objetivos principais do Estado e que existe um interesse de ordem pública na solução do litígio²³, falar em dever de cooperação judicial significa que as partes e terceiros, interessados ou não, devem agir em conformidade com a busca da “verdade” (construída em caráter dialético entre partes e juiz, conforme explanado em tópico anterior). Na realidade, todos os envolvidos no processo têm o dever de colaboração para elucidação dos fatos. No âmbito do direito processual pátrio, esse dever fica muito claro se

²¹ CARPES, Artur. Op cit., p. 62.

²² De acordo com Carpes, o dever do juiz para com as partes desdobra-se em quatro aspectos fundamentais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes, e dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais. Ibidem, p. 63.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 481.

observarmos o conteúdo do artigo 14, inciso I, ²⁴ do Código de Processo Civil (CPC), bem como dos artigos 339²⁵ e 340²⁶.

Sobre a necessária colaboração para a solução da causa, pertinentes, mais uma vez, as lições de Marinoni e Arenhart:

(...) se o Estado deve solucionar o conflito de interesses com a finalidade de aplicar o direito – sendo esse, também, o objetivo último da sociedade na instituição do Estado-jurisdição –, a coletividade deve ministrar meios (de forma mais completa possível) para que a decisão jurisdicional seja a mais adequada. Daí resulta que o dever de colaboração é inerente ao monopólio da jurisdição. Demais disso, não há como esquecer que esse dever decorre do dever geral de sujeição ao poder do Estado. Afinal, se todos estão submetidos ao poder estatal, igualmente estão subjugados pela jurisdição, de forma a estarem constringidos a colaborar com o Estado para a 'descoberta da verdade'.²⁷

É evidente que no que se refere à distribuição do ônus probatório é impossível afastar a estreita ligação com um processo cooperativo. Nas palavras de Carpes, “dependendo do modo como se estrutura a atividade probatória das partes, tornar-se-á possível maior ou menor colaboração destas na formação do juízo de fato”²⁸. Tais considerações serão extremamente pertinentes quando passarmos a tratar propriamente do tema da dinamização do ônus da prova, eis que essa técnica prestigia justamente os deveres de cooperação no âmbito do processo judicial.

Nessa perspectiva, a flexibilização das regras que estabelecem a repartição dos encargos probatórios, quando necessário for, podem estimular a cooperação no processo judicial. Isso ocorre tanto das partes para com o juiz, como do magistrado para as partes.

Ademais, o dever de colaboração relaciona-se mais especificamente com o ônus probatório na medida em que podem ser utilizadas técnicas de facilitação da prova para a adequada solução do conflito – cooperação, então, que se revela principalmente no fato de o julgador dever auxiliar as partes eliminando certas dificuldades relacionadas ao *onus probandi*. Sabendo-se que a efetividade da tutela

²⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

²⁵ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

²⁶ Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 158-159.

²⁸ CARPES, Artur. Op cit., p. 64.

depende da instrução probatória, a utilização de técnicas como redução das exigências de prova, inversão do ônus da prova e dinamização da carga probatória, demonstra-se de fundamental relevância para que melhor se atenda à garantia constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Importante destacar que tais técnicas atuam em benefício da isonomia material entre as partes e reduzem os riscos de uma prova inatingível ser imputada àquele mais vulnerável da demanda. Especialmente sobre a dinamização do ônus da prova, objeto de análise do presente estudo, observa Coitinho em sua dissertação:

(...) o processo civil é instrumento de caráter dialético, em relação circular com o direito material nele posto em discussão, e em cuja relação a verdade é construída e reformada de acordo com a intensidade e a colaboração dos sujeitos principais (partes e juiz), daí a importância da preservação de seus direitos fundamentais como a igualdade material, o contraditório efetivo e a motivação das decisões judiciais. **O dever de colaboração é imperativo de conduta que permite impor a esta ou àquela parte, no caso concreto, a produção dos meios de prova necessários à formação do juízo de fato, dinamizando o ônus da prova.** (Grifou-se.)²⁹

Pode-se dizer, destarte, que a colaboração processual na fase instrutória do processo adquire fundamental importância para que se consiga a produção das provas necessárias à solução do litígio.

2.4 REGRA DE JULGAMENTO E REGRA DE PROCEDIMENTO

Por meio da distribuição do ônus probatório é que se estabelece a quem competem os esforços na produção da prova e sobre qual parte incidirá a sentença desfavorável caso o contexto probatório seja insuficiente para a convicção do juiz. Tal afirmação denota que o *onus probandi* serve como regra de procedimento e de julgamento.

²⁹ COITINHO, Jair Pereira. **Prova e dever de colaboração**: o juízo de fato e a conduta dos sujeitos principais no processo civil brasileiro contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

Diante disso, a doutrina costuma dividir a estruturação do ônus da prova em duas partes: regra de julgamento/decisão (função objetiva) ou regra de procedimento/conduita (função subjetiva).

No primeiro sentido, como *regra de decisão*, o ônus da prova dirige-se ao juiz, eis que indica qual parte deverá suportar os riscos gerados pela deficiência da atividade probatória. Como já visto, a parte que não produz a prova que lhe cabe deve arcar com o risco de uma sentença desfavorável. É certo que o magistrado pode se convencer ainda que o ônus não tenha sido cumprido, e também pode determinar a produção de provas de ofício, e até convencer-se mediante prova produzida pela parte contrária. Entretanto, prevalecendo a dúvida no juiz quanto à decisão da causa, a regra do ônus da prova pode ser invocada como regra de julgamento, a qual “vem a importar apenas depois de o juiz ter passado pela fase do convencimento e, obviamente, ter restado em estado de dúvida”³⁰.

Como o nosso Código de Processo Civil veda o *non liquet* (cláusula do direito romano que permitia ao magistrado que deixasse de julgar quando o caso não se mostrava esclarecido)³¹, o julgador, mesmo na ausência de provas, tem o dever de julgar a lide. Cumpre mencionar que algumas situações não são propriamente de dúvida, mas sim de convencimento a partir da verossimilhança nas alegações do autor, como acontece em algumas situações específicas de direito substancial³². Nas palavras de Marinoni e Arenhart, “como o convencimento varia de

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 171.

³¹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³² Nesse sentido, dois julgados que reduziram as exigências da prova diante das peculiaridades do caso concreto, um do Tribunal de Justiça do Paraná e outro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. I - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. QUEDA DE ÔNIBUS POR PASSAGEIRA NA TENTATIVA DE DESCER DO MESMO. LESÃO NO TORNOZELO ESQUERDO. AUSÊNCIA DE SOCORRO POR PARTE DO MOTORISTA. II - **DUAS EMPRESAS RESPONSÁVEIS PELA LINHA. PASSAGEIRA QUE NÃO CONSEGUIU DETALHAR A QUAL DELAS PERTENCIA O VEÍCULO.** SENTENÇA NO SENTIDO DE RECONHECER A ILEGITIMIDADE PASSIVA. III - RECURSO PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE DA RÉ/APELADA. **REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. JULGAMENTO POR VEROSSIMILHANÇA.** POSSIBILIDADE. **INDÍCIOS DE CREDIBILIDADE.** IV - LUCROS CESSANTES E PENSÃO. INCAPACIDADE VERIFICADA POR PERÍCIA. RESSARCIMENTO DESDE A DATA DO EVENTO ATÉ O DIA QUE A AUTORA VIVER OU SE RECUPERAR DA LESÃO. V - DANOS EMERGENTES. DESPESAS FUTURAS. VALOR A SER VERIFICADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. RESTITUIÇÃO COM DESLOCAMENTO E REALIZAÇÃO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA. DESPESAS QUE SE PRESUMEM, MAS NÃO DEMONSTRADAS, E QUE DEVEM TAMBÉM SER OBJETO DE ARBITRAMENTO. VI - DANOS MORAIS DEVIDOS E FIXADOS EM R\$ 40.000,00. VII - DENUNCIÇÃO À LIDE NÃO ACOLHIDA POR INEXISTIR DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO CONTRATUAL ENTRE DENUNCIANTE E DENUNCIADA (SEGURADORA). VIII - ÔNUS

acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto³³. Importante deixar claro que o juiz que decide com base na verossimilhança, eis que necessária diante do caso *sub judice*, não está em estado de dúvida, mas sim convencido das alegações ainda que tenha reduzido as exigências de prova.

Para Didier, Braga e Oliveira, a regra do *onus probandi* será invocada diante de uma situação de inexatidão fática nos autos:

Na realidade, ao julgador é suficiente que verifique se o resultado da instrução foi completo ou não. Se completo, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova. O magistrado não deve se ater ao aspecto subjetivo do ônus probatório, não importando quem foi o responsável pela produção da prova – se o titular do ônus de produzi-la ou, eventualmente, a contraparte. Uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarrar daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo – é o que dispõe o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas. Mas se incompleto (o resultado da instrução), deverá ater-se ao caráter objetivo do ônus probatório, investigando qual das partes foi responsável pela sua incompletude, para que suporte os prejuízos da inexatidão fática que permaneceu nos autos.³⁴

Portanto, pelo excerto acima, vê-se que após a realização da prova não importa quem a produziu, já que se destinará ao convencimento do magistrado independente de ter sido levada aos autos pelo autor ou pelo réu. Então, na visão dos autores supramencionados, importaria especial análise do ônus da prova

DE SUCUMBÊNCIA A SER SUPOSTADO INTEGRALMENTE PELA RÉ/APELADA. IX - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 8ª C. Cível - AC - 956096-3 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Sérgio Roberto N Rolanski - Rel. Desig. p/ o Acórdão: Jorge de Oliveira Vargas - Por maioria - - J. 21.03.2013) (Grifou-se.)

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. **TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. PARADIGMA DE VEROSSIMILHANÇA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL REQUERIDO.** Em que pese as alegações da ora recorrente, deve permanecer incólume a decisão singular porquanto **existente prova indiciária capaz de embasar a verossimilhança da versão apresentada pelo autor em juízo, como compra no supermercado, a ocorrência policial, bem como a propriedade do bem. Nesse passo, o furto ocorrido no estabelecimento comercial requerido enseja reparação de danos materiais**, consoante a súmula nº 130 do STJ, segundo a qual, "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento." Quanto ao dano material fixado, não houve irrisignação do demandado em tal ponto. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004089389, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 24/04/2013) (TJ-RS - Recurso Cível: 71004089389 RS , Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 24/04/2013, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/04/2013) (Grifou-se.)

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 174.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 78.

quando o resultado da instrução se mostra incompleto, para ver quem restará vencido na demanda.

Noutra perspectiva, pode-se tomar a regra do ônus probatório como *regra de conduta* dirigida às partes, a qual indicaria quais fatos incumbe a cada uma provar. Na opinião de Carpes, essa função subjetiva é extremamente relevante principalmente sob a óptica de um processo contemporâneo e constitucionalizado que exige a participação ativa das partes no que se refere ao aporte do material probatório. Assim, sustenta o autor:

(...) no Estado constitucional a democracia reflete-se no processo através do contraditório, por onde as partes desempenham sua imprescindível atividade em torno da construção da decisão justa. Tal participação dar-se-á, pois, especialmente mediante a efetiva oportunidade não apenas de alegar, mas de requerer e produzir provas, isto é, em toda a atividade de formação do juízo de fato.³⁵

Dessa forma, embora não se possa ignorar a função objetiva da regra de distribuição do ônus probatório, que auxilia o magistrado que chega ao final do processo em estado de dúvida, vê-se que, na visão do supracitado autor, a regra tida como organização da atividade probatória das partes exerce papel fundamental durante a fase de instrução processual, influenciando diretamente na formação da própria convicção do julgador.

Para Carpes, ainda, a essência da distribuição do ônus probatório é eminentemente procedimental. Assim, o jurista coloca em destaque a estrutura da atividade probatória das partes:

Em sendo a atividade probatória das partes elemento imprescindível nos contornos do processo civil contemporâneo – dimensão ativa do contraditório –, não há razão para descuidar tal aspecto da análise do problema. Portanto, ligar a natureza de tais normas apenas à função que exercem quando da sentença significa olvidar papel fundamental que realizam no que se refere à participação das partes que, ao fim e ao cabo, se configura condição de validade da própria sentença (legitimação pela democracia participativa), além de fundamental para a construção do conteúdo desta.³⁶

Ora, em que pesem as discussões acerca do assunto, pode-se dizer que, na verdade, as funções subjetiva e objetiva não se anulam, já que a não produção das

³⁵ CARPES, Artur. Op cit., p. 53-54.

³⁶ Ibidem, p. 50.

provas das alegações (função subjetiva) poderá acarretar o estado de dúvida no juiz, o qual julgará com base na regra do ônus da prova (função objetiva). “Na realidade, as duas teorias não são excludentes, mas complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno.”³⁷

Mesmo que se considere a regra como dirigida ao juiz, é cabível pensar que, indiretamente, ela se destina às partes. Afinal, cada litigante estará ciente de que a ausência de prova sobre dada alegação possivelmente virá em seu prejuízo. Essa constatação já é motivo, por si só, para que as partes se empenhem na produção probatória e tomem a regra do ônus da prova como dirigida a elas.

Essas reflexões envolvendo a natureza das regras que fixam a distribuição do ônus probatório ensejam outro questionamento, referente a qual o momento adequado para eventual modificação dos critérios de imputação do *onus probandi*. Ao longo desta exposição, o assunto será abordado em momentos pertinentes.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

3 DA ESTRUTURA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vistos os necessários apontamentos a respeito do ônus da prova, pretende-se delinear um panorama da temática no processo civil brasileiro. Primeiramente, analisar-se-á a estrutura legal da matéria disciplinada no CPC. Entretanto, ressalta-se que, apesar da estrutura estática da norma brasileira no diploma processual de 1973, algumas situações particulares de direito substancial exigem diferenciado tratamento da matéria.

Como será abordado, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê expressamente uma estrutura diferenciada do *onus probandi*, mas os casos práticos que ensejam tratamento diverso não se encerram em matéria consumerista. Em razão disso, ao longo deste trabalho buscar-se-á apresentar exemplos da jurisprudência nacional em que a regra geral é flexibilizada.

3.1 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC

Na linha clássica de entendimento sobre a repartição do encargo da prova, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu-a de modo rígido e estático, sob nítida influência da *Normentheorie*. O artigo 333 do CPC³⁸, regra objetiva e fixa, institui que incumbe ao autor comprovar os fatos *constitutivos* de seu direito e ao réu impõe-se o ônus de provar fatos *modificativos*, *impeditivos* ou *extintivos* do direito do autor.

Como se vê, a forma de distribuição do *onus probandi* levou em consideração dois fatores: (i) a posição das partes no processo e (ii) a natureza dos fatos. De forma simplificada, sobre a caracterização dos fatos, pode-se dizer que serão constitutivos aqueles que compõem o substrato fático da norma que gera o

³⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

efeito pretendido pelo requerente; e serão modificativos, impeditivos ou extintivos aqueles capazes de eliminar o efeito jurídico perquirido pelo autor.³⁹

Os autores Marinoni e Arenhart citam didático exemplo para explicar as espécies de fatos mencionados: quando o autor pretende o pagamento de certa dívida deve comprovar a sua existência (fato constitutivo); ocorre que, se o réu alega que ela foi parcelada e somente pode ser exigida parcialmente, então estamos diante de um fato modificativo; se, de outro modo, o requerido alega que o pagamento integral já foi efetuado, o fato é extintivo; por fim, se o demandado afirma a exceção de contrato não cumprido, temos um fato impeditivo.⁴⁰

Embora essa previsão estática possa ser aplicada na maioria dos casos levados ao Judiciário, ela não considera situações específicas de direito material que exigem uma distribuição diferenciada. Nas reflexões de Carpes, ao positivizar distribuição geral, abstrata e fechada, o legislador considerou tão somente a “igualdade formal”, ignorando eventuais distinções concretas existentes entre as partes. Assim, entende que a letra da lei privilegia a segurança jurídica, outorgando às partes a previsibilidade do procedimento:

A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, visão puramente liberal do fenômeno. O caráter fechado da regra prevista no art. 333 do CPC deixa o juiz sem margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei, imaginando-se que esta pudesse continuar tendo a virtude de prever toda e qualquer situação conflituosa apresentada em juízo.⁴¹

Ora, a despeito de tal previsibilidade que o sistema estanque pode proporcionar, é comum encontrar críticas sobre a distribuição estática dos ônus probatórios na doutrina. Como aponta Trento, “a distribuição do ônus da prova entre as partes tem como ideia elementar não tornar demasiadamente árdua a tarefa daquele que quer a produção de um efeito jurídico”⁴², portanto é preciso considerar que existem casos em que a utilização da regra geral não atende às garantias

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op cit.*, p. 181.

⁴¹ CARPES, Artur. *Op cit.*, p. 68.

⁴² TRENTO, Simone. **Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação**. *Revista de processo*, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013. P. 168.

constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da igualdade material e da efetividade do processo como meio para o acesso à justiça.

Para evitar que a aplicação da regra geral de distribuição do ônus da prova funcione como um “decreto de perda de um direito legítimo”⁴³, os aplicadores do direito devem manipulá-la com vistas a um processo em que predomine o equilíbrio entre os litigantes. Nesse sentido, as afirmações de Arenhart:

A adequada manipulação desta regra – e a extração de seu inteiro potencial – representa necessária tarefa para a consecução de um processo efetivo, capaz de traduzir as peculiaridades de cada direito, garantindo, assim, eficazmente, o princípio do acesso à justiça. De fato, o ônus da prova importa em relevante aspecto a ser disciplinado minuciosamente, quando se está diante de fatos cuja prova é complexa ou revela certa particularidade.⁴⁴

Destarte, considerando que em certos casos será extremamente difícil ou até mesmo impossível demonstrar em juízo o direito material alegado, como se verifica nas chamadas provas diabólicas, cresce na doutrina e também na jurisprudência um movimento tendente a flexibilizar a rigidez da norma, de forma a permitir que o julgador ajuste a distribuição do ônus da prova conforme o caso particular.⁴⁵

Buscando sistematizar as situações que não se amoldam à regra geral, Trento elenca três hipóteses fundamentais: a) *dificuldade na produção da prova em comparação com a parte adversa* (nesse caso, o afastamento da regra geral decorre da inafastabilidade da tutela jurisdicional, considerando que a parte contrária dispõe de meios para produzir a prova com considerável facilidade); b) *criação culposa por uma das partes de uma situação de inviabilidade de esclarecimento dos fatos* (frente a situação probatória não esclarecida, aquele que violou norma de prevenção, por exemplo, assume o risco de responder por eventuais danos decorrentes da

⁴³ TRENTO, Simone. **Os standards e o ônus da prova**: suas relações e causas de variação. Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013. P. 170.

⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

⁴⁵ COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. **A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional de processo**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 261-279, jan./jun. 2009. P. 272.

omissão); c) *necessidade de interpretação conforme a Constituição* (quando é inviável a produção da prova por aquela parte que seria a onerada).⁴⁶

Menciona-se acima a classificação de Trento apenas a fim de exemplificar algumas situações em que a regra prevista no art. 333 do CPC não oferece subsídios suficientes para atender com justiça todos os casos postos em juízo.

Importante ressaltar que a previsão estanque do CPC (art. 333) não deve obstar a repartição diferenciada do *onus probandi*, pois na ausência de normas específicas nada impede que “o próprio juiz, considerando a situação de direito material controvertida, trate de forma particularizada a questão do ônus da prova, logicamente, justificando o seu procedimento”⁴⁷. Uma das possibilidades de relativização do fechado arquétipo legal revela-se pela “teoria da dinamização do ônus probatório”, que vem sendo adotada pelo sistema jurídico nacional e será melhor analisada no decorrer deste estudo.

Didaticamente, conforme propôs Arenhart⁴⁸, é possível estabelecer quatro formas de modificação do regime do ônus da prova: convencional, legal, judicial e necessária. Partindo dessa classificação, a seguir serão abordadas algumas das hipóteses com vistas a compreender as razões para o tratamento diferenciado do ônus da prova⁴⁹.

3.2 MODIFICAÇÃO CONVENCIONAL

A modificação convencional trata da distribuição diversa do ônus da prova entre os sujeitos processuais por meio de convenção entre as partes.

Conforme explica Theodoro Júnior, as partes têm disponibilidade de certos direitos e também do próprio processo, portanto “é perfeitamente lícito que, em

⁴⁶ TRENTO, Simone. **Os standards e o ônus da prova**: suas relações e causas de variação. Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013. P. 170-176.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 182.

⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

⁴⁹ Como a chamada “modificação necessária” constitui derivação da modificação judicial, optou-se por abordar as hipóteses em uma única seção.

cláusula contratual, se estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato”⁵⁰.

A regra inserta no artigo 333 do CPC é de caráter dispositivo, sendo plenamente possível que as partes a alterem livremente, desde que sejam observados certos limites. O parágrafo único do aludido artigo dispõe que “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Da literalidade da norma se extrai que apenas nos casos apontados nos incisos I e II, do parágrafo único, não será permitida a convenção que distribua de forma diversa o ônus da prova, sendo admitidas todas as demais situações. “Trata-se, portanto, de verdadeiro negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico”.⁵¹ Dessa forma, uma vez que as partes sejam capazes, o objeto seja lícito e a forma seja admitida em lei é possível a convenção.

Quanto aos *sujeitos*, importante ressaltar que todas as partes que serão de alguma forma atingidas pela distribuição distinta do ônus da prova devem estar de acordo com a convenção.

Sobre a *licitude* do objeto, além do contido no parágrafo único do artigo 333, também não admitem a modificação do *onus probandi* as causas em que há relação de consumo, sempre que a alteração gere prejuízos ao consumidor. Além disso, as normas ditadas em benefício do interesse público, que atribuem o ônus de certa prova a alguém, também não podem ser objeto de convenção diversa, eis que estaríamos diante de norma de caráter cogente, de conteúdo inafastável.

No que se refere à *forma* da modificação convencional, a lei não exige modo pré-estabelecido. Assim, a convenção pode ser feita de forma livre, tanto dentro do processo como fora dele; tanto por contrato com cláusula específica quanto por pacto exclusivamente sobre a alteração do ônus da prova.

Embora seja plenamente possível essa modificação entre as partes, na jurisprudência não se encontram exemplos capazes de proporcionar uma análise mais pragmática acerca do assunto. Rodrigo Xavier Leonardo menciona que a

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 476.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 217.

questão é mais hipotética do que real, pois são diminutos os exemplos em que as partes distribuem previamente o ônus da prova.⁵²

A título exemplificativo, a cláusula de modificação do ônus da prova não seria admitida se inserida em contrato de adesão de consumo. Nesse caso, ficaria nítida a abusividade, já que dificultaria eventual situação processual do aderente.⁵³ Não seria razoável e nem racional retirar o ônus probatório daquele que está em melhores condições para a demonstração do fato.

3.3 O REGIME DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

No tópico anterior viu-se que a regra geral do ônus da prova pode ser alterada mediante avença entre as partes. Aqui, diferentemente, passa-se a tratar de caso de modificação em decorrência da lei. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em razão da peculiaridade das relações sujeitas a este diploma legal, traz no seu art. 6º, inciso VIII⁵⁴, regime próprio de tratamento do ônus probatório. O dispositivo expressamente indica os pressupostos para a inversão do ônus da prova nas relações consumeristas: *verossimilhança* das alegações ou *hipossuficiência* do consumidor.

Com relação aos requisitos para a inversão, encontramos na doutrina discussão envolvendo a necessidade de cumulação, ou não, dos pressupostos mencionados. Ou seja, discute-se se somente a hipossuficiência ou a verossimilhança, isoladamente, são capazes de ensejar a inversão do ônus da prova, ou se ambos os aspectos precisam estar presentes. Pela interpretação estritamente gramatical do dispositivo, pode-se concluir que basta a verossimilhança ou a hipossuficiência. Aliás, o dispositivo é bastante claro nesse sentido, exigindo apenas uma das situações.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar 2004, p. 228/229.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 220.

⁵⁴ 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;

Diante da especial natureza da relação de direito material, em que o consumidor goza de ampla proteção conferida pela legislação, a *verossimilhança* resume-se em considerar suficientes os indícios de que o direito pertence ao consumidor. Entretanto, conforme assinalam os processualistas Marinoni e Arenhart “essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio seria distinta da inversão do ônus da prova”⁵⁵. Isso significa que o convencimento do juiz se dará reduzindo as exigências de prova por parte do consumidor, já que possivelmente o fabricante violou uma norma que visava à proteção deste. Contudo, o CDC acabou misturando a noção de julgamento com base na verossimilhança e inversão do ônus da prova quando a alegação é verossímil. Não obstante tal imprecisão, pode-se interpretar que a convicção do magistrado que dá origem à decisão que inverte o ônus da prova pode ser exarada apenas com base na verossimilhança – o juiz levará em conta as regras de experiência comum ou científica a fim de verificar se as alegações são plausíveis.

Por sua vez, a *hipossuficiência* do consumidor consiste na impossibilidade de produção da prova, ou seja, na vulnerabilidade probatória. Muito se discutiu na doutrina se a hipossuficiência apontada pelo CDC seria econômica, mas a maioria dos autores contemporâneos compreende que se trata de hipossuficiência técnica. Assim, pode ser que a inversão se justifique pelo conhecimento técnico superior do fornecedor, ou ainda pelo contato mais próximo com a fonte de prova. Conforme as lições de Arenhart:

O termo [hipossuficiência] significaria que, em certas ocasiões, o consumidor não teria acesso às mesmas informações que o fornecedor tem, o que coloca aquele em situação de desvantagem em relação a este. Realmente, cumpre considerar que o fornecedor, não raro, por conhecer a forma como foi realizado o serviço ou elaborado o produto, por entender melhor o funcionamento do produto ou as complexidades da prestação do serviço, está em melhores condições de verificar em que ponto pode ter ocorrido o problema narrado pelo consumidor.⁵⁶

Na visão de Garcia, a inversão é essencial se for constatada a vulnerabilidade:

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 210.

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

(...) mesmo nas hipóteses de inverossimilhança, soa como essencial a inversão se for constatada a vulnerabilidade de uma das partes: afinal, se a parte que detém menores condições técnicas já teria, naturalmente, dificuldades para comprovar suas alegações fáticas, mais complexo ainda será para ela demonstrar a ocorrência de uma alegação que pareça inverossímil.⁵⁷

Contudo, o próprio autor faz uma ressalva de que é preciso ter em mente que não é sempre possível essa distribuição diversa do ônus da prova nas relações de consumo, já que é necessário atentar para a possibilidade de se recair em exigência de *probatio diabolica*. No mesmo sentido, Theodoro Júnior alerta que “o expediente da inversão do ônus da prova tem de ser utilizado com equidade e moderação, dentro da busca de harmonização dos interesses em conflito nas relações de consumo”⁵⁸.

Portanto, tendo em vista que a dita “inversão do ônus da prova” em matéria consumerista visa a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, sob a óptica do réu também não se pode imputar a ele a produção de uma prova impossível ou extremamente difícil de ser alcançada. Importante considerar, aqui, a premissa maior da regra inserta no artigo 6º, inciso VIII, do CDC: a técnica de modificação do ônus da prova serve para que se facilite a defesa dos interesses do consumidor em juízo. Ocorre que a facilitação imposta pela lei jamais poderá importar em sacrifício ao direito de defesa da parte adversa⁵⁹, o que acabaria sendo inclusive inconstitucional. Entende-se, assim, que não é automática a inversão do *onus probandi* nos casos envolvendo Direito do Consumidor. Apesar disso, alguns magistrados, equivocadamente, invertem o ônus da prova somente pela percepção de que se trata de caso albergado pela legislação consumerista.

Analisando a exigência dos requisitos citados, parece ser suficiente considerar a existência de vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor para que o juiz proceda à inversão do ônus probatório.⁶⁰ O próprio dispositivo legal em análise poderia mencionar tão somente a exigência dessa hipossuficiência, até

⁵⁷ GARCIA, André Almeida. **A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista de processo, v. 37, n. 208, p. 91-124, jun. 2012. P.112.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 476.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

⁶⁰ GARCIA, André Almeida. Op. Cit., p. 112.

mesmo porque, a rigor, a verossimilhança comporta a alteração do módulo de prova, e não propriamente a inversão do ônus probatório.

A propósito, o termo “inversão do ônus da prova” é apontado por parte da doutrina como tecnicamente inadequado. Isso se explica pelo fato de não se tratar exatamente de *inversão*. Nas palavras de Arenhart, a pura inversão significaria que “se imputasse ao réu a prova do fato constitutivo do direito do autor (em verdade da ausência deste), e ainda ao autor a prova da ausência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão por ele mesmo deduzida”⁶¹. Mas não é disso que trata a norma que inverte o ônus da prova. A legislação simplesmente autoriza a distribuição do ônus probatório de forma diferenciada, de modo que ao fornecedor recairá o encargo de provar certos fatos que normalmente não lhe competiriam.⁶²

Ademais, Carpes também salienta que a utilização da expressão “inversão do ônus da prova” é equivocada. Afirma que o termo “inversão” deixa transparecer a ocorrência de inversão integral dos ônus probatórios de uma parte a outra, quando, na verdade, deve representar a flexibilização (dinamização) do esquema rígido da distribuição do ônus da prova, eis que apenas algumas circunstâncias de fato, por razões técnicas, devem ser objeto de alteração.⁶³

A respeito do momento em que deve se dar a dita inversão do ônus da prova, existem na doutrina posições divergentes⁶⁴. O legislador, ao elaborar o CDC, transferiu ao intérprete essa identificação, de modo que alguns juristas afirmam que a inversão deveria ser ordenada no próprio despacho inicial, outros que ela deveria ocorrer apenas na sentença, e ainda existem os que sustentam que o juiz deve adotá-la antes do início da instrução.

Zolandeck, ao elaborar um apanhado doutrinário em sua obra, conclui que “seria de bom tom ao julgador pré-avisar o fornecedor sobre a inversão do ônus probatório, identificando, sempre que possível, quais são os fatos que cabiam ao consumidor e passam a ser de responsabilidade do fornecedor, quanto à prova”⁶⁵.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

⁶² Didier Jr. Braga e Oliveira, diferentemente, afirmam que verdadeiramente ocorre a inversão do ônus da prova. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Samo; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 82.

⁶³ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 116-117.

⁶⁴ A título exemplificativo, Carlos Roberto Barbosa Moreira entende que o juiz deve determinar a inversão antes do início da fase instrutória, já Nelson Nery Jr. afirma que a inversão é regra de juízo.

⁶⁵ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da Prova no Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 150.

Ou seja, sugere que a inversão do ônus probatório em matéria consumerista deve ser tomada como regra de procedimento.

Embora se reconheça que o fornecedor precisa ter consciência de que em caso de insuficiência probatória poderá arcar com as consequências da inversão do *onus probandi*, ainda assim aqui se defende a ideia de que as providências relativas à inversão precisam ser comunicadas às partes. Ora, como já visto, a inversão do ônus da prova nas lides envolvendo relação de consumo não é automática, portanto nada mais justo do que o magistrado informar os litigantes para que possam reunir esforços a fim de provar o que lhes cabe. E nem se diga que as partes teriam a obrigação de produzir o máximo de provas possível para o deslinde da causa, já que, na prática, isso certamente representaria ofensa à celeridade e à economia processual.

Nessa esteira, Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam:

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois 'se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia'.⁶⁶

Para esses autores, portanto, a inversão do ônus da prova não deve ocorrer somente no momento da prolação da sentença, o que representaria ruptura com o sistema do devido processo legal.

Cambi também compartilha desse entendimento e assim leciona:

A inversão do ônus da prova para poder dar efetividade às garantias constitucionais contidas na regra do art. 5º inc. LV, CF, deve ser realizada, durante a fase de saneamento do processo, precisamente no momento da audiência preliminar, quando o juiz deve fixar os pontos controvertidos (art. 333, § 3º, CPC). Tanto, mesmo que, posteriormente, o juiz se dê conta de que deveria inverter o ônus da prova (inclusive, no momento da sentença), deverá dar oportunidade para que o fornecedor se manifeste e, se necessário, exercite o seu direito à prova contrária.⁶⁷

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 85.

⁶⁷ CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

Portanto, se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, pode-se dizer que ao fornecedor não será oportunizado o direito fundamental à prova de forma satisfatória.

Entretanto, não se pode ignorar que esse não é exatamente o posicionamento dos processualistas Marinoni e Arenhart, autores que vêm sendo amplamente citados neste trabalho. Para eles, via de regra, a inversão do ônus da prova é regra de juízo, devendo ser determinada a inversão em momento anterior somente quando a prova for impossível, ou muito difícil, ao consumidor e possível, ou mais fácil, ao fornecedor.⁶⁸

Em que pesem as divergências, comunga-se aqui do entendimento que aponta o melhor momento para a inversão do ônus da prova como aquele da fase de saneamento do processo. Como bem sintetiza Leonardo, “apenas deste modo pode-se conjugar a proteção do consumidor com a garantia constitucional do contraditório”⁶⁹.

3.3.1 Casos concretos

Feitos os apontamentos acerca da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, abaixo serão expostos três julgados a fim de visualizar a inversão em casos concretos.

a) O primeiro julgado a ser analisado é o Recurso Especial nº. 915.559/SP⁷⁰, de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, interposto em ação de indenização por

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 213.

⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. cit., p. 292.

⁷⁰ Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida.

- O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência.

- Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.

- Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença.

danos morais e materiais decorrentes de saques indevidos em conta poupança. Em primeiro grau, a sentença julgou improcedente o pedido da autora formulado em face do Banco Itaú S.A., afastando a inversão do ônus da prova, sob o fundamento de que na hipótese dos autos a requerente não teria comprovado o nexo causal. Posteriormente, o recurso de apelação da autora foi desprovido considerando que não restou demonstrado que os saques não reconhecidos teriam sido feitos por negligência do Banco, sendo indevida a indenização. Assim, o ônus da prova não foi invertido pela ausência de verossimilhança.

Em sede de recurso especial, a recorrente alegou violação ao art. 6º, VIII, do CDC, sustentando a necessidade de inversão do ônus da prova nas hipóteses em que se discute a realização de saques sucessivos não autorizados em conta bancária. O voto da Relatora primeiramente destaca que a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor constituem requisitos alternativos para a inversão do ônus da prova em relação de consumo, e não cumulativos como entendeu o TJ/SP.

A Corte Superior determinou, então, a inversão do ônus da prova no caso analisado verificando a existência de hipossuficiência do consumidor no tocante à produção da prova, eis que da autora, técnica de enfermagem, não se poderia exigir qualquer conhecimento a respeito dos instrumentos de proteção contra fraudes mantidos pelos fornecedores de serviços bancários. Vale transcrever trecho do acórdão:

Considerando as próprias “regras ordinárias de experiências” mencionadas no CDC, conclui-se que a chamada hipossuficiência técnica do consumidor, nas hipóteses de ações que versem sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, dificilmente poderá ser afastada, tendo em vista, principalmente, o total desconhecimento, por parte do cidadão médio, dos mecanismos de segurança utilizados pela instituição financeira no controle de seus procedimentos e ainda das possíveis formas de superação dessas barreiras a eventuais fraudes.⁷¹

No voto proferido, acompanhado pelos demais julgadores, foi dado provimento ao Recurso Especial e determinada a remessa dos autos à instância

Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie. (REsp 915599/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 05/09/2008)

⁷¹ REsp 915599/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 05/09/2008

inicial a fim que fosse oportunizada a produção de eventuais provas capazes de ilidir o pleito deduzido pela recorrente.

Nota-se que o voto da Ministra Nancy Andrigui aplicou a inversão do ônus da prova prevista no CDC considerando somente o requisito de hipossuficiência. Como visto, a literalidade do art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, possibilita justamente isso, que a inversão ocorra na presença da verossimilhança *ou* da hipossuficiência. No presente caso, é possível verificar que tal inversão era necessária para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes.

b) O segundo caso foi extraído do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Trata-se do recurso de apelação cível nº 159.523-1⁷², de relatoria da Juíza

⁷² APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 12. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. EXPLOSÃO DE FOGUETE DE ARTIFÍCIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DEFERIDA PARA O FIM DE QUE O FABRICANTE COMPROVASSE A INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO PRODUTO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL TÉCNICA. NÃO PAGAMENTO DA PERÍCIA PELA FABRICANTE. DESISTÊNCIA PRESUMIDA DA PRODUÇÃO DA PROVA. NÃO COMPROVAÇÃO, OUTROSSIM, DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA. PERFURAÇÃO DE OLHO E PERDA DE FALANGES DISTAIS DE DOIS DEDOS DA MÃO. DANO ESTÉTICO CARACTERIZADO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM DANO MORAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA INCAPACITAÇÃO, SEQUER PARCIAL, DA VÍTIMA PARA O EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE LABORAL. INDEFERIMENTO DA VERBA MANTIDO. DANO MORAL POSTULADO, DE FORMA CUMULATIVA, PELA ESPOSA DA VÍTIMA. SOLIDARIEDADE AO MARIDO DECORRENTE DO DEVER DE ASSISTÊNCIA RECÍPROCA DECORRENTE DO CASAMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SOFRIMENTO EXCEPCIONAL. VERBA INDEFERIDA. RECURSOS CONHECIDOS, SENDO NEGADO PROVIMENTO AO PRIMEIRO E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO. 1. A não juntada do documento fiscal que comprova a aquisição do produto não elide a responsabilidade do fabricante, pois a regra do art. 12 do CDC está fundada na garantia de adequação ao uso do produto e da segurança que dele se espera, pouco importando se o consumidor o adquiriu de forma onerosa ou não. 2. Além disso, a regra do art. 17 do CDC estende a garantia a todas as vítimas do evento, equiparadas aos consumidores pela aludida norma. 3. Reconhecida a inversão do ônus da prova, cabe à fabricante-fornecedora provar a inexistência de defeito no produto por ela posto no mercado. 4. Cabe à fornecedora-fabricante, outrossim, comprovar a ocorrência de qualquer das excludentes do §3º do inciso III do art. 12 do CDC, sob pena de resultar configurada a sua responsabilidade, por força do caput e §1º do mesmo dispositivo. 5. "As duas Turmas de Direito Privado deste Tribunal admitem a cumulação dos danos morais com os danos estéticos, derivados do mesmo fato, quando possível, como determinado, no caso, a apuração em separado." (STJ-4ª Turma, REsp. nº 435.371-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 07.04.2005, DJU 02.05.2005) 6. O dano moral decorrente das lesões é de cunho personalíssimo da vítima. Assim, embora presuma-se que a esposa tenha acompanhado o marido nos momentos difíceis que sucederam o acidente, tal conduta se deu em decorrência do dever de solidariedade e assistência recíproca que os cônjuges devem um em relação ao outro em decorrência do casamento. A reparação a título de dano moral é cabível apenas na especial hipótese de comprovação da excepcionalidade do sofrimento impingido ao cônjuge não atingido diretamente pelo acidente sofrido pelo consorte. 7. O ônus de provar a incapacitação laboral justificadora do pedido de pagamento de pensão vitalícia recai sobre o postulante, uma vez que é fato constitutivo do direito pleiteado por ele, prevalecendo a regra geral de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC), salvo eventual inversão expressamente declarada.

(TJPR - 5ª C.Cível - AC - 159523-1 - Iporã - Rel.: Lilian Romero - Unânime - - J. 08.11.2005)

Convocada Lilian Romero, interposto em ação indenizatória decorrente de fato do produto (explosão de fogos de artifício). A sentença proferida no Juízo da Comarca de Iporã/PR julgou parcialmente procedente o pedido dos autores, condenando o réu Artesanato de Fogos Pica-Pau Ltda. ao pagamento de R\$ 30.000,00 a título de danos morais pela explosão de foguete de artifício que gerou sérias lesões em um dos requerentes (perfuração do olho direito e dilaceração parcial da mão direita).

Durante o trâmite do processo de conhecimento, o TJPR decidiu, em sede de agravo de instrumento, pela inversão do ônus da prova em favor dos autores, determinando que o réu provasse a ausência de defeito no rojão de sua fabricação e a extensão das lesões sofridas pelo postulante. Contudo, a prova pericial requerida e deferida não foi realizada por ausência de pagamento dos honorários periciais.

Nas razões de apelo, a parte ré alegou, principalmente, que não houve defeito do produto, mas manuseio indevido e, portanto, culpa exclusiva da vítima. Contudo, não prosperaram as suas insurgências, já que, ante a inversão do ônus da prova determinada, o fabricante não se desincumbiu de comprovar a inexistência do defeito mencionado pelos requerentes. *In verbis*, segue excerto do acórdão:

Vale observar que houve inversão do ônus da prova, tendo sido deliberado que incumbia à requerida-apelante comprovar que seu produto não tinha defeito. Deferida a prova técnica para tal finalidade, ela não pagou os honorários da perita nomeada, desistindo implicitamente da produção desta prova, que a ela interessava.⁷³

Dessa forma, foi negado provimento ao recurso do réu a fim de manter a indenização fixada na sentença.

Os autores também interpuseram apelação contra a parte da sentença que julgou improcedentes os pedidos de dano estético e de pensão mensal vitalícia. Entretanto, não cabem aqui explicações sobre esses pontos já que se distanciam da temática sob análise.

Vê-se que o presente caso envolve amplo conjunto fático e serve muito bem para demonstrar a importância da inversão do ônus da prova no âmbito consumerista. É certo que não tendo sido realizada a perícia, ficou ainda mais difícil para o fornecedor comprovar que não havia defeito no artefato. Ora, embora a inversão do *onus probandi* tenha sido tomada como regra dirigida às partes, ao final

⁷³ TJPR - 5ª C.Cível - AC - 159523-1 - Iporã - Rel.: Lilian Romero - Unânime - - J. 08.11.2005.

do processo, não tendo sido devidamente conduzida a instrução pelo réu, a inversão foi utilizada também como regra de julgamento.

Tanto neste julgado do TJPR quanto no anterior, do STJ, verifica-se que o momento eleito para a inversão do ônus da prova é anterior à prolação da sentença. Serviram-se os magistrados, portanto, da regra de procedimento. Contudo, a jurisprudência, da mesma forma que a doutrina, também diverge sobre o assunto. Encontramos nos tribunais nacionais juízes que consideram a inversão do ônus da prova prevista no CDC como regra de juízo. Nesse sentido é o caso apresentado nas linhas seguintes.

c) O terceiro e último julgado selecionado é a apelação cível nº 20060710159324⁷⁴ do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cujo relator foi o Desembargador Flávio Rostirola. Trata-se de recurso interposto em face da sentença na ação de indenização por danos materiais e morais que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para condenar o Banco Pine S.A. a pagar à requerente o valor de R\$ 20.000,00 por danos morais, mais a quantia descontada indevidamente dos proventos da demandante oriunda de empréstimo não contratado.

O apelo do requerido aponta exatamente questão atinente à inversão do ônus da prova. Alega que ela deveria ter sido aplicada antes do término da instrução probatória a fim de possibilitar a produção de provas. O parecer da Procuradoria de

⁷⁴ CONSUMIDOR, PROCESSO CIVIL E CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CRITÉRIOS. MOMENTO. REGRA DE JULGAMENTO. DESCONTO DE EMPRÉSTIMO NÃO-CONTRATADO EM PROVENTOS. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CONTRA-RAZÕES. 1. PARA SE DEFERIR O PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, COMO UMA MODALIDADE DE FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, HÁ QUE SE FAZER PRESENTE UM DOS SEUS REQUISITOS, QUAIS SEJAM: VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES OU HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. 2. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DE ACORDO COM OS DITAMES CONSUMERISTAS, CONFIGURA REGRA DE JULGAMENTO, NA MEDIDA EM QUE, APÓS A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, ESTARÁ O MAGISTRADO APTO A DECIDIR SOBRE A APLICAÇÃO OU NÃO DESSA INVERSÃO. 3. NO CASO VERTENTE, PARA FINS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, DEMONSTROU-SE O NEXO CAUSAL ENTRE O ATO ILÍCITO DE DESCONTAR DOS PROVENTOS DO AUTOR PARCELA DE EMPRÉSTIMO NÃO AUTORIZADO E O TRANSTORNO DE VER OS PRÓPRIOS RENDIMENTOS REDUZIDOS EM RAZÃO DE EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO, ORIUNDO DE FRAUDE. 4. A QUANTIA ARBITRADA, A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, DEVE REMUNERAR O PREJUÍZO DA VÍTIMA, BEM COMO PREVENIR EQUÍVOCOS DE MESMA SORTE. 5. CONTRA-RAZÕES NÃO CONSUBSTANCIAM O MEIO APROPRIADO PARA DEMONSTRAR EVENTUAL INCONFORMISMO EM RELAÇÃO À SENTENÇA. 6. PRELIMINAR REJEITADA E APELO NÃO PROVIDO. (TJ-DF - APL: 159323120068070007 DF 0015932-31.2006.807.0007, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 01/04/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/04/2009, DJ-e Pág. 74)

Justiça foi no sentido de anular a sentença eis que a inversão do *onus probandi* se deu somente na decisão final.

Como se observa, a temática é controvertida também na jurisprudência. Diferentemente dos dois casos anteriores, neste entendeu-se ser plenamente aplicável a inversão do ônus da prova na sentença, como regra de julgamento:

Sobre o **momento de inversão do ônus da prova**, **não** perfilho o posicionamento acerca da aplicação de tal ônus antes do término da instrução processual. A meu sentir, trata-se de regra de julgamento, na medida em que, após a instrução probatória, estará o magistrado apto a decidir sobre a aplicação ou não dessa inversão.⁷⁵

Ademais, o Relator considerou verossímeis as alegações do autor e vislumbrou a hipossuficiência do consumidor em relação ao Banco:

No caso em tela, considero verossímeis as alegações do Autor-Apelado. Os fatos narrados encontram identidade com o que tem ocorrido com aposentados do INSS, que tem tido seus proventos descontados, vítimas de empréstimos contratados com terceiros. (...)

No caso em comento, o Autor, com 71 (setenta e um) anos de idade, aposentado pelo INSS, apresenta-se hipossuficiente em relação ao Banco-Réu, cujos meios de averiguar a veracidade de dados informados, para fins de empréstimos, mostra-se muito superior ao do Requerente.⁷⁶

Diante disso, o recurso da instituição financeira foi desprovido e a sentença mantida tal como lançada.

Realmente, seria praticamente impossível a autora provar que os descontos realizados de seus proventos decorriam de empréstimo não contratado. Muito mais fácil seria ao Banco comprovar a existência do mútuo se ele realmente existisse. Portanto, embora neste trabalho se defenda ser razoável que a inversão do ônus da prova seja comunicada às partes em momento anterior à instrução, neste caso específico o réu poderia ter, sem muitos esforços, produzido suas provas independentemente da determinação da inversão do ônus da prova.

Por isso, importante perceber que cada caso concreto tem suas próprias peculiaridades que ensejam análise detida do magistrado.

⁷⁵ TJ-DF - APL: 159323120068070007 DF 0015932-31.2006.807.0007, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 01/04/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/04/2009, DJ-e Pág. 74.

⁷⁶ TJ-DF - APL: 159323120068070007 DF 0015932-31.2006.807.0007, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 01/04/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/04/2009, DJ-e Pág. 74.

3.4 POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ÔNUS DA PROVA PARA ALÉM DO CDC

No tópico anterior foi explorada a inversão do ônus da prova em ações envolvendo a aplicação do CDC, entretanto, conforme defendem os processualistas Marinoni e Arenhart, outras situações de direito material também podem ensejar tratamento diferenciado do ônus da prova, mesmo inexistindo previsão legal. Assim, não estaria o magistrado preso à estática previsão do art. 333 do CPC. Mas, é claro, que a justificativa para a dinamização do *onus probandi* deve ser devidamente fundamentada. Confira-se, abaixo, posicionamento dos mencionados autores:

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.⁷⁷

Diante disso, é importantíssimo considerar a regra do art. 333 do CPC com extremo bom senso, já que as situações de direito substancial não são uniformes. Então, para procurar a justiça do caso concreto é sim possível e desejável que a distribuição do ônus da prova seja tratada sempre considerando as particularidades de cada demanda.

Algumas situações exigirão não propriamente a inversão ou a dinamização do ônus da prova, mas a redução da exigência probatória (convicção de verossimilhança). Ao lado disso, temos as hipóteses que justificam o tratamento diferenciado no próprio *onus probandi*, por exemplo: a) quando ao autor é impossível ou muito difícil a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é mais fácil ou viável a demonstração da sua inexistência; b) quando a prova é impossível para os dois polos da ação, mas a impossibilidade de esclarecimento do fato constitutivo deve pesar sobre o réu.⁷⁸ Essas últimas situações (“a” e “b”) merecem especial atenção neste estudo.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op cit., p. 201.

⁷⁸ Ibidem, p. 205.

Já foram vistas anteriormente duas formas de modificação do regime do ônus da prova – convencional e legal nas relações de consumo. Existem ainda aquelas modificações ditas judiciais, operadas por direta intervenção da atividade jurisdicional, sem previsão legal. Isso ocorre porque a rigorosa aplicação dos critérios contidos no art. 333 do CPC nem sempre é satisfatória para a obtenção de uma decisão justa, eis que a regra pode tornar absolutamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova.⁷⁹

Das lições de Cambi, pode-se extrair que toda vez que existam presunções (jurisprudenciais ou legais) que culminem na utilização da técnica da inversão do *onus probandi*, estar-se-á efetivamente tutelando direitos materiais no âmbito processual, já que o processo é mero instrumento para proteção dos direitos. E mais, em suas próprias palavras:

É importante ressaltar que o ônus da prova, na perspectiva da instrumentalidade do processo, não pode servir para inviabilizar a tutela dos direitos materiais. Assim, baseado em máximas da experiência, independentemente de regra específica a este respeito, com o intuito de promover a tutela dos direitos e a justiça da decisão, o juiz deve *inverter o ônus da prova*, quando da realização da audiência preliminar (art. 331 do CPC) ou do despacho saneador, dando a possibilidade para que a parte contrária produza a prova, sob pena de lhe aplicar o art. 333 do CPC como uma *regra de julgamento*.⁸⁰ (Grifou-se.)

É daí que se extrai a justificativa para a modificação do ônus da prova em casos não previstos em lei. Aliás, na perspectiva de um processo constitucional, deve-se ler o Código de Processo Civil à luz da Carta Maior, portanto, quando a norma insere no art. 333 impossibilita a prestação da tutela jurisdicional adequada, pode o magistrado, de forma fundamentada, distribuir os ônus probatórios de maneira diversa. Para Carpes, com isso “não apenas se promove a tutela da igualdade substancial, mas também o direito à prova”⁸¹.

Disso isso, no capítulo seguinte analisar-se-ão, com base na jurisprudência brasileira e na possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, algumas demandas que exigem tratamento diferenciado no tocante à repartição do ônus da prova: ações ambientais, ações declaratórias negativas, responsabilidade médica e demandas bancárias.

⁷⁹ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 332.

⁸⁰ Ibidem, p. 335.

⁸¹ CARPES, Artur. Op cit., p. 104.

4 DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da carga dinâmica da prova não chega a ser uma novidade no direito brasileiro. Muitos magistrados, percebendo a necessidade de adequar a regra legal do ônus da prova às necessidades do caso concreto, flexibilizam-na a fim de oferecer uma prestação jurisdicional mais justa.

Nesta última parte do estudo, propõe-se analisar propriamente a teoria da carga dinâmica da prova, expondo decisões jurisprudenciais que se fundamentaram na sua aplicação. Ademais, também será explanado como a matéria foi tratada no Projeto do Código de Processo Civil brasileiro, o qual traz algumas novidades com relação à distribuição do ônus da prova justamente acolhendo a sua dinamização.

Diante de todo o exposto, procurar-se-á responder às seguintes indagações:

a) sabendo-se que a jurisprudência já vem encontrando formas de superar a formatação estática do *onus probandi*, seria mesmo necessária a alteração legislativa?; b) as disposições sobre a matéria no Projeto do CPC refletem um processo constitucionalizado?

4.1 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA

Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, juristas argentinos, são apontados como os fundadores da chamada teoria da carga dinâmica da prova, ou também conhecida como doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova. Conforme explica Trento, atenta aos ensinamentos dos argentinos, a doutrina tem aplicação somente residual, ou seja, só deve ser aplicada quando o emprego dos parâmetros tradicionais possa levar, no caso concreto, a uma solução manifestamente iníqua.⁸² Assim, resta claro que a adoção da dinamização não significa negar validade à visão clássica, a qual continua a existir como regra geral, mas agora complementada e aperfeiçoada pela flexibilidade.

⁸² TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória**: standart e ônus da prova. Curitiba: Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 110.

Embora a teoria tenha sido sistematizada e desenvolvida pela doutrina argentina, Costa Júnior anota que o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham⁸³, ainda no século XIX, já sinalizava que a obrigação de provar cabia a quem tivesse melhores condições, com menos inconvenientes.⁸⁴

Ademais, cumpre ainda apontar que no direito norte-americano a chamada carga dinâmica da prova é amplamente utilizada, permitindo que o julgador imponha o ônus da prova a quem detém maior facilidade na sua produção. Conforme explica Steven L. Emanuel, a tendência do direito nos Estados Unidos é a de atribuir o ônus da prova, por exemplo, à parte que busca alterar o *status quo*; a quem alega um fato não usual; ou ainda ao litigante que detenha determinado conhecimento a respeito dos fatos envolvidos na causa. Confira-se:

Courts consider a number of factors in determining where to place the burdens, including: (1) which party is trying to change the status quo (he is more likely to bear the burdens); (2) who is contending that the more unusual even has occurred (he is more likely to bear the burdens); and (3) which way do policy considerations cut (the court may allocate the burdens in a way that promotes some extra-judicial social policy).⁸⁵

Conforme preceitua a teoria, no processo deve provar aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. Nesse sentido, são as explicações de Dall'agnol Junior:

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo.⁸⁶

O autor supramencionado esclarece pontualmente o que muda na teoria em comparação com a visão estática da distribuição do ônus probatório: a) é inaceitável

⁸³ Na obra *Tratado de las pruebas judiciales*.

⁸⁴ COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. Op. cit., p. 272.

⁸⁵ EMANUEL, Steven L. **Evidence**. 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2007. P. 126. (Tradução livre: "Os tribunais consideram uma série de fatores para determinar como alocar os encargos probatórios, incluindo: (1) qual parte está tentando mudar o *status quo* (esta terá mais chance de suportar os encargos); (2) quem está alegando que o mais inusitado ocorreu (novamente, esta terá mais chance de suportar os encargos); e (3) qual o caminho reduz considerações políticas (o tribunal pode alocar os encargos de uma maneira que promova alguma política social extra-judicial).")

⁸⁶ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. Doutrinas Essenciais: Processo Civil, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 793-814.

o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) é ignorável a posição da parte no processo; c) é desconsiderável a distinção tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.⁸⁷

A fim de resumir a tese, Dall’agnol Junior utiliza-se dos termos delineados pelo próprio jurista argentino Jorge W. Peyrano:

Em tren de identificar la categoria de las ‘cargas probatórias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatória a quien – por las circunstancias del caso y sin que interesse que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva.⁸⁸

De forma bastante clara, Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam que sob a óptica da teoria da carga dinâmica “prova quem pode”⁸⁹. Dessa forma, pode-se dizer que os fundamentos da doutrina são a colaboração processual e a solidariedade probatória, de forma que as partes devem se esforçar para produzir as provas que estiverem ao seu alcance. Essa postura processual faz com que decisões manifestamente injustas sejam evitadas (aliás, pode-se dizer que esse é o objetivo central da teoria).⁹⁰

Assim sendo, é extremamente importante que sejam verificadas as circunstâncias do caso concreto para que o juiz possa atribuir o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo, sempre com vistas à prestação jurisdicional justa.

Nessa perspectiva, “o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas”⁹¹. Dessa forma, o magistrado consegue aproximar-se ao máximo da realidade para ter convicção acerca das alegações deduzidas pelas partes.

⁸⁷ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p. 793-814.

⁸⁸ PEYRANO, Jorge W. apud DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. Doutrinas Essenciais: Processo Civil, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 793-814. (Tradução livre: “A fim de identificar a categoria das ‘cargas probatórias dinâmicas’, temos visualizado – entre outras – como sendo aquela segundo a qual se incumbe a carga probatória a quem se encontra em melhores condições de produzir a prova respectiva – pelas circunstâncias do caso, sem importar a posição processual, se autor ou réu.”)

⁸⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 96.

⁹⁰ TRENTO, Simone. Op. cit., p. 110.

⁹¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 97.

Portanto, o julgador deverá considerar critérios decorrentes das regras de experiência e do senso comum para avaliar quem tem maior possibilidade probatória. Cabe aqui, contudo, a advertência de que a redistribuição do *onus probandi* não é aceitável se implicar em dificuldade exagerada para a parte que recebeu o encargo, pois, assim, estar-se-ia gerando uma nova situação de desequilíbrio entre os litigantes:

É preciso deixar claro, porém, que a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.⁹²

Ademais, “a liberdade do magistrado deve ser atrelada sempre à responsabilidade”⁹³. Nesse sentido, a decisão que distribui o ônus da prova de forma diversa precisa ser devidamente motivada e fundamentada para que o processo não seja palco de arbitrariedades. Saliente-se, também, que a dinamização deve encontrar espaço apenas naqueles casos em que se verificar, concomitantemente, a desigualdade entre as partes e a excessiva dificuldade no exercício do direito à prova⁹⁴.

Continuando esta análise, é oportuno averiguar se existe diferença entre inversão do ônus da prova e dinamização. Para alguns autores, como Eduardo Cambi, a doutrina das cargas probatórias dinâmicas não é simplesmente uma regra de inversão do ônus da prova, como preceitua o Código de Defesa do Consumidor. Sobre isso, os escólios do citado autor:

Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma *inversão*, nos moldes previstos no art. 6º., inc. VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.⁹⁵

⁹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 101.

⁹³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 343.

⁹⁴ CARPES, Artur. Op. cit., p. 146.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 341.

Já para outra parte da doutrina, onde se encontram Didier, Braga e Oliveira⁹⁶, a técnica de inversão em favor do consumidor nada mais é do que uma evidente aplicação da dinamização do *onus probandi*. Afirmam que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor consiste em nítida aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, já que confere ao juiz o poder de redistribuição dos encargos.

Certo é que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se pauta por critérios pré-fixados. Caberá ao magistrado determinar “quais fatos” especificamente devem ser provados por cada parte, inexistindo padrões previamente estabelecidos dessa divisão. Isso irá depender, por exemplo, de uma das partes possuir maiores conhecimentos científicos ou por conta da sua proximidade com as fontes de prova⁹⁷. Como já mencionado, são as peculiaridades do caso concreto que determinarão como se dará a dinamização.

Nesse sentido, pode-se dizer que a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas não se distancia do que já está positivado como inversão do ônus da prova no Código de Defesa de Consumidor brasileiro. Até mesmo porque, como já foi dito em momento anterior⁹⁸, na própria aplicação do art. 6º, VIII, CDC, não é propriamente adequado o vocábulo *inversão*, pois indica uma integral transferência do ônus probatório de uma parte a outra. Mesmo nesses casos, o mais acertado é compreender a modificação como dinamização, flexibilização.

Na verdade, a principal distinção entre as técnicas, que se revela mais formal do que pragmática, reside no fato de que para se falar em *inversão* é preciso que exista um padrão pré-estabelecido dos encargos probatórios; enquanto em se tratando da *dinamização* elimina-se qualquer arquétipo prévio de distribuição do ônus.

Ressalte-se, ainda, que, para boa parte dos autores pesquisados, a teoria das cargas probatórias dinâmicas constitui-se precipuamente como regra de procedimento dirigida às partes. Para Theodoro Junior, bem como para outros doutrinadores aqui mencionados⁹⁹, a redistribuição não pode representar surpresa

⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 97.

⁹⁷ GARCIA, André Almeida. Op. Cit., p. 101.

⁹⁸ Página 31.

⁹⁹ Por exemplo, seguem o mesmo entendimento: Fredie Didier Jr., Eduardo Cambi, Artur Carpes, Antonio Janyr Dall’agnol Junior.

para a parte, o que significaria ofensa às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa:

A deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.¹⁰⁰

Portanto, é fundamental que o magistrado fixe os pontos controvertidos do processo, e conseqüentemente as questões relevantes a serem provadas, a fim de que as partes tenham certeza sobre o que deve ser provado por cada uma. Como foi exposto no primeiro capítulo, o juiz ocupa papel central na questão probatória, portanto, ninguém melhor do que o magistrado para perceber qual das partes está em melhores condições de produzir as provas.

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas ganhou verdadeira força por meio da jurisprudência argentina, inicialmente naqueles casos ligados à responsabilidade civil dos profissionais liberais. Em notória expansão, hoje vem sendo aplicada para diversas situações antes não imaginadas. Como já sinalizado no capítulo anterior, os tribunais brasileiros também acolheram a teoria das cargas probatórias dinâmicas, apesar de nenhuma disposição legal, a fim de superar a regra estática do *onus probandi* que não dava conta de todas as situações de direito substancial.

Noutro giro, não se pode deixar de mencionar que a teoria não é imune a críticas, ainda que não sejam tão expressivas. Yoshikawa¹⁰¹ argumenta que a definição prévia do ônus da prova, como ocorre no art. 333 do CPC brasileiro, prestigia o princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito. Afirma, ainda, que a ideia de facilitar o direito da parte de provar suas alegações é, *prima facie*, sedutora, mas “sob o argumento de eliminar uma dificuldade, concede-se um benefício, benefício este, porém, que coloca uma das partes em posição melhor do que a que ela teria se a dificuldade não existisse”.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 474.

¹⁰¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Revista de processo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012. P. 126-149.

Em suas críticas, o autor alega que no nosso sistema processual já existem mecanismos aptos a contornar ou afastar as dificuldades práticas no âmbito probatório, não sendo necessária a adoção de uma teoria que torne flexível o ônus probatório. Ainda, salienta que maior ou menor dificuldade de produção da prova não poderia ser utilizada como fundamento para a alteração do ônus fixado em lei.

Contudo, neste trabalho visualiza-se a teoria das cargas probatórias dinâmicas como a aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório¹⁰², representando um instrumento para a promoção da efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Ao lado dos mecanismos da presunção judicial e da inversão do ônus da prova contida no CDC, a técnica ora explorada nada mais é do que uma das possíveis práticas para facilitar os mecanismos de tutela dos direitos materiais.¹⁰³

Portanto, sob este prisma, a teoria representa um importantíssimo elo de aproximação entre o direito processual e o direito material, grande desafio do processo civil moderno. Além disso, distribuir o ônus da prova sob a perspectiva dinâmica significa voltar-se a uma visão solidarista do *onus probandi*, superando a visão individualista e patrimonialista do processo civil clássico.¹⁰⁴

4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA EM CASOS CONCRETOS – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Vistos os postulados teóricos a respeito da teoria da carga dinâmica da prova, busca-se apresentar como os tribunais pátrios vêm aplicando a dinamização do *onus probandi*. Por serem situações emblemáticas, os casos eleitos consistem em: demandas ambientais, ações declaratórias negativas, ações envolvendo responsabilidade civil médica e demandas bancárias.

¹⁰² DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p. 793-814.

¹⁰³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 346.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 343-344.

4.2.1 Demandas ambientais

Uma das matérias que merece atenção ao abordar o tratamento diferenciado do ônus da prova no processo civil diz respeito ao direito ambiental. Quando se fala na proteção de direitos difusos e coletivos, como são os direitos ligados ao meio ambiente, é preciso que o magistrado esteja atento às peculiaridades do processo que normalmente envolve questões probatórias complexas.

No julgamento do agravo de instrumento nº 7540835000¹⁰⁵, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Desembargador Samuel Júnior, a maioria dos julgadores entendeu ser cabível a manutenção de parte da decisão agravada que imputou o ônus da prova ao réu. A decisão de 1º grau foi proferida em ação civil pública, concedendo liminar para proibir a utilização de fogo na área de cultivo de cana de açúcar e determinando a realização de perícia às expensas da requerida (Central Energética Moreno Açúcar e Álcool Ltda.).

Especificamente no tocante ao ônus da prova, o agravante argumentou que não havia razão para *invertê-lo*. Diante disso, sustentou não ser o responsável para arcar com os honorários periciais. Neste ponto, seu inconformismo não prosperou, já que prevaleceu a tese de que a produção da prova deveria ser carregada à parte que apresentasse melhores condições de produzi-la, à luz da dinamização do ônus probatório.

Cabe transcrever parte do voto vencedor:

Como cediço, o ônus probatório recai diretamente sobre as partes, conforme as regras do artigo 333 do CPC. Assim, ao autor cumpre provar os fatos que embasam sua pretensão e ao réu os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, ou seja, fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Mas esta regra foi erigida à luz de um processo concebido sob a ótica dos direitos privados e da igualdade formal, que não condiz com a realidade de relações de massa e assimétricas, como é o caso das

¹⁰⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Pedido de obrigação de não fazer utilização de fogo em cultivo da cana de açúcar e de indenização por queima realizada, com cominações - Preliminares de falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido afastadas - Antecipação de tutela não requerida e deferida como liminar cautelar - Descabimento - Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastrada na simples idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido em parte apenas para afastar a antecipação da tutela. . (TJ-SP - AG: 7540835000 SP , Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 10/07/2008, Câmara Especial de Meio-Ambiente, Data de Publicação: 17/09/2008)

relações de consumo e também das ações civis ambientais.¹⁰⁶ (Grifou-se.)

Ademais, pontuou o Relator que a teoria da carga dinâmica da prova não se confunde com a inversão do ônus, “tendo em vista que este não é repassado por inteiro à parte contrária, que, apenas, fica incumbida de complementar a prova no interesse da elucidação dos fatos”¹⁰⁷. Como o Juízo entendeu ser necessária a prova pericial, a decisão agravada foi mantida nessa parte a fim de que a Central Energética custeasse os honorários do perito.

Entende-se, destarte, que a alteração do arquétipo legal da distribuição do ônus da prova se dá no sentido de buscar a máxima efetividade da prova no contexto processual.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que a relação entre “modificação do ônus da prova” e “inversão do ônus financeiro” é polêmica na jurisprudência pátria. O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que, nesses casos, em que há modificação do ônus probatório, a parte ré não está diretamente obrigada a arcar com os honorários do perito, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor¹⁰⁸.

Para além da questão dos honorários periciais, importante analisar que em demandas inibitórias – como a exposta acima, em que o pedido é para que não ocorra a queimada da cana-de-açúcar – o juiz pode “modificar o regime do ônus da prova, liberando o autor da prova impossível do fato futuro (probabilidade de lesão) e imputando este ônus ao réu (a prova da ausência de qualquer ameaça)”¹⁰⁹. Segundo Arenhart, essa modificação depende de dois fatores: a) impossibilidade concreta ou dificuldade intransponível de o interessado produzir a prova sobre o fato futuro temido; b) real possibilidade de que a parte contrária tenha condições de produzir provas capazes de demonstrar a inocorrência da futura violação do direito.¹¹⁰

¹⁰⁶ TJ-SP - AG: 7540835000 SP, Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 10/07/2008, Câmara Especial de Meio-Ambiente, Data de Publicação: 17/09/2008

¹⁰⁷ TJ-SP - AG: 7540835000 SP, Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 10/07/2008, Câmara Especial de Meio-Ambiente, Data de Publicação: 17/09/2008

¹⁰⁸ AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 16/06/2014; AgRg no REsp 1042919/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 31/03/2009.

¹⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

¹¹⁰ *Ibidem*.

4.2.2 Ações declaratórias negativas

Como mais um exemplo em que se demonstra justificável afastar as disposições do art. 333 do CPC, temos as ações declaratórias negativas. É claro que não são todas as situações que exigirão tal tratamento, sendo apenas aplicável aos casos em que a parte autora limita-se a negar a ocorrência de determinado evento, sem poder apresentar fatos modificativos, extintivos, impeditivos ou incompatíveis.¹¹¹ Somente nesses casos extremos é viável a modificação do regime do ônus da prova.

Em concreto, pertinente mencionar a apelação cível nº 1034291-7¹¹², julgada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Trata-se de recurso interposto em face da sentença nos autos de ação declaratória de inexistência de relação cambial c/c inexigibilidade de cobrança que julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor declarando inexigível a duplicada apresentada. Em sede recursal, a sentença foi mantida eis que a parte ré não logrou demonstrar que o autor teria autorizado e contratado a realização de serviços de retífica de motor de um trator.

Assim ponderou o Relator:

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em regra, incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

¹¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

¹¹² AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CAMBIAL C/C INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA. RECONVENÇÃO. ÔNUS DA PROVA DA EMPRESA RÉ ACERCA DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA. TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS. AUTORIZAÇÃO OU CONTRATAÇÃO POR PARTE DO AUTOR NÃO DEMONSTRADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO.- Como a presente ação versa sobre a inexistência de relação jurídica a exigir do autor prova negativa, bem como em razão da apresentação de reconvenção pela ré, cabe a esta provar que a relação jurídica existiu.- Não tendo sido demonstrado pela empresa ré que o autor teria autorizado e contratado o serviço em questão, deve ser mantida a r.sentença que declarou a inexistência de relação creditícia entre as partes, a inexigibilidade da duplicata de fls. 44 e julgou improcedente o pedido deduzido na reconvenção.- O valor da verba honorária deve obedecer ao comando do §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, sem olvidar as circunstâncias das letras 'a', 'b' e 'c', do §3º do mesmo artigo, no que atende a sentença.Apelação Cível desprovida. (TJPR - 16ª C.Cível - AC - 1034291-7 - Paraíso do Norte - Rel.: Paulo Cezar Bellio - Unânime - - J. 07.08.2013)

Nesse sentido, sendo a presente ação declaratória de inexistência de relação cambial c/c inexigibilidade de cobrança, recairia sobre o autor o ônus de provar a inexistência da relação jurídica, ou seja, prova negativa, situação revestida de extrema peculiaridade no campo probatório. Dessa forma, em razão das circunstâncias do caso, bem como diante da reconvenção apresentada pela ré, cabe a esta provar que a relação jurídica existiu.

Tendo o autor recebido a duplicata para pagamento e não reconhecendo o negócio jurídico subjacente, plenamente cabível a dinamização do ônus da prova. Do mesmo modo, também ocorreria esse fenômeno processual naqueles casos em que são lançados valores em faturas de cartão de crédito sem que o cliente reconheça o débito. É certo que essas circunstâncias excepcionais, em que o requerente não consegue constituir prova de suas alegações, exigem que o ônus recaia sobre aquele que possui melhores condições de conduzir a prova no processo.

4.2.3 Demandas envolvendo responsabilidade civil médica

As ações que envolvem a responsabilidade civil profissional, especialmente a do médico, são excelentes exemplos de demandas que exigem a flexibilização da distribuição rígida do ônus da prova. Segundo Carpes, esses casos são os mais utilizados pela doutrina argentina para demonstrar a aplicação da técnica de “dinamização do ônus da prova”¹¹³.

Nesse tópico, importante salientar que, no Brasil, casos envolvendo responsabilidade civil profissional são submetidos ao regime do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no tocante à técnica de inversão do ônus da prova. No entanto, como vêm entendendo os tribunais pátrios, essas demandas são aptas a ilustrar a técnica da dinamização no que se refere à prova da culpa (art. 14, parágrafo 4º, CDC).

Pela distribuição legal, a vítima do erro médico teria de demonstrar a culpa do profissional para obter êxito na causa. Entretanto, não é difícil de imaginar que para o paciente seria extremamente complexo provar suas alegações, já que

¹¹³ CARPES, Artur. Op. cit., p. 105.

não possui os prontuários médicos, tampouco conhecimento técnico capaz de embasar suas alegações. Ou seja, a relação médico paciente é desequilibrada, já que de um lado está um leigo; e, do outro, o médico, profissional detentor de conhecimentos técnicos.¹¹⁴

Seguindo sua tradição de vanguarda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o primeiro a desenvolver a aplicação da dinamização do ônus da prova no país. Atualmente, a Corte concentra vasta quantidade de julgados aplicando a referida técnica processual, e é de lá que foi selecionado o caso concreto a ser analisado.

Do acórdão do recurso de apelação nº 70056176548¹¹⁵, de relatoria do Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, verifica-se que a parte autora,

¹¹⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. V. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 169-196.

¹¹⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. EFEITOS DO RECURSO. Recurso interposto contra sentença que confirma antecipação de tutela e impõe condenação. Apelação que deve ser recebida em ambos os efeitos, restrito o efeito exclusivamente devolutivo no ponto que trata do provimento antecipado. Inteligência do art. 520, VII, do CPC. Precedentes. 2. ERRO MÉDICO. AÇÃO INDENIZATÓRIA MOVIDA CONTRA HOSPITAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ÔNUS PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. 2.1. Hospitais e clínicas de saúde respondem, de forma objetiva, quanto à falha no atendimento que se refere à estadia do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos" - lição da jurisprudência do STJ. 2.2. A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço implica comprovação de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. São pressupostos da responsabilidade subjetiva a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. 2.3. Verificado nos autos que a parte demandada possui maiores condições técnicas de demonstrar a forma como ocorreram os fatos descritos na exordial, referentes à alegada falha na prestação dos serviços médicos, impõe-se atribuir à instituição de saúde o ônus probatório. Manejo da teoria da carga dinâmica da prova. 2.4. Caso em que a autora sofreu anóxia intra-uterina (falta de oxigenação no cérebro) e parada cardiorrespiratória quando do seu nascimento, determinando-lhe debilidade física e mental. Prova técnica formalizada em Juízo que atestou a excelente gestação da mãe da demandante, com acompanhamento pré-natal. Quadro de encefalopatia ocorrido após os procedimentos necessários ao nascimento da autora, inexistindo comprovação de indicativo de anormalidade morfológica cerebral anterior. Falta de apresentação, pelo hospital, dos prontuários médicos completos do período de internação da mãe da autora. Inexistência de esclarecimentos se os danos cerebrais sofridos pela criança decorreram de complicações comuns ao parto ou imperícia dos clínicos ligados à instituição demandada. Prova técnica prejudicada em vista da ausência de "informações obstétricas quanto à evolução do trabalho de parto e aos acontecimentos do parto" - registro do expert do Juízo. "À falta de elementos capazes de excluir a culpa do nosocômio réu, a quem pertenciam o ônus da prova no caso concreto, cabível a indenização pelos danos sofridos". 3. DANO MORAL E ESTÉTICO. CABIMENTO. MONTANTE INDENIZATÓRIO. VALOR ARBITRADO EM 1º GRAU MINORADO. ADEQUAÇÃO AOS PRECEDENTES DA CORTE. Demandante que apresenta paralisia cerebral severa, com comprometimento da motricidade voluntária nos quatro membros, incapacidade de comunicação verbal, sem capacidade de deglutição normal e sem o sentido da visão. No arbitramento da compensação por abalo moral e dano estético, cumpre atentar-se às condições das partes, o bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e da

devidamente representada por seus pais, ajuizou ação indenizatória contra a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, sustentando que devido a um erro médico ocorrido na hora do parto, sofreu parada cardio-respiratória que lhe ocasionou debilidade mental e física, de forma permanente e irreversível. Afirma, então, que o dever de indenizar decorre da conduta culposa do hospital réu e do profissional que realizou o parto. A sentença julgou procedentes os pedidos formulados e condenou a Santa Casa ao pagamento de todo o custeio do tratamento médico/hospitalar; ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos arbitrados em R\$ 450.000,00 e de danos materiais no importe de R\$ 21.380,28; bem como ao pagamento de pensão à requerente.

A ré recorreu da decisão buscando o afastamento da condenação. Entre outros argumentos, discorreu sobre a necessidade de ser comprovada a culpa por se tratar de responsabilidade subjetiva.

Contudo, o Relator entendeu que, embora se tratasse de responsabilidade subjetiva, ao caso seria adequado flexibilizar o ônus da prova já que a parte autora dificilmente conseguiria produzir prova da culpa. Confira-se:

(...) a despeito de na responsabilidade subjetiva ser incumbência da parte autora formalizar prova das suas alegações (art. 333, inc. I do Código de Processo Civil), cabível, na espécie, aplicar-se os preceitos contidos na chamada *teoria da carga dinâmica da prova*, a qual estabelece que a prova deve ser realizada por aquele que se encontra em melhores condições de demonstrar a existência ou inexistência de algum fato ou detém o controle dos meios probatórios.¹¹⁶

Diante disso, como a requerida não obteve êxito em provar que agiu com prudência, perícia e diligência, o dever de indenizar foi mantido, apenas reduzindo-se o montante dos danos morais para R\$ 250.000,00.

Por meio desse exemplo nota-se claramente a dificuldade na obtenção da prova nas ações que se fundam em erro médico. Pela dinamização aplicada, deve provar quem tem melhores condições para isso. Ora, se o deslinde da controvérsia depende daquele que tem condições de demonstrar os fatos, não faria

razoabilidade. Necessidade de o valor refletir justa indenização, sem representar penalidade excessiva. Quantum fixado em sentença, R\$ 450.000,00, minorado para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056176548, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 19/12/2013)

¹¹⁶ Apelação Cível Nº 70056176548, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 19/12/2013.

sentido que o processo se mantivesse arraigado às formais distribuições do *onus probandi*.

4.2.4 Demandas bancárias

A distribuição dinâmica do ônus da prova também vem sendo acolhida na jurisprudência brasileira com relação aos contratos bancários. Entretanto, cabe salientar que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável sobre as relações e contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes¹¹⁷, o que resulta na possibilidade de inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, CDC. Apesar disso, a teoria que trata da “dinamização do ônus” é amplamente mencionada no julgamento dessas demandas.

Nessa esteira, não se pode deixar de tecer uma crítica com relação ao tratamento que os tribunais pátrios vêm empregando à teoria da carga probatória dinâmica em demandas como essas. Muitos julgados poderiam fundar-se simplesmente na pura aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente prevê a inversão do ônus da prova. Entretanto, diversas decisões mencionam a aplicação da teoria sem maiores reflexões sobre a temática.

Lembre-se que a própria “inversão” não é puramente a transferência integral do ônus probatório de uma parte para a outra, mas sim a modificação no regime tradicional do *onus probandi*.

Como exemplo, toma-se a apelação cível nº 2.0000.00.320482-4/000¹¹⁸, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformou a sentença dando provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor a fim de julgar procedente o pedido inicial.

¹¹⁷ TJ Súmula nº 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

¹¹⁸ EMENTA: PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. RECUSA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE TRAZER AOS AUTOS CÓPIA DOS CONTRATOS QUE SE PRETENDIA REVISAR. TENTATIVA DE IMPEDIR O PODER JUDICIÁRIO DE EXAMINAR A LEGALIDADE DE ENCARGOS CONTRATUAIS.

A atitude da instituição financeira de não trazer aos autos cópia dos contratos que deram origem ao termo de renegociação de débito, impedindo o Poder Judiciário de alcançar os princípios da verdade real e da efetividade processual, não fica impune com a aplicação do princípio, da carga dinâmica da prova, pois, de acordo com esse princípio, o ônus da produção da prova documental relativa à relação contratual que se pretende revisar judicialmente é da instituição financeira. Com isto, tem-se que o banco/apelado não se desincumbiu do seu ônus de comprovar que a taxa de juros cobrada, nos contratos que originaram o termo de renegociação de débito, não era abusiva e capitalizada.

Pretendia o autor o recálculo de dívida bancária e a repetição de indébito em face do Banco Real S.A., argumentando que a instituição financeira havia estipulado a cobrança de taxas de juros abusivas e capitalizadas.

A Relatora Juíza Maria Elza registrou que o banco descumpriu decisão que ordenava a apresentação dos contratos que originaram o termo de renegociação de débito, impedindo que se alcançasse com clareza a elucidação dos fatos. Diante disso, e considerando a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, salientou que cabia ao apelado a juntada da cópia dos contratos, já que o banco possuía os instrumentos à sua disposição, não havendo qualquer dificuldade para fazê-la. Portanto, à ré cabia o ônus de provar a legalidade das cláusulas contratuais:

Com a aplicação, *in casu*, do princípio da carga dinâmica da prova, tem-se que o ônus da produção da prova documental relativa à relação contratual que se pretende revisar judicialmente é do banco/apelado. Não se trata de inversão do ônus da prova, mas de mera aplicação do princípio de que à parte que se encontra no controle da prova, não é lícito negá-la, por necessária ao processo, princípio nominado como carga dinâmica da prova.¹¹⁹

Assim, não tendo o apelado se desincumbido de comprovar que a taxa de juros não era abusiva e capitalizada, foi dado provimento ao recurso.

Como se vê, tratou a Relatora de esclarecer que não se tratava propriamente de inversão do ônus da prova com base no CDC, mas da possibilidade de dinamização do *onus probandi* com vistas à máxima efetividade do processo. Não fica claro, no entanto, qual a distinção entre aplicar a teoria da carga dinâmica da prova ou a inversão plenamente possível prevista no diploma consumerista.

Como visto anteriormente, para alguns autores a técnica de inversão em favor do consumidor consiste na pura aplicação da dinamização do ônus da prova.

Não se trata de inversão do ônus da prova, mas de mera aplicação do princípio de que à parte que se encontra no controle da prova não é lícito negá-la por necessária ao processo. CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) é aplicável sobre todas as relações e contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes, inclusive quanto às taxas de juros remuneratórios, desde que pactuada de forma abusiva. (Precedente: REsp n. 213.825-RS). V.V.: Não há que reduzir a taxa de juros contratada uma vez que não é auto-aplicável o art. 192 da Constituição Federal. (Apelação Cível 2.0000.00.320482-4/000, Relator(a): Des.(a) Maria Elza , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) , julgamento em 14/03/2001, publicação da súmula em 31/03/2001)

¹¹⁹ Apelação Cível 2.0000.00.320482-4/000, Relator(a): Des.(a) Maria Elza , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) , julgamento em 14/03/2001, publicação da súmula em 31/03/2001.

Portanto, é de se questionar se em casos como o acima exposto seria realmente necessária a invocação da teoria.

De qualquer forma, muitas demandas envolvem legítimas possibilidades de aplicação da dinamização do ônus da prova, a qual está em consonância com os preceitos constitucionais como se passa a defender adiante.

4.3 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E CONFORMAÇÃO À CONSTITUIÇÃO

Com o advento da Constituição da República de 1988, impõe-se nova leitura ao direito processual civil, especialmente à distribuição do ônus da prova. Nessa nova concepção, o processo deve prever procedimentos que possibilitem a pacificação social, o alcance do direito material e deve estar voltado às garantias constitucionais.¹²⁰ A propósito, sobre a necessidade da tutela adequada dos direitos no âmbito da jurisdição, transcrevem-se as palavras de Carpes:

Os direitos fundamentais surgem no âmbito de um Estado preocupado com a sua adequada efetivação no plano da realidade da vida, o que pressupõe sua adequada tutela no âmbito da jurisdição. Assim, jurisdição, ação, defesa e processo no Estado constitucional vão compreendidos a partir da primordial tarefa de tutelar adequada e efetivamente os direitos, especialmente os direitos fundamentais.¹²¹

Nesse contexto, é preciso ter em mente que de nada adiante titularizar direitos sem poder efetivá-los em juízo, portanto, o processo civil, à luz dos ditames constitucionais, precisa assegurar oportunidades para que os litigantes tenham condições de fazer valer o direito fundamental à prova¹²², atingindo o devido processo legal (art. 5º, LIV) e o acesso à justiça (art. 5º, XXXV)¹²³. Em última análise, se a distribuição do ônus da prova for feita de forma que seja impossível a

¹²⁰ BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça. Revista de processo, v. 37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012. P. 84.

¹²¹ CARPES, Artur. Op cit., p. 76.

¹²² Trata-se de direito fundamental implícito – art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Maior.

¹²³ Conforme ensina José Afonso da Silva, o direito ao devido processo legal combinado com o direito de acesso à Justiça e o contraditório e a plenitude de defesa, “fecha-se o ciclo das garantias processuais”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 432.

parte se desincumbir do encargo, então se estará negando o acesso à tutela jurisdicional justa.

É inegável, portanto, que as regras que disciplinam a distribuição do ônus da prova afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Daí a íntima relação entre a temática processual aqui abordada e o direito constitucional.

Na visão de Bazzaneze, a regra de distribuição estática do ônus da prova pode conduzir a julgamentos injustos e desconectados do direito material e constitucional. Já a dinamização do *onus probandi* contribuiu para a efetividade do processo:

A conduta retórica do Poder Judiciário em aplicar a regra estática do ônus da prova, sem considerar o caso concreto, pode ensejar má prestação jurisdicional, ofensa a preceitos jurídicos constitucionais (como o devido processo legal e o acesso à justiça), bem como o não alcance da ordem jurídica justa.

Por sua vez, a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser instrumento hábil à efetividade do processo, uma vez que, ao substituir ou complementar o ônus da prova, permite que o direito à prova e o efetivo acesso à Justiça sejam alcançados pelo jurisdicionado.¹²⁴

Pode-se dizer, por conseguinte, que em determinadas situações as regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afetam o acesso à justiça, sendo necessária a dinamização visando possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.¹²⁵

A propósito, Marinoni explica com maestria a necessária conformação da regra processual com as exigências do direito material nos casos concretos:

Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve 'criar' técnica processual adequada ou mesmo pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal. Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas.¹²⁶

¹²⁴ BAZZANEZE, Thaís. Op. cit., p. 84.

¹²⁵ GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais.** De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan./jun. 2007, p. 397.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.**

Nesse sentido, a dinamização do ônus da prova, nos casos em que o direito substancial assim exige, representa a busca pela máxima efetividade da tutela jurisdicional, de forma que o disposto no artigo 333 do CPC deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.

Como já visto, o nosso atual Código de Processo Civil não contém regra expressa adotando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mas essa concepção é acolhida partindo de uma interpretação sistemática da nossa legislação. Assim, a aplicação da teoria decorreria dos seguintes princípios: da igualdade; da lealdade, boa-fé e veracidade; da solidariedade; do devido processo legal; do acesso à justiça; e da adaptabilidade do procedimento.¹²⁷ Explícito está, portanto, que no ordenamento jurídico pátrio encontra-se respaldo para a aplicação da dinamização do *onus probandi*, sobretudo com suporte constitucional.

Por fim, ressalta-se que o processo civil atual deve estar atento à concretização de direitos fundamentais na maior medida possível. Nessa perspectiva, a distribuição dinâmica do ônus da prova demonstra-se como um mecanismo de fortíssimo substrato constitucional, potencializando o direito fundamental à prova¹²⁸ e demais garantias constitucionais relacionadas ao acesso à justiça. Aliás, aí está a justificativa para que a teoria venha sendo abarcada pela jurisprudência pátria mesmo sem previsão legal.

4.4 O REGIME DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CPC

Após aproximadamente seis meses de discussões em Plenário, a Câmara dos Deputados concluiu em 26 de março de 2014 a votação do novo CPC (PL 8.046/2010), com aprovação da redação final. Na sequência, o texto retornou ao Senado e lá se encontra, até então, para formatação final do novo Código. Cabe mencionar que um dos motivos para a elaboração do Projeto foi “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”¹²⁹.

¹²⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 98-99.

¹²⁸ COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. Op. cit., p. 278.

¹²⁹ Exposição de motivos do Anteprojeto do novo CPC – Brasília, 8 de junho de 2010.

O Projeto propõe um modelo de processo civil cooperativo, apresentando várias normas que solidificam o dever de colaboração. Justamente a partir dessa ideia de colaboração – e inerente dever de auxílio do órgão judicial –, o novo Código prevê expressamente a possibilidade de dinamização do ônus da prova (art. 380 na redação final do Projeto¹³⁰). *In verbis*:

Art. 380. 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.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (Grifou-se.)

Como se verifica, o artigo supracitado elenca alguns requisitos, tanto materiais quanto processuais, para que seja possível a dinamização do ônus probatório. Os requisitos materiais são os seguintes: a) casos previstos em lei ou peculiaridades da causa; b) impossibilidade ou excessiva dificuldade no cumprimento do encargo; c) uma das partes deve possuir melhores condições de produzir a prova. Já os requisitos processuais podem ser assim expressos: d) decisão fundamentada; e) observância do contraditório; f) concessão de oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.¹³¹

¹³⁰ Na versão anterior do Projeto, os artigos correspondentes contemplavam a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

¹³¹ GARCIA, André Almeida. Op. cit., p. 117-118, com as devidas adaptações.

Conforme sublinha Lopes, “a teoria das cargas dinâmicas foi acolhida por renomados processualistas brasileiros, o que certamente contribuiu para a sua inclusão no Projeto do novo Código de Processo Civil”¹³². Entretanto, alguns juristas afirmam que o texto do artigo poderia ser melhor redigido.

Na visão de Marinoni e Mitidiero¹³³, o dispositivo confunde os institutos de dinamização do ônus da prova com a inversão. Para eles, a dinamização é atributo *ex novo* do ônus da prova em observância às circunstâncias da causa, sendo repartido de forma originária. Sendo assim, é impróprio falar em distribuir o encargo de “modo diverso”, como consta no dispositivo.

Ainda no que se refere às críticas ao dispositivo, Yoshikawa considera ser prudente a adoção de algumas alterações, por exemplo: a) condicionar a concessão do benefício ao prévio requerimento da parte interessada; b) condicionar a redistribuição do ônus da prova à verossimilhança do fato alegado; c) excluir a possibilidade de dinamização se a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova tiver sido causada pela parte que dela busca se beneficiar.¹³⁴

É compreensível que a positivação da teoria gere dúvidas e inseguranças quanto a sua aplicabilidade, mas parece que condicionar a dinamização do ônus da prova ao requerimento da parte e à existência de verossimilhança acabaria por afastar a incidência do dispositivo de muitos casos que necessitariam da dinamização para que se alcançasse a efetividade processual e o direito à igualdade material. Além disso, como visto acima, a dinamização não está desagasalhada de condições, já que para a sua ocorrência devem ser observados os requisitos materiais e processuais implícitos no dispositivo.

Pertinente mencionar que o Projeto do novo CPC não deixou de prever a divisão estática do ônus da prova, como se observa pela leitura do dispositivo supracitado. Embora possam dizer que o novo Código não tenha deixado claro qual sistema (estático ou dinâmico) está adotando¹³⁵, não parece haver qualquer incompatibilidade. Isso porque, como já explanado, a teoria da dinamização do ônus

¹³² LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de processo civil**. Revista de processo, v. 37, n. 204, p. 231-242, fev. 2012. P. 237-238.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 104.

¹³⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Op. cit., p. 150-153.

¹³⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de processo**. Revista de processo, v. 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012. P. 308.

da prova deve ser adotada somente em caráter subsidiário, quando a norma de previsão estática não se compatibiliza com as peculiaridades do direito material.

Visto como o Projeto do novo CPC trata a matéria do ônus da prova, bem como as críticas relativas ao artigo que prevê a dinamização, pretende-se responder às questões proposta no início deste capítulo: a) sabendo-se que a jurisprudência já vem encontrando formas de superar a formatação estática do *onus probandi*, seria mesmo necessária a alteração legislativa?; b) as disposições sobre a matéria no Projeto do CPC refletem um processo constitucionalizado?

Com relação à primeira indagação, conclui-se que não haveria real necessidade de alteração legislativa para a plena adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Deve-se dizer, a propósito, que isso restou demonstrado ao longo deste trabalho através da demonstração de uma interpretação sistemática do diploma processual e da Carta Magna, bem como dos exemplos jurisprudenciais apresentados.

Especialmente no tocante à matéria do ônus da prova, vê-se que a utilidade da proposta de alteração legislativa é absolutamente diminuta, eis que o sistema já encontrou meios de aplicar a dinamização do *onus probandi* a partir de uma interpretação sistemática constitucional. Essa é a posição da expressiva doutrina, que considera ser possível a utilização da teoria mesmo sem previsão no Código de Processo Civil de 1973. Para Theodoro Jr., “o sistema da distribuição dinâmica do ônus da prova pode, enfim, ser compatibilizado com o direito positivo brasileiro”¹³⁶. Também compactua desse pensamento Dall’agnol Junior, para quem “no Código de Processo Civil brasileiro adotados foram princípios (...) os quais permitem inferir, com segurança, a possibilidade de utilização da doutrina da carga dinâmica da prova”¹³⁷.

Aliás, o novo Código de Processo Civil, na sua integralidade, também não se justifica. Conforme salientam Marinoni e Mitidiero, uma mera reforma no CPC vigente seria suficiente para dar conta das alterações necessárias:

Este [o Projeto] repete em grande parte as redações tais quais já existentes no Código vigente. Em muitos momentos há sutil reescrita do texto, preservando-se integralmente o sentido normativo. Em outros, simples incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes. Em novecentos e setenta artigos, não

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 474.

¹³⁷ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Op. cit., p. 793-814.

chega a ser significativa a quantidade de verdadeiras inovações legislativas propostas pelo Projeto. **Muitas, aliás, são simples explicitações de soluções doutrinárias que já podem ser extraídas do sistema vigente.** Da Exposição de Motivos, colhem-se quarenta e cinco focos de mudanças. Nada que não pudesse ser realizado, pois, por reforma do texto do Código vigente sem que fosse necessária a instituição de um novo Código de Processo Civil.¹³⁸ (Grifou-se.)

Da mesma forma que um novo Código não se fazia necessário, as alterações no que se refere especificamente aos dispositivos sobre o ônus da prova não eram imprescindíveis, já que a mudança projetada nessa seara não irá alterar significativamente aquilo que já vigora no sistema processual brasileiro.

Com relação ao segundo questionamento, é inegável que a dinamização projetada no novo CPC reflete um processo constitucionalizado. Por mais que as alterações legislativas sejam prescindíveis, a intenção do legislador ao positivar a teoria da dinamização do ônus da prova representa a busca por um processo civil pautado nos direitos fundamentais à prova e ao acesso à Justiça, como foi amplamente explorado no tópico anterior. Afinal, a dinamização do *onus probandi* é “técnica processual que visa a densificar o direito ao processo justo e à tutela adequada no processo civil”¹³⁹.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 56.

¹³⁹ Ibidem, p. 103.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível afirmar que a dinamização do ônus da prova encontra amparo no direito processual civil brasileiro; seja pela jurisprudência que reconhece a inadequação da previsão estática para certos casos de direito material, seja pela maciça doutrina que defende a adoção da flexibilização do *onus probandi* pautada em uma visão constitucional do processo, ou ainda pela expressa previsão da teoria da carga dinâmica da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

A fim de melhor demonstrar o resultado desta investigação, pertinente tecer algumas considerações pontuais acerca da matéria estudada:

a) No atual Código de Processo Civil brasileiro, a regra geral (estática) de distribuição do ônus da prova encontra-se estampada no seu artigo 333, o qual se revela insuficiente para a resolução de todos os casos de direito material, já que o legislador deixou de considerar que em algumas demandas é necessária a análise do direito substancial para verificar qual das partes tem melhores condições de produzir determinada prova.

b) O tratamento diferenciado da distribuição do ônus da prova pode se dar por meio de convenção entre as partes (art. 333, parágrafo único, CPC); por previsão legal que a autorize, como ocorre na inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII, CDC); ou ainda por decisão judicial devidamente fundamentada diante das exigências do caso concreto (mesmo que sem previsão legal).

c) Não há qualquer impedimento no ordenamento jurídico brasileiro para que o tratamento diferenciado do *onus probandi* exceda as relações de consumo. Como visto, a jurisprudência pátria vem adotando a teoria da dinamização do ônus da prova em outras situações de direito substancial com base na busca da igualdade material entre as partes, bem como na efetividade do processo como meio para o acesso à justiça.

d) A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova defende a adoção de regras de distribuição menos rígidas, podendo recair o ônus de determinada prova à parte que tem melhores condições de provar, sempre à luz do caso concreto. É evidente, entretanto, que a redistribuição não pode resultar em dificuldade

exagerada para a parte que recebeu o encargo, sob pena de gerar uma nova situação de desequilíbrio entre os litigantes.

e) A teoria da dinamização do ônus da prova demonstra grande preocupação com a justiça no caso concreto, principalmente buscando a “paridade de armas” entre as partes no processo, e seus principais fundamentos são a colaboração processual e a solidariedade probatória.

f) A aplicação da teoria deve ser tomada como subsidiária, sendo viável apenas nas situações extremas de difícil comprovação, ou seja, quando o emprego dos parâmetros tradicionais relativos ao ônus da prova possa implicar consequências injustas no processo.

g) Nessa perspectiva dinâmica, visualiza-se que a atuação do juiz assume papel central, afinal, ninguém melhor do que o magistrado para perceber qual das partes está em melhores condições de produzir determinadas provas. Está o juiz autorizado a agir para corrigir eventuais desigualdades, e a dinamização do ônus da prova é importante técnica processual da qual ele pode se valer para densificar o direito ao processo justo.

h) A adoção da teoria no direito processual civil brasileiro está em plena harmonia com o nosso direito constitucional, eis que representa a busca por um processo civil pautado no devido processo legal e na boa-fé processual, e ainda privilegia o direito fundamental à prova e o acesso à justiça.

i) O Projeto do Novo Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de dinamização do ônus da prova, o que representa a consonância da positivação da matéria com a Carta Magna. Entretanto, pode-se arriscar afirmar que a alteração legislativa vem ratificar aquilo que já vigora na jurisprudência brasileira. Ou seja, não necessariamente promoverá significativas alterações no cenário processual nacional.

j) Por fim, importante mencionar que a decisão que determina a dinamização do ônus da prova deve ser devidamente fundamentada, conforme prevê o dispositivo do Projeto. Nessa perspectiva, a regra deve ser tomada especialmente como regra de procedimento dirigida às partes, a fim de que se oportunize o desempenho adequado do ônus probatório.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <[http://www.academia.edu/214442/A VERDADE E A PROVA NO PROCESSO CIVIL](http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL)>. Acesso em: 23/06/2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e Sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). Provas: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365. Disponível em: <[https://www.academia.edu/305697/O Onus da Prova e sua Modificacao no Direito Processual Civil Brasileiro](https://www.academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro)>. Acesso em: 23/06/2014.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007.

BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça. Revista de processo, v. 37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

BERALDO, Anna de Moraes Salles; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. V. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 169-196.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 915599/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado em: 21/08/2008.

_____. **Agravo Regimental nº 1042919/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. 2ª Turma. Julgamento em: 05/03/2009.

_____. **Agravo Regimental nº 153.797/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. 4ª Turma. Julgamento em: 05/06/2014.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF). **Apelação Cível nº 159323120068070007**. Relator: Flavio Rostirola. 1ª Turma Cível. Julgamento em: 01/04/2009.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). **Apelação Cível nº 2.0000.00.320482-4/000**. Relatora Maria Elza. 4ª Câmara Cível. Julgamento em 14/03/2001.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). **Apelação Cível nº 956096-3**. Relator: Sérgio Roberto N Rolanski. Rel.Designado para o Acórdão: Jorge de Oliveira Vargas. 8ª Câmara Cível. Julgado em: 21/03/2013.

_____ **Apelação Cível nº 159523**. Relatora: Lilian Romero. 5ª Câmara Cível. Julgado em: 08/11/2005.

_____ **Apelação Cível nº 1034291-7**. Relator: Paulo Cezar Bellio. 16ª Câmara Cível. Julgado em: 07/08/2003.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **Recurso Inominado nº 71004089389**. Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva. 2ª Turma Recursal Cível. Julgamento em: 24/04/2013.

_____ **Apelação Cível nº 70056176548**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. 10ª Câmara Cível. Julgamento em: 19/12/2013.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). **Agravo de Instrumento nº 7540835000**. Relator: Samuel Júnior. Câmara Especial de Meio Ambiente. Julgamento em: 10/07/2008.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14/07/2014.

CELESTE, Bruna Celeste. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. Justiça & cidadania, n. 158, p. 32-36, out. 2013.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Trad. Lisa Paria Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

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

COITINHO, Jair Pereira. **Prova e dever de colaboração**: o juízo de fato e a conduta dos sujeitos principais no processo civil brasileiro contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. **A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional de processo**. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 261-279, jan./jun. 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Doutrinas Essenciais: Processo Civil**, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 793-814.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

EMANUEL, Steven L. **Evidence**. 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

Disponível em:

<http://books.google.com.br/books?id=gS8S1nRI8TMC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=status%20quo&f=false> Acesso em: 13/10/2014.

FURNO, Carlo. **Teoria de La Prueba Legal**. Trad. Sergio Gonzalez Collado. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

GARCIA, André Almeida. **A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista de processo, v. 37, n. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan./jun. 2007.

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

LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de processo civil**. Revista de processo, v. 37, n. 204, p. 231-242, fev. 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova**: análise crítica do projeto de novo Código de processo. Revista de processo, v. 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em: 14/07/2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEYRANO, Jorge W. apud DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. Doutrinas Essenciais: Processo Civil, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 793-814.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1. 55.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRENTO, Simone. **Efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória**: standart e ônus da prova. Curitiba: Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2012.

TRENTO, Simone. **Os standards e o ônus da prova**: suas relações e causas de variação. Revista de processo, v. 38, n. 226, p. 163-182, dez. 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. V. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. V. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. **Doutrinas Essenciais: Processo Civil**, v.4, Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Revista de processo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da Prova no Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.