

UNIVERSIDADE DE COIMBRA - UC
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA: estudo sobre a possibilidade de aplicação da
teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro**

FELIPE VIANA DE MELLO

COIMBRA

2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA - UC
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA: estudo sobre a possibilidade de aplicação da
teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro**

FELIPE VIANA DE MELLO

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

COIMBRA

2013

FELIPE VIANA DE MELLO

**A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO
ÔNUS DA PROVA: estudo sobre a possibilidade de aplicação da
teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo
de Estudos em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luís Miguel de Andrade Mesquita
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

*Dedico esta dissertação a Liane Carvalho
Viana, minha mãe e exemplo de vida.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pelas graças alcançadas;

Ao meu pai e amigo Humberto Mello Júnior, pelo amor, força e admiração;

Ao meu avô Humberto Mello, pela serenidade, paciência e prazer pelo conhecimento jurídico;

A minha querida irmã Mariana, pela atenção e cumplicidade;

A mestre Marcela Paulino, pelo carinho e compreensão durante a elaboração deste trabalho;

Ao meu orientador, Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita, pela sua paciência, dedicação e auxílio na orientação deste estudo e pelos conhecimentos adquiridos nas sessões de mestrado da disciplina de Direito Processual Civil I;

Aos funcionários da Universidade de Coimbra, pela ajuda e atenção durante todo o mestrado;

Aos amigos-irmãos que fiz em Coimbra durante toda minha estadia. Saibam que foram essenciais nesta jornada e espero manter esta irmandade para o resto da vida.

RESUMO

A presente dissertação é fruto de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do Direito Processual Civil, notadamente na seara do direito probatório, e tem como objetivo tratar da teoria da carga dinâmica do ônus da prova. Através de uma análise doutrinária e jurisprudencial, que teve foco principal nos sistemas jurídicos brasileiro e português, buscou-se expor o conteúdo desta teoria, que pretende flexibilizar as normas gerais e abstratas que distribuem o encargo probatório. É que essas regras foram instituídas de forma apriorística e sem levar em consideração a facilidade ou dificuldade na produção da prova. Desta forma, a aplicação literal e inflexível dessas pode gerar, em casos peculiares, uma negação ao acesso à justiça, visto que uma parte poderá encontrar-se diante de uma prova diabólica, o que irá impedir a descoberta da verdade real. Neste sentido, a partir de algumas decisões de tribunais argentinos, passou-se a considerar uma acepção dinâmica acerca do ônus da prova, compatível com a visão moderna do processo civil, que zela pela prestação jurisdicional efetiva. Com isso, surgiu a técnica de mitigação do encargo probatório, que aplica em sua essência os princípios da igualdade, cooperação e inquisitório, de modo a encaminhar o processo ao seu fim primordial, que é a justa composição do litígio. Assim, esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira, são expostas as considerações relevantes para o estudo sobre a teoria geral da prova. Já na segunda está presente o tema do ônus da prova, enquanto na terceira é feita a exposição dos principais pontos sobre a teoria da distribuição dinâmica, além de sua adequação aos cenários jurídicos brasileiro e português.

Palavras-chave: Prova. Ônus da prova. Dinamização. Processo civil moderno.

ABSTRACT

This dissertation is the result of a research conducted under the Civil Procedure Law, especially under the law of evidence, and aims to study the theory of dynamic burden of proof. Through an analysis of doctrine and jurisprudence which was the main focus in the Brazilian and Portuguese legal systems, it attempted to expose the contents of this theory, which aims to stretch the general and abstract rules that distribute the burden of evidence. These rules were instituted *a priori* and without taking into account the ease or difficulty in taking evidence. Thus, the literal application of such inflexible can generate in unusual cases a denial of access to justice, since a party may find themselves facing a diabolical proof, which will prevent the discovery of the real truth. In this sense, from some Argentinean court decisions began to consider a dynamic sense about the burden of proof, compatible with the modern view of civil procedure, which oversees the effective adjudication. With that came the technical mitigation of the burden of evidence, which in essence applies the principles of equality, cooperation and inquisitorial in order to take the process to its primary purpose, which is the due process of law. This research was divided into three parts. The first is to expose relevant considerations to the study of the general theory of proof. The second is about the theme of this burden of proof, while the third is the exposition of the main points of the theory of distribution dynamics, and its suitability for Brazilian and Portuguese legal scenarios.

Keywords: Proof. Burden of proof. Dynamic. Modern civil procedure.

LISTA DE SIGLAS

AC – Apelação Cível

AgIn – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPCCN – *Código Procesal Civil e Comercial de la Nación*

CRP – Constituição da República Portuguesa.

ED – Embargos de Declaração

EI – Embargos Infringentes

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil nº 1/2000*

Nº – Número

NCPC – Novo Código de Processo Civil Português (Lei nº 41/2013, de 26 de junho)

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJMA – Tribunal de Justiça do Maranhão

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1: TEORIA GERAL DA PROVA.....	15
1.1 Conceito de Prova.....	15
1.2 Objeto da Prova.....	18
1.3 Destinatário(s), Finalidade e Valoração da Prova.....	21
1.4 Presunções e seu Conteúdo Probatório.....	30
1.5 O Direito à Prova e seu Aspecto Constitucional.....	36
CAPÍTULO 2: O ÔNUS DA PROVA.....	42
2.1 O Conceito Jurídico do Termo <i>Ônus</i>	42
2.2 O <i>Onus Probandi</i> como Instituto que Viabiliza ao Juiz sair de um Estado de Dúvida no Processo.....	47
2.3 Ônus da Prova: regra de julgamento ou de conduta?.....	52
2.4 A Distribuição Estabelecida nas Regras do Ônus da Prova.....	56
2.4.1 A rigidez na repartição das normas gerais relativas ao encargo probatório.....	59
2.4.1.1 O artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro.....	59
2.4.1.2 O artigo 342º do Código Civil português e as situações peculiares.....	63
2.4.2 A inversão das regras gerais de distribuição do ônus da prova.....	69
2.4.2.1 A inversão <i>ope judicis</i> do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.....	71
2.4.2.2 Os casos de inversão previstos no artigo 344º do Código Civil português.....	74
CAPÍTULO 3: A TEORIA DO ÔNUS PROBATÓRIO DINÂMICO.....	77
3.1 Princípios Basilares da Teoria.....	78
3.1.1 O efetivo acesso à justiça.....	79
3.1.2 Os poderes do juiz de direção e instrução do processo.....	81
3.1.3 A igualdade material entre as partes no campo probatório.....	86
3.1.4 O princípio da cooperação.....	88
3.2 Conceito, Origem e sua Presença em alguns Ordenamentos Jurídicos.....	90
3.3 A Posição de quem está em Melhores Condições de Produzir a Prova.....	96
3.4 O Momento Adequado para sua Aplicação.....	98

3.5 Os Critérios Necessários à sua Determinação.....	100
3.6 A Diferença entre a Dinamização e Inversão do Ônus Probatório.....	101
3.7 Possíveis Obstáculos para a Aplicação da Teoria.....	104
3.8 A Concretização da Técnica de Dinamização do <i>Onus Probandi</i> nos Sistemas Jurídicos Centrais do Estudo.....	106
3.8.1 O reconhecimento da teoria na ordem jurídica brasileira.....	106
3.8.1.1 Interpretação sistemática dos dispositivos legais e o posicionamento doutrinário.....	107
3.8.1.2 Sua presença no entendimento pretoriano brasileiro.....	109
3.8.1.3 A positivação da teoria no projeto do novo CPC.....	112
3.8.2 A possibilidade de aplicação da teoria no sistema português.....	114
3.8.2.1 Presença das bases principiológicas da carga probatória dinâmica no ordenamento luso.....	114
3.8.2.2 Posições jurisprudenciais: reconhecimento implícito da teoria e sua necessária expansão.....	118
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil, assim como os demais ramos da Ciência Jurídica, sofreu uma modificação em sua abordagem, dada a alteração das circunstâncias sócio-político-culturais ocorridas nos últimos tempos.

O processo, no período em que o Liberalismo esteve pujante, era tido como *sache der parteien*¹, ou seja, dominado pelas partes, sendo o juiz um mero expectador da lide. Entretanto, em meados do século passado, essa visão privatista mudou. Tal fato se deu pelo crescimento do Estado Social e pela concessão de poderes instrutórios ao magistrado, quer seja na direção, quer seja na produção de provas *ex officio*.

Este novo papel ativo do julgador, sempre agindo em busca da verdade real dos fatos controvertidos, cumulado com a conhecida *constitucionalização* deste ramo do Direito, que consagrou diversos princípios processuais no conjunto de direitos fundamentais previstos nas Magnas Cartas, fez instituir-se uma visão moderna do processo, da qual a efetiva prestação jurisdicional, aliada com o respeito às devidas garantias, tornou-se seu maior estandarte.

Com isso, o processo civil atual, em todas as suas etapas, deve ser apreciado à luz da Constituição, principalmente no que tange ao acesso à justiça efetivo, pois um sistema jurídico que não viabilize a exequibilidade dos direitos nele previstos estará a renunciar a si próprio².

A referida efetividade aduz que todos os institutos, dentre os quais o *ônus da prova*, que já fora classificado diversas vezes como a espinha dorsal do processo civil³, devem ser analisados sobre este enfoque publicista, visando extrair desses resultados viáveis ao alcance da tutela equitativa.

O *onus probandi* visa preconizar a divisão de trabalho entre as partes na fase instrutória, ou seja, pretende estabelecer qual fato controvertido as partes devem provar, além de servir ao julgador em caso de falta ou falha na produção probatória.

¹ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 72.

² JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 35.

³ ALONSO, Carlos Miguel. *Los principios de la carga de la prueba em el proceso civil*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora, 1957, p. 174.

Ocorre que o Direito encontrou sérias dificuldades na elaboração das normas gerais de distribuição do mencionado ônus, tendo estabelecido-as de forma rígida e abstrata. Desta feita, apesar deste método de repartição ser eficiente em grande parte dos casos, há situações do direito material que necessitam de um tratamento diferenciado, justamente pelo fato de aquele não ter levado em consideração as peculiaridades do caso concreto⁴.

Em que pese essa necessária modificação⁵ das regras de distribuição do ônus da prova ser latente em determinadas questões, esta não ocorre, por conta do caráter inflexível desses enunciados, o que acaba por tornar o processo em instrumento gerador de injustiças, visto que a parte onerada, apesar de ter razão no litígio, pode não conseguir cumprir seu encargo, o que, por consequência, causar-lhe-á desvantagens processuais.

Todavia, a aplicação estática do ônus, que gera restrições ao direito à prova, não se coaduna com a atual visão do processo civil, por impedir a justa composição da lide. Assim, os magistrados, adeptos desta acepção moderna, passaram a dinamizar a normas fixas do instituto, adequando-o ao caso em apreciação.

Deste modo, a partir desses posicionamentos pretorianos, a doutrina passou a estabelecer a chamada *teoria da carga probatória dinâmica*, que pretende instituir um modelo cooperativo na instrução do processo, além de reestabelecer a igualdade material entre as partes, sempre em busca melhor prestação jurisdicional.

Com a pretensa teoria, o juiz terá um papel mais dinâmico no processo, pois oferecerá um melhor serviço aos jurisdicionados⁶, na medida em que irá atribuir o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de cumpri-lo, atuando desta forma quando as normas gerais estiverem impedindo o pleno exercício do direito à prova.

A distribuição flexível do encargo, de acordo com as particularidades do caso, pretende fortalecê-lo quando é direcionado às partes, visto que irá facilitar a entrada de meios probatórios que antes estavam obstruídos por uma situação fática. Por sua vez, irá haver uma diminuição em sua utilização pelo magistrado, sendo essa tida pela doutrina como “uma

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. In. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 262-263.

⁵ 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. 361.

⁶ GOUVEIRA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Revista Julgar. n. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 64.

tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada”⁷, pela não descoberta efetiva da verdade real.

Por isso, vislumbramos que a aplicação desta doutrina é a solução para o problema da rigidez das normas de distribuição do *onus probandi*, posto que haverá uma interpretação conforme a Constituição deste instituto, de modo a adaptá-lo as dificuldades na produção das provas, de maneira a almejar a Justiça no caso concreto.

Neste norte, a *teoria da carga probatória dinâmica* é o ponto central do presente estudo, que será elaborado por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, principalmente dos ordenamentos brasileiro e português, visando demonstrar a compatibilidade entre aquela técnica de mitigação das normas gerais de repartição e esses sistemas jurídicos.

Desta forma, dividiremos nosso trabalho em três partes, para melhor expormos o contexto do objeto desta dissertação.

No primeiro capítulo trataremos da teoria geral da prova. Nessa perspectiva, apontaremos o conceito, objeto, destinatários e sua finalidade, além de anunciarmos os sistemas de sua valoração. Traremos ainda o assunto das presunções, que possuem relevante importância na distribuição dos encargos probatórios. Realizaremos ainda na presente parte um estudo no qual exaltaremos o aspecto constitucional do direito à prova.

No segundo capítulo analisaremos o ônus da prova em si. Para começar será exposto o conteúdo do termo *ônus* no Direito, que é de suma relevância para esta dissertação. Iremos salientar ainda os destinatários das regras do referido instituto, além de demonstrarmos a dificuldade da doutrina em preconizar a norma geral de sua repartição. Após isso, adentraremos nos dispositivos do ordenamento luso-brasileiro que regulamentam essa distribuição, além dos casos em que sua inversão está positivada.

Após a exposição de todo este conteúdo, que servirá de base para a melhor compreensão da temática do presente estudo, adentraremos no último capítulo em seu objeto central, qual seja a teoria do ônus dinâmico da prova. Com isso, passaremos a trazer ao trabalho os princípios processuais que fundamentam a referida técnica de flexibilização, o seu conceito e principais questionamentos doutrinários. Por fim, nos propomos a demonstrar a

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. Revista de Processo. n. 35. ano 9. São Paulo: RT, 1984, p. 182.

compatibilidade desta com os sistemas brasileiro e português, por meio de uma análise axiológica desses.

CAPÍTULO 1: TEORIA GERAL DA PROVA

Por ser esta a primeira etapa do presente estudo, é de bom alvitre a exposição de certas considerações preliminares que envolvem a temática principal deste, que é a possibilidade, ou não, da flexibilização das regras que norteiam a distribuição do ônus da prova por meio da aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, amplamente defendida pelo jurista argentino JORGE W. PEYRANO.

Assim, visando formar um embasamento teórico para a melhor compreensão do objetivo deste trabalho acadêmico, trataremos neste momento sobre alguns aspectos da teoria geral da prova.

1.1 Conceito de Prova

A expressão “prova” tem origem no termo latino *probatio*, que significa verificação, inspeção, tendo decorrido do verbo *probare*, que seria o mesmo que persuadir, demonstrar, examinar.

A prova, ao contrário de outros institutos, transcende o campo do Direito, estando presente em todas as manifestações da vida humana.

Por isso, tanto os juristas, geólogos, médicos, arquitetos, metafísicos, por exemplo, podem utilizá-la para comprovar os fatos, para reconstruir o passado, analisar o presente e deduzir o futuro, quanto os pais de família, os amigos e os jovens namorados aproveitam-se dela para demonstrar seus atos e os resultados de seus pequenos experimentos, a fim de conquistar a confiança que é indispensável para a vida social, como bem observa ECHANDÍA⁸.

Todavia, em que pese essa conceituação extrajurídica, a palavra prova, que na língua cotidiana seria “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa”⁹,

⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5. ed. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editores, 1981, p. 9.

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1.656.

guarda uma forte relação com o campo do Direito, para o qual seria “o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”, de acordo com o Livro III, Título 63, das Ordenações Filipinas.

Dessa estreita relação, tem-se que o vocábulo, ora em estudo, é plurissignificante, cabendo basicamente à doutrina apontar qual seria o seu conteúdo, que o fez a partir de uma noção tricotômica, para a qual seria a prova entendida como um *meio*, um *resultado* ou uma *atividade*, como atesta EDUARDO CAMBI¹⁰.

Assim, a prova é apontada por MONTERO AROCA como a *atividade* processual que teria por fim alcançar a certeza do juiz a respeito dos fatos apontados pelas partes¹¹, ou seja, seria o procedimento, adjetivado de probatório, desenvolvido dentro do processo que buscaria demonstrar o acontecimento, ou não, dos fatos alegados pelos sujeitos processuais.

Já para OTHON SIDOU, a prova seria o “*meio* legal empregado no processo para efeito de ministrar ao órgão julgante os elementos de convicção necessários ao julgamento”¹².

Dessa concepção, defendida por CARNELUTTI¹³, é possível perceber que a prova é tida como o instrumento que serviria para levar ao processo a comprovação do alegado pelo sujeito que estar a produzi-la.

Assim, tendo por base o ordenamento luso-brasileiro, por ser esse o núcleo central do presente estudo, é possível dizermos que em Portugal seriam meios de prova: as presunções, a confissão, a documental, a pericial, por inspeção e a testemunhal, cujo direito probatório material está regulamentado do art. 349º ao art. 396º do CC.

Já no Brasil, o art. 212 do CC indica que são admitidos: a confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Tal redação encontra forte resistência dos processualistas, a exemplo de ALEXANDRE CÂMARA, pois “em primeiro lugar, misturam-se meios de prova (como a perícia) e fontes de prova (como a testemunha). Em segundo lugar, ali se inclui a presunção que não é nem meio nem fonte de prova”¹⁴.

¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001, p. 47.

¹¹ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 7. ed. Pamplona: Civitas, 2012, p. 59.

¹² SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 454.

¹³ CARNELUTTI, Francesco *apud* ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 415.

O entendimento acima exposto também pode ser utilizado, ao nosso ver, no direito português, no que tange às presunções, já que, como será demonstrado no tópico 1.4 do presente trabalho, essas não são tidas como meios de prova.

Ademais, foi infeliz ainda o legislador civilista, pois deixou de consagrar em seu dispositivo o caráter liberal quanto aos meios de prova, já que o direito positivado brasileiro, especificamente no art. 332 do CPC, admite a utilização de todos os meios juridicamente idôneos, bem como os moralmente legítimos.

Finda essa demonstração dos instrumentos de prova existente nos ordenamentos centrais do estudo, o vocábulo ainda pode ser tido, naquela concepção tricotômica, como *resultado*. Para essa definição, com fulcro em CHIOVENDA, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.”¹⁵.

Assim, para este aspecto, a convicção final do julgador seria o resultado a ser almejado pela prova, já que com essa se alcançaria a verdade, ao menos formal, no caso concreto, sendo esse também o entendimento de PEREIRA RODRIGUES¹⁶ acerca do positivado no art. 2.404º do Código de Seabra.

Por fim, a doutrina ainda expõe que a prova pode ser observada no sentido objetivo ou subjetivo de seu conteúdo.

Desta forma, quando designar a procedimento probatório ou o instrumento com que ele se desenvolve, falar-se-ia no aspecto *objetivo*. Já caso a expressão prova seja utilizada no sentido de demonstrar a manifestação valorativa no íntimo do magistrado, ter-se-ia o aspecto *subjetivo*, de acordo com FREDIE DIDIER JR¹⁷.

Assim, em que pese essa distinção doutrinária acerca da expressão, temos que todas as vertentes convergem para o mesmo sentido, qual seja de que a prova serve para elucidação dos fatos apontados no processo, sendo esse o ponto essencial para a Justiça¹⁸.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 2000, p. 109.

¹⁶ RODRIGUES, Fernando Pereira. *A prova em Direito Civil*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 12.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.44.

¹⁸ DUARTE, Bento Herculano. *Elementos de Teoria Geral da Prova*. In. DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil aspectos relevantes: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2006, p. 16.

1.2 Objeto da Prova

Ultrapassado o ponto anterior, no qual buscamos analisar as acepções do termo *prova* no mundo jurídico, passaremos neste momento a tratar qual seria o seu objeto.

Essa questão é de suma relevância para os sujeitos processuais, pois é corriqueiro surgir a seguinte dúvida no processo: o que deve ser provado? Sendo que da resposta dessa assertiva teremos o objeto da prova.

De acordo com TARUFFO¹⁹, é recorrente nas diversas culturas jurídicas que são os *factos*, em regra, o objeto da prova no processo civil, tendo essa posição, tida por clássica, influenciado processualistas como OTHMAR JAUERNIG²⁰ e CHIOVENDA²¹.

Todavia, uma parcela da doutrina, que teve por precursor CARNELUTTI²², passou a defender que não seriam os fatos seu verdadeiro objeto, mas sim as afirmações da parte sobre esses, ou seja, as *alegações de fato*.

Esse posicionamento moderno tem fundamento na seguinte assertiva: as alegações do fato se controlam, enquanto os fatos se conhecem. DINAMARCO bem descreve essa corrente: “O *facto* existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”²³.

Tal entendimento, que tem defensores na doutrina espanhola²⁴, gerou uma divergência doutrinária no Brasil, havendo quem defenda a posição clássica, a exemplo de LUIZ FUX²⁵, enquanto outros partilham das idéias de CARNELUTTI, como MARINONI²⁶.

¹⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 89.

²⁰ JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*, p. 263.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *op cit.*, p. 113.

²² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 2. ed. Vol. II. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 498.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

²⁴ PALAO, Julio Banaclache. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. n. 50. Madrid: ICADE, 2000, p. 91.

²⁵ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 694. Outros doutrinadores também seguem a corrente clássica, a exemplo de WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 10. ed. Vol. I. São Paulo: RT, 2008, p. 453 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 423.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 10. ed. Vol. II. São Paulo: RT, 2012. O posicionamento moderno também é seguido por CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 405.

Já em Portugal, grande parte da doutrina²⁷ aponta que seriam os *factos* o objeto da prova, o que o faz ao analisar os art. 341º do CC e o art. 513º do CPC revogado, havendo vozes em sentido contrário, como CASTRO MENDES²⁸.

Assim, apontada a divergência na doutrina de qual seria, realmente, o objeto da prova, nos apoiamos no posicionamento tido por clássico, já que a prova está mais correlacionada com a reconstrução dos fatos no processo do que com a sinceridade das partes que os alegam, como bem atesta ANTUNES VARELA²⁹.

Ademais, importante mencionar que, via de regra, esses fatos devem ser trazidos e provados pelas partes no processo, cabendo ao juiz apenas a neutralidade de um árbitro, como já anunciava o brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus*. Esse era o ideal do processo que preponderou no século XIX.

Entretanto, essa concepção liberal, estabelecida pelo princípio do dispositivo, especificamente no subprincípio da controvérsia³⁰, tornou-se ultrapassada nos tempos atuais, já que foram concedidos poderes de direção do processo ao juiz, por meio do fortalecimento do princípio do inquisitório, que será melhor estudado no tópico 3.1.2, por ser esse um dos fundamentos da teoria da carga dinâmica.

Feita essa observação, poderá surgir outro questionamento: será que todos os fatos podem ser objeto de prova?

ECHANDÍA³¹ estabelece uma distinção na noção do que seria o objeto e necessidade da prova. Com isso, o objeto da prova seria qualquer fato que possa ser demonstrado no processo, enquanto por necessidade teríamos apenas os fatos que estejam sendo debatidos no processo.

Nesse contexto, a doutrina defende que apenas os fatos *relevantes e controversos*, que estariam dentro do conceito de necessidade de prova estabelecido pelo processualista colombiano, devem ser objeto da prova.

²⁷ Os seguintes autores defendem que seriam os *factos* o objeto da prova: AMARAL, Jorge Augusto Pais. *Direito Processual Civil*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 254; MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 561 e PIMENTA, Paulo; MACHADO, António Montalvão. *O novo processo civil*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 234.

²⁸ MENDES, João Castro. *Direito Processual Civil*. Vol. III. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1970, p. 148.

²⁹ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 440.

³⁰ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 137.

³¹ ECHANDÍA, Hernando Devis, *op cit.*, p. 142.

Para ARAZI³² os fatos *relevantes* são aqueles que tem relação com a lide e possuem importância para a sua resolução, enquanto os fatos *controversos* são aqueles em que há uma dúvida acerca das alegações das partes sobre a questão.

Desta forma, tanto são imprescindíveis para o processo os fatos acima que pode o juiz brasileiro, com base no art. 130 de seu CPC, e o juiz lusitano, com fulcro no art. 6º, nº 1 do NCPC, indeferir a produção de provas sobre os impertinentes, utilizando-se de seus poderes de gestão, que mais a frente serão estudados, como já dito anteriormente.

Por sua vez, há alguns fatos que, embora estejam enquadrados no conceito de necessidade da prova de ECHANDÍA, por estarem sendo debatidos no processo, não precisam ser provados, já que por opção legislativa, e até mesmo lógica, carecem de prova. Tais fatos, no direito luso-brasileiro, encontram-se, respectivamente, no art. 412 do NCPC e no art. 334 do diploma processualista brasileiro.

O primeiro desses, que está presente em ambos os ordenamentos, por conclusão lógica, são os *notórios*, sobre os quais inclusive há o brocardo medieval *notoria non egent probatione*.

Tais fatos seriam aqueles que estão relacionados com o conhecimento geral da sociedade, como, por exemplo, a ocorrência das duas grandes guerras mundiais. Entretanto não é preciso que tais eventos sejam de conhecimento mundial, podendo haver níveis geográficos e temporais da notoriedade. Assim, para que o fato seja tido como notório no processo, é necessário que seja de conhecimento do juiz e partes.

Partamos agora para as hipóteses restantes do direito brasileiro.

A inexigibilidade de apresentação de provas nos casos dos incisos II e III do art. 334 também parece ser lógica. Como já apontado no presente ponto, o objeto da prova são os fatos *controversos*. Assim, da leitura desses dispositivos, pode-se perceber que nos casos em análise não resta dúvidas sobre eles.

Já quanto ao inciso IV, este será melhor analisado em tópico mais a frente, pelo fato de dispor sobre presunção.

Por fim, fora mencionado no início do tópico que, em regra, somente os fatos podem ser objeto de direito, pois cabe ao tribunal conhecer do direito, de acordo com o princípio *iura novit curia*.

³² ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 62.

Todavia, há hipóteses em que o direito pode ser objeto de prova e essas ocorrem quando é invocado no processo um direito consuetudinário, local ou estrangeiro. Tais casos estão previstos no ordenamento brasileiro no art. 337 do CPC e no direito luso no art. 348º do CC.

Trata-se apenas de uma possibilidade desses direitos serem objeto de prova, já que o tribunal português pode buscá-los oficiosamente. Por sua vez, no Brasil, é importante observar-se a competência territorial do magistrado, não podendo esse alegar desconhecimento de uma lei municipal vigente em sua comarca, como observa LUIZ FUX³³.

1.3 Destinatário(s), Finalidade e Valoração da Prova

Ultrapassadas as discussões de quais seriam os objetos da prova, iremos neste momento nos ater a seguinte questão: a quem ou a que as provas são dirigidas?

A primeira parte dessa pergunta, qual seja – quem seria o destinatário da prova – possui uma resposta clássica na doutrina mundial, que assevera serem as provas direcionadas exclusivamente ao *tribunal* ou *juiz* – *judicit fit probatio* – como aponta ANTUNES VARELA³⁴.

Essa posição encontra respaldo doutrinário no ordenamento brasileiro, como por exemplo WAMBIER³⁵, com respaldo nos dispositivos 131 e 132 do CPC. Esse artigo trata do princípio da identidade física do juiz e expõe que o magistrado que findou a instrução processual, salvo motivo de força maior, deverá julgar o feito, podendo inclusive determinar a repetição de meios de prova já produzidos, enquanto aquele, que será mais estudado a frente, dispõe que caberá ao juiz apreciar livremente a prova.

Entretanto, esse ponto acerca do destinatário da prova, ao contrário do que é dito por ECHANDÍA³⁶, não é pacífico na doutrina, pois há quem diga que também seriam destinatários da prova as *partes* e a *sociedade*.

³³ FUX, Luiz. *op cit.*, p. 695.

³⁴ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *op cit.*, p. 436.

³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *op. cit.*, p. 452.

³⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op.cit.*, p. 265.

FLORIAN, citado por CASTRO MENDES³⁷, não deixa de reconhecer o juiz como sendo o destinatário principal da prova, mas alarga esse entendimento em duas escalas sucessivas: A primeira, na qual estariam presentes os sujeitos processuais – o juiz e as partes – enquanto no segundo patamar estaria a coletividade.

Para esse jurista alemão a necessidade de fundamentação das decisões daria à prova uma finalidade de ultrapassar as barreiras processuais e atingir a consciência social, podendo ser entendida essa como uma manifestação do princípio da publicidade, que também é inerente ao direito probatório e serve como controle externo do Poder Judiciário.

Essa corrente de que não seria unicamente o juiz o destinatário encontrou amparo na doutrina brasileira, a exemplo de MOACYR AMARAL SANTOS, que aponta ser o magistrado o destinatário *principal e direto* das provas, enquanto as partes seriam o *indireto*, pois essas “igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão”³⁸.

Por fim, em resposta a segunda vertente da pergunta formulada nas primeiras linhas deste tópico – a que as provas são dirigidas – há posição minoritária que aponta ser o *processo* também destinatário da prova.

Essa última concepção é defendida por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, que expõem: “o destinatário da prova é o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo”³⁹.

Desse trecho extraído da obra desses juristas brasileiros é possível perceber que essa idéia tem fundamento no princípio da aquisição processual, do qual entendemos que a prova perde a sua identidade quando produzida nos autos, ou seja, a prova é sim do processo, e não das partes nem do juiz, como dispõe ASSUMPÇÃO NEVES⁴⁰.

Em suma, compactuamos com a doutrina amplamente majoritária de que o destinatário direto das provas é, de fato, o *juiz*, até por vinculação à finalidade dessas, que será

³⁷ MENDES, João Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961, p. 303-304.

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

³⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Marina de Andrade. *Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 721.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005, p. 22-24.

tratada no momento que segue, enquanto os indiretos seriam o *processo*, pelos fatos suscitados acima, e as *partes*, pois a essas o contexto probatório também deve influir para confortá-las da decisão processual.

Ocorre que o magistrado não dispõe de liberdade para julgar procedente, ou não, uma demanda conforme seu desejo íntimo, mas sim deve fazê-lo para a parte que melhor o convença da existência ou não dos fatos aduzidos no processo⁴¹.

Com isso, fazendo uma paráfrase com outros campos de atuação, o juiz não pode ser comparado com um cientista⁴², pois esse possui uma liberdade de investigação muito maior que aquele, já que o magistrado sofre com limitadores, que são os fatos alegados e trazidos pelas partes, terceiros ou mesmo por ele, por meio de seu poder instrutório, ao processo.

Por outro lado, pode-se dizer que há uma semelhança nas condutas do julgador e de um historiador, já que ambos utilizam-se das provas para reconstruir fatos pretéritos, com o intuito de estabelecer um conhecimento indireto sobre esses, sendo essa analogia dita, de modo genérico, nas doutrinas italiana e francesa, como assevera TARUFFO⁴³.

Assim, após essa última comparação, é viável questionar se a finalidade da prova seria apenas a de reconstruir os fatos ocorridos para que o julgador possa apreciá-los.

Com isso, buscando solucionar essa possível dúvida que pode ter pairado na mente do leitor do presente estudo, ECHANDÍA⁴⁴ anuncia que há importantes teorias a respeito do tema, sendo que duas tem destaque ao tentar respondê-la: a primeira que a finalidade das provas seria o estabelecimento da verdade, enquanto a segunda aponta ser a produção do convencimento do juiz.

O primeiro posicionamento, de que seria o fim da produção probatória o alcance da verdade dos fatos, possui grande relevo, como será demonstrado neste momento.

O pensamento de que o conteúdo da prova tinha por objetivo a busca da verdade esteve no ideal doutrinário durante o século XIX, tendo permanecido influente durante boa parte do século passado.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 79.

⁴² MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 260.

⁴³ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 336.

⁴⁴ ECHANDÍA, Hermando Devis. *op. cit.*, p. 239.

Dessa doutrina podia-se extrair que a verdade era subdividida: enquanto o processo penal buscava a verdade material ou real, que seria *extraprossecual*, sendo entendida por aquela que efetivamente teria ocorrido, o juiz no processo civil deveria contentar-se com uma verdade formal, com cunho *endoprocessual*, pois apenas era necessário buscar-se a verdade que estava presente nos autos.

Essa diferenciação de classes prevaleceu por décadas na doutrina mundial, tendo sido encerrada por CARNELUTTI⁴⁵, que em sua obra *La prove civile* apontou que não é possível a existência de mais de uma verdade, de modo que a verdade formal e material coincidem e que se houver diferenças entre essas, haverá sim uma não verdade.

Contudo, em que pese essa discussão ter se encerrado com o pensamento do jurista italiano, tornou-se usual na doutrina apontar-se que a verdade real seria aquela que efetivamente ocorreu.

Desta forma, RUI RANGEL⁴⁶ aponta que o sistema probatório luso encontra-se adequado para que a verdade *extraprocessual* seja obtida. Ademais, aduz ainda que se por algum acaso essa não seja alcançada, tal deslize estrutural será por culpa das partes, que, por vezes, se utilizam de subterfúgios para desvirtuar a natureza da prova.

A assertiva do doutrinador português pode ser tida como correta na maioria dos ordenamentos jurídicos mundiais, todavia merece uma mais profunda análise. É que, como bem nos traz ARENHART⁴⁷, ambos os litigantes, ao encontrarem-se diante de um fato controverso, acreditam possuir a versão verdadeira sobre o ocorrido, embora comum sejam essas totalmente dispares.

Com isso, partindo dessa premissa, é natural que as partes, ao contribuírem para a pesquisa da realidade fática e na produção probatória, o façam de forma parcial e tendenciosa, o que acarreta um prejuízo na busca da verdade real.

Entretanto, oportuno destacar que, em que pese essa carga de subjetividade presente nas provas produzidas pelos sujeitos processuais em litígio, é possível em certos casos que os fatos sejam trazidos ao processo da maneira como ocorreram, ou seja, é viável que a verdade real encontre-se nos autos.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco *apud* AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 112.

⁴⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 46.

⁴⁷ ARENHART. Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 28 nov.2012, às 22:13 horas.

Ocorre que, ante a prevalência do princípio dispositivo no campo do direito probatório, a busca pela verdade real é tida, via de regra, como utópica dentro do processo, sendo impossível ou praticamente improvável alcançá-la.

Até por isso, no ordenamento espanhol, com a nova LEC, que possui um forte pensamento liberal e na qual o dispositivo tem papel de destaque, houve uma renúncia à busca da verdade, como observa MONTERO AROCA⁴⁸.

Assim, tendo em vista a busca pela verdade real, tida por absoluta, ser de difícil alcance, já que qualquer mecanismo humano destinado a estabelecer um juízo histórico sobre fatos é sujeito a falhas⁴⁹, o que se passou a buscar da prova foi um grau de probabilidade tão alto da efetiva ocorrência do fato que bastasse para as necessidades da vida, de acordo com VAZ SERRA⁵⁰, chegando GOLDSCHMIDT⁵¹ e ARRUDA ALVIM⁵² a cogitar ser suficiente uma mera verossimilhança.

Desta forma, o juiz não pode eternizar a pesquisa das provas com fulcro na descoberta da verdade, sob pena de o processo prolongar-se *ad infinitum*, desrespeitando um dos princípios basilares do processo civil moderno, qual seja a celeridade, que está intimamente ligado ao da eficiência, pois, conforme uma célebre frase do jurista brasileiro RUY BARBOSA: “justiça tardia não é justiça, senão uma injustiça qualificada e manifesta”.

Com isso, na ânsia de evitar excessos nocivos à tutela jurisdicional, a doutrina passou a admitir que bastaria ao processo alcançar uma verdade processual ou possível, sendo aquela que é viável de ser reconstruída, com obediência ao devido processo legal, no caderno processual, de acordo com THEODORO JR.⁵³.

Assim, no sentido acima exposto, qual seja de que o processo civil atual satisfizesse com a verdade processual, é que ECHANDÍA anuncia que “*la justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad.*”⁵⁴.

Isso posto, após toda esses pontos importantes acerca da verdade no processo, a segunda teoria apontada pelo doutrinador colombiano menciona ser a finalidade da prova formar o convencimento do julgador.

⁴⁸ AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos*, p. 109.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Prova: direito probatório material*. Lisboa: [s.n.], 1962, p. 26.

⁵¹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Labor S.A., 1936, p. 255.

⁵² ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 925.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 424.

⁵⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 251.

Tal corrente tem forte ligação com o sistema de livre convencimento motivado, que será estudado mais a frente e que é o mais corriqueiro no ordenamento jurídico mundial, já que proporciona ao juiz certo grau de liberdade quando da apreciação das provas, entrando assim em colisão frontal com o sistema da prova tarifada, no qual essa liberdade é ínfima.

Essa teoria, que se coaduna com a concepção etimológica *resultado* da palavra prova, é a bastante difundida na doutrina, sendo um dos fatores para tanto a quase intangibilidade da verdade absoluta no processo, como já dito acima.

Por isso, a prova é vista para essa corrente com o intuito de convencer o julgador de que os fatos alegados são certos, criando assim uma certeza quanto à existência desses, de modo que “a certeza tornada inabalável, pela exclusão de todos os motivos contrários ou divergentes, se faz convicção”⁵⁵.

Entretanto, essa idéia de certeza inabalável não está de todo correta, pois como aponta MONTERO AROCA⁵⁶, uma certeza absoluta, *a priori*, tem mais possibilidade de ser alcançada no campo da física ou da matemática. É que na prática processual a formação desse status é muito rara, de modo que se torna mais viável configurar-se uma certeza moral na mente do julgador.

Com isso, nos filiamos ao posicionamento de que a finalidade da prova seria a formação do convencimento do julgador, no sentido de caracterizar-lhe uma certeza moral sobre a ocorrência do fato, por se enquadrar perfeitamente ao sistema do livre convencimento motivado, além de a verdade real ser, via de regra, uma utopia.

Todavia, a possível impossibilidade de obter a verdade absoluta não deve implicar na exclusão de sua busca entre os objetivos do processo⁵⁷, sendo que um dos meios que o legislador processualista tem realizado para se conseguir chegar a esse objetivo é a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, na medida em que esse não terá a parcialidade comuns às partes na investigação da realidade⁵⁸.

Ora, as ponderações feitas no parágrafo acima são de suma importância para o presente trabalho.

⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.*, p. 342.

⁵⁶ AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos*, p. 114.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. *Note per una riforma del diritto delle prove*. Rivista di Diritto Processuale. Vol. XLI. PADOVA, 1986, p. 249.

⁵⁸ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 45.

De fato, no processo civil é possível, porém bastante complicado, conseguir chegar-se a uma verdade absoluta entre as partes, quer seja pela parcialidade dos litigantes quando da produção probatória, quer seja pela própria dificuldade de obtenção das provas do caso concreto.

Todavia, esse obstáculo não pode inviabilizar a sua busca no processo, já que a verdade real é um dos pilares para o alcance da efetiva prestação jurisdicional.

E é nesse ponto que a teoria da carga dinâmica tem relevo, pois, por meio dos poderes de gestão do juiz, que é um de seus alicerces, é que o ônus da prova poderá ser redistribuído, recaindo sobre quem tenha melhores condições de cumpri-lo, de forma a evitar, em certo ponto, o caráter tendencioso da produção probatória e também diminuir os obstáculos fáticos e processuais para que a prova seja elaborada.

Dito isso, é por meio da valoração de seus meios que a prova visará atingir a sua finalidade precípua, qual seja a de convencer o magistrado, buscando aproximar ao máximo a sua certeza moral da verdade que efetivamente ocorreu além dos autos, podendo por vezes conseguir alcançá-la, como já dito acima.

Mas o que vem a ser a valoração da prova? Quem a faz? E quais são os seus modos de realização?

São essas as perguntas que trataremos de responder nesta parte final do presente tópico.

De pronto, o processualista ECHANDÍA expõe ser a valorização da prova uma *“operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”*⁵⁹.

Desta forma, como bem exposto, a valoração da prova nada mais é que uma operação íntima realizada pelo magistrado, por ser esse o destinatário direto e principal da prova, que tem por finalidade extrair dos meios de prova os seus conteúdos, com o fulcro de formar o seu convencimento acerca da ocorrência ou não dos fatos deduzidos em juízo, devendo ocorrer tanto no momento de prolatar uma decisão, quanto na admissibilidade dos meios de prova, já que pode o juiz indeferi-los, caso entenda serem impertinentes ou dilatatórios.

⁵⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 287.

A doutrina mundial aponta que há, basicamente, dois grandes sistemas de valoração da prova: o da prova legal e da livre apreciação da prova, sendo que esse ainda sofre uma mitigação, que formaria um terceiro sistema, como será demonstrado a seguir.

O sistema de prova legal, melhor conhecido por prova tarifada, surgiu entre os antigos germânicos e tem fundo místico nas ordálias, apesar de haver contestação dessa origem na doutrina espanhola⁶⁰. Assim, por provas do fogo e leitura das vísceras de animais, por exemplo, o julgador saberia qual dos litigantes o júízo divino apontava como certo.

Esse esquema acentua que a “força probatória se estriba em regras de experiência estratificadas em lei”⁶¹, ou seja, os meios de prova serão avaliados pelo legislador, que irá conferi-los uma certeza legal sobre a ocorrência ou não dos fatos alegados nos autos, de maneira a firmar um verdadeiro escalonamento entre esses.

Em que pese ainda haver normas nessa linha nos ordenamentos jurídicos atuais, como será dito mais a frente, tal sistema deve ser negado, já que retira do magistrado a qualidade de julgador, transformando-o praticamente em uma máquina calculadora, que deveria apenas somar os valores probatórios e expor uma decisão, que muitas vezes pode ir de encontro com o seu convencimento.

Com isso, em um caminho diametralmente oposto, há o sistema da prova livre ou da livre apreciação, pois enquanto nesse o valor das provas é atribuído caso a caso, de acordo com critérios discricionários e não predeterminados, naquele outro há normas legais que fixam o valor de cada meio de forma genérica e abstrata⁶².

Assim, da mesma forma que o sistema da prova tarifada, o do livre convencimento também sofre críticas, na medida em que concede poderes demasiados ao juiz, possibilitando a esse decidir de formar livre, pois não precisaria fundamentar suas decisões, podendo com isso inclusive utilizar-se de seu conhecimento privado, além de decidir com provas alheias aos autos, em nítido desrespeito ao brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo*.

Por isso, ante a essa total liberdade do julgador, é que o sistema de livre apreciação é tipo por arbitrário, de extrema insegurança e inimigo do Estado de Direito por DINAMARCO⁶³, sendo apenas admitido no ordenamento brasileiro na atuação dos jurados no

⁶⁰ FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 46.

⁶¹ CASTRO, Artur Anselmo. *Lições de processo civil*. Vol. 4. Coimbra: Atlântida, 1968, p. 32.

⁶² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 387.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 104.

juízo do Tribunal do Júri, pois esses apreciam livremente as provas, sem serem obrigados a motivar suas decisões, como asseveram NESTOR TÁVORA e ROSMAR ANTONNI⁶⁴.

Todavia, o sistema de livre convencimento não possui apenas essa concepção, da não necessidade de fundamentação das decisões, na doutrina mundial. Neste turno, boa parte dos que o defendem asseguram que há sim a necessidade de motivação dos julgados, como por exemplo CHIOVENDA⁶⁵.

Desta forma, é essa outra face do sistema que alguns anunciam ser a terceira via, que formularia o denominado livre convencimento motivado ou da persuasão racional, caracterizado pela “liberdade conferida ao magistrado no campo delimitado pela prova e a necessária motivação do julgado”⁶⁶, sendo esse o adotado no Brasil, de acordo com o art. 131 do CPC e o art. 93, IX da CF.

Nesse turno, o sistema da persuasão racional, que se diferenciaria do livre convencimento basicamente pela necessidade de motivação das decisões, pode ser entendido como uma acepção desse, a exemplo do que ocorre em Portugal, onde a doutrina, de forma uníssona, aponta que tal ordenamento o adotou, com fulcro no art. 607º, nº 5 do NCPC, sendo que esse não pode ser entendido como irracional e arbitrário⁶⁷, fato que também ocorre no direito alemão, de acordo com OTHMAR JAUERNIG⁶⁸.

Assim, de acordo com TEIXEIRA DE SOUSA, no sistema de livre convencimento português há a obrigatoriedade da motivação, sendo que sua exigência “não se destina a obter somente a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz, mas a permitir que o juiz convença os terceiros da correção de sua decisão”⁶⁹, de modo ao magistrado deixar de ser convencido e passar a ser convincente.

Ora, o trecho exposto acima enquadra-se perfeitamente ao princípio da publicidade, que é um dos garantes do controle externo do Poder Judiciário, como já mencionado anteriormente, além de possibilitar às partes um melhor acesso ao direito de recorrer, pois essas saberão quais foram as razões que levaram o julgador a tomar a pretensa decisão recorrida.

⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 328.

⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 110.

⁶⁶ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 704.

⁶⁷ RODRIGUES, Fernando Pereira, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸ JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁹ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997, p. 348.

Assim, em que pese a maior parte dos ordenamentos jurídicos ter adotado o sistema do livre convencimento, na vertente que obriga a *motivação*, esse não é tido como exclusivo, pois ainda há algumas normas de caráter tarifado, fato esse que ocorre na Itália, de acordo com CHIOVENDA⁷⁰.

No Brasil há dois dispositivos no CPC que fazem menção ao sistema da prova legal, que seria o art. 401, ao estabelecer que a prova exclusivamente testemunhal só será possível em contratos cujo valor não seja superior a dez salários mínimos e o art. 366, que aduz a exclusividade do instrumento público quando a lei fixar essa exigência como substância do ato.

Tal fato também ocorre em Portugal, pois embora a primeira parte do n° 5 do art. 607° do NCPC preconizar a liberdade de julgamento, o restante do mesmo dispositivo anuncia a ressalva de que quando houver formalidades para a existência de certo fato jurídico, essas devem ser observadas, o que acontece nos casos de confissão (art. 358°, n° 1 e 2 do CC), documentos autênticos (art. 371°, n° 1 do CC), documentos autenticados (art. 377° do CC) e documentos particulares devidamente reconhecidos (art. 376°, n° 1 do CC).

Por fim, importante destacar que o fato de haver normas cuja natureza seja de prova tarifada não impede o magistrado de livremente valorar o contexto probatório dos autos, na medida em que essas, atualmente, apenas o direcionam, de modo a estabelecer parâmetros para essa análise, como assegura FREDIE DIDIER JR.⁷¹.

1.4 Presunções e seu Conteúdo Probatório

Após expormos no tópico anterior acerca dos destinatários da prova, sua finalidade e os sistemas de valoração de seus meios, passaremos neste ponto a nos ater sobre a temática das presunções, que possuem grande relevância na teoria geral da prova.

O conceito jurídico desse instituto encontra-se expressamente previsto em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do português, no art. 349° do CC, que possui redação semelhante que consta no CC italiano, que assim dispõe, de acordo com CARNELUTTI: “as

⁷⁰ CHIOVENDA, Guisepe. *op. cit.*, p. 111.

⁷¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 42.

presunções são as consequências que a lei ou o juiz deduzem de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido”⁷².

Como se pode perceber da conceituação acima exposta, tem-se que a presunção nada mais seria do que um procedimento intelectual⁷³, a ser exercido pelo legislador ou pelo juiz, no qual se inicia com o reconhecimento desse fato-base, de modo a estabelecer com esse um juízo de probabilidade que tenha por fim a aceitação de outro fato, sendo que desse não se teve um conhecimento direto.

Assim, tratando-se deste momento vestibular do procedimento psicológico, esse fato conhecido que serve de alicerce seria o *indício*, de acordo com a doutrina mundial, chegando ao ponto de ARENHART⁷⁴ anunciar que a denominação mais apropriada seria *provas indiciárias*, já que as presunções representam um raciocínio e não uma prova em si.

As presunções, como já dito acima, possuem importante relevo no direito probatório, pois sua finalidade é a de facilitar as provas de difícil produção, como observa LYNCE DE FARIA⁷⁵.

Tal facilitação decorre da alteração do objeto da prova, que é defendida por parte da doutrina, de modo a dispensar a produção sobre o fato presumido, atribuindo o ônus de provar apenas o indício ou fato de primeira categoria, com prefere CHIOVENDA⁷⁶.

Após essa introdução acerca do tema, adentraremos nas espécies de presunção.

Como já dito acima, a presunção é uma atividade psicológica que tem por finalidade a compreensão de um fato desconhecido partindo-se de um indício, podendo ser sujeitos desse procedimento tanto o legislador quanto o magistrado.

Assim, é partindo-se dessa dualidade que houve a divisão de suas espécies, já que as que surgem em consequência da atividade legislativa são conhecidas como *legais*, enquanto as que são produtos da mente do julgador são as *judiciais*, sendo tais presunções agora analisadas, respectivamente.

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*, p. 543.

⁷³ Esse é o fundamento da crítica de que a presunção seria um meio de prova, como consta no ordenamento luso-brasileiro. É que, por se tratar de uma atividade psicológica, a presunção não se enquadra no conceito de prova como *meio* ou *instrumento*.

⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *O indício e a prova no direito processual*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil aspectos relevantes: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2006, p. 308.

⁷⁵ FARIA, Rita Lynce. *A inversão do ônus da prova no Direito Civil Português*. Lisboa: LEX, 2001, p. 34.

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 2002, p. 442.

As presunções legais, como já dito, são resultado do procedimento psíquico realizado pelo legislador que, ao estabelecer uma norma geral e abstrata, de modo a dispensar a produção de provas quanto ao fato presumido, com fulcro no art. 350º, nº 1 do CC português e no já mencionado art. 334, IV do CPC brasileiro, chega a obrigar ao juiz a reconhecer esse fato quando encontrar-se diante de um indício, tendo por finalidade a de dar segurança a algumas situações políticas, patrimoniais, familiares ou sociais, como aponta CARLOS ALBERTO ÁLVARO OLIVEIRA⁷⁷.

Por seu turno, as presunções legais ainda se subdividem em absoluta e relativa, levando-se em consideração para essa nova divisão o grau de probabilidade da certeza que emerge das presunções: se o grau de acerto existente entre o indício e o fato presumido for elevado, o risco de erro é menor, tendo-se assim a presunção *absoluta*. Todavia, se tal probabilidade for baixa, o risco de erro eleva-se, de modo a configurar a presunção *relativa*, como nos traz DINAMARCO⁷⁸.

As presunções legais absolutas são aquelas que, impostas pelo legislador, obrigam aos juízes de ter por verdadeiro o fato presumido quando esteja configurado o indício, sendo dessa maneira um verdadeiro mandamento normativo, limitando por isso demasiadamente o sistema livre de valoração das provas.

Na *iuris et de iure*, como também é conhecida essa subespécie, o grau de probabilidade que liga o fato-base ao presumido é tão intenso que, mesmo que o juiz possua outro convencimento acerca desse, deverá aplicar a presunção, pois essa “desvincula-se do raciocínio que a autorizou, incidindo no caso concreto independentemente de qualquer outra valoração lógica.”⁷⁹

Nesse norte, ante a essa inflexibilidade quanto à aplicação, é que essa presunção não admite prova em contrário, já que essa seria inútil, não importando se produzida com o intuito de enfraquecer o fato presumido ou na vã tentativa de que o procedimento psicológico parte de um raciocínio falso⁸⁰, não sendo por isso considerado esse instituto parte do direito probatório.

⁷⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Presunções e ficções no direito probatório*. Revista de Processo. Vol. 196. São Paulo: RT, 2011, p. 11.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 115.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 285.

⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p.62.

Desta forma, diante da força que as *absolutas* possuem no processo civil é que alguns juristas, a exemplo de WAMBIER⁸¹, chegam a equipará-la a ficção jurídica. Todavia, esse ponto é de grande divergência doutrinária, tendo a outra corrente, a qual nos filiamos, entendido que “a ficção não pretende considerar verdadeiro um fato qualquer, que pode até ser possível, mas dar por verdadeiro um fato que é necessariamente falso”⁸², a exemplo da ficção de que a lei deve ser conhecida por todos, de acordo com o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com isso, um dos melhores exemplos desta presunção é o do impedimento do magistrado de julgar uma causa quando o seu cônjuge for parte, restrição essa que está presente no ordenamento português no art. 115º, nº 1, alínea *b* do NCPC e no art. 134, V do diploma processualista brasileiro. É que provado o fato-base, que seria o matrimônio entre o julgador e um dos litigantes no processo, aquele é presumidamente impedido de julgar a causa, visando zelar pela imparcialidade que é inerente a sua atividade jurisdicional.

Por sua vez, ao contrário da *iuris et de iure*, a presunção legal relativa ou *iuris tantum* possui grande relevo no direito probatório.

Tal afirmação tem respaldo visto que essa subespécie de presunção, ou contrário da tratada anteriormente, admite prova em contrário, devendo o julgador ter o fato presumido por verdadeiro até que lhe provem o contrário.

Nesse sentido, a *iuris tantum* tem papel importantíssimo na distribuição do ônus da prova, pois o inverte, atribuindo-o a parte contra quem a presunção incide, de acordo com o que está expresso no art. 344º, nº 1 do CC português, sendo independente a sua posição processual, de acordo com BARBOSA MOREIRA⁸³.

Assim, tem-se que a parte que passa a possuir o ônus deverá produzir uma contraprova acerca do indício ou até mesmo do fato presumido, com o intuito de convencer o magistrado quanto à falsidade de qualquer desses, já que na presunção relativa o sistema do livre convencimento motivado não se encontra tão limitado como na *iuris et de iure*, podendo o magistrado examinar todo o contexto probatório antes de aplicar o procedimento psíquico do legislador.

Com isso, há exemplos marcantes de presunção relativa nos ordenamentos centrais deste estudo, como o art. 799º do diploma civilista luso, enquanto no brasileiro um

⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *op. cit.*, p. 461.

⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *op. cit.*, p. 13.

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 60.

dos mais corriqueiros está presente no art. 4º da Lei nº 1.060/50, que estabelece ser presumida a necessidade de isenção no pagamento das custas processuais quando a parte declarar-se pobre.

Analisadas as presunções que são estabelecidas pelo intelecto do legislador, partiremos neste momento a tecer comentários a que é resultado da mente do julgador, qual seja a presunção judicial, também conhecida como natural, simples ou *hominis*.

Essa presunção seria aquela oriunda da visão empírica do juiz acerca de determinados fatos, dos quais retira de maneira íntima e de acordo com casos corriqueiros uma conclusão lógica.

Dessa maneira, este raciocínio feito pelo julgador nada mais é do que fruto das máximas de experiência, como bem observa PEREIRA RODRIGUES⁸⁴. Tais máximas, conforme atesta ARAZI⁸⁵, são o conjunto de conhecimentos que o juiz obtém culturalmente com o uso, a prática ou com o que ocorre de maneira ordinária em sua convivência, de modo a formar juízos hipotéticos de caráter geral, estando essas previstas no ordenamento jurídico brasileiro nos art. 335 do CPC e no art. 5º da Lei 9.099/1995, e que podem ser aplicadas no processo tanto na apuração de fatos e valoração de provas, quanto na aplicação de enunciados normativos⁸⁶.

São exemplos de tais juízos: que as praias de Faro, no Sul de Portugal, são mais frequentadas no verão, que em água entra em ebulição ao atingir a temperatura de 100º Celsius e que a gestação de uma mulher dura nove meses.

Com isso a presunção, ora em estudo, é resultado das análises subjetivas do magistrado de suas máximas de experiências, tendo como ponto de partida um indício que lhe foi provado.

Assim, de maneira a elucidar tal processo, tem-se que, por exemplo, provado que um veículo circulava no centro de uma cidade com velocidade superior a cento e oitenta quilômetros por hora, é possível ao juiz, aplicando os conhecimentos obtidos em seu meio, presumir que o risco de o condutor causar um acidente seria maior que o normal de um automóvel.

⁸⁴ RODRIGUES, Fernando Pereira. *op. cit.*, p. 18.

⁸⁵ ARAZI, Roland. *La Prueba en el Proceso Civil*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 57.

⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 56.

Ademais, oportuno estabelecer ainda a distinção entre as máximas de experiência e os fatos de conhecimento exclusivos do juiz. Aquelas, conforme já explanado acima, são frutos do que ocorre corriqueiramente no grupo social em que o juiz convive, assemelhando-se assim aos fatos notórios, enquanto esses são de conhecimento privado do magistrado, por ter sido testemunha do fato ocorrido, ou seja, obtendo-o fora do processo, não sendo assim tido como certo por uma determinada parcela da sociedade.

Por isso, ante a impossibilidade de as partes saberem dos fatos conhecidos exclusivamente pelo juiz é que, de acordo com ARAZI⁸⁷, o juiz deverá escusar-se de julgar a causa, fazendo com que essa seja apreciada por outro magistrado que não possua esse conhecimento prévio.

Assim, pelo fato de tal presunção, ora em estudo, ser mero fruto da análise de acontecimentos corriqueiros no dia-a-dia do julgador, é que a doutrina⁸⁸ aponta ser essa de natureza falível e precária, podendo ter sua força de persuasão afastada por simples contraprova.

É de se ter ainda atenção com relação há uma restrição quanto à utilização das *judiciais*, pois essas só são admitidas quando for permitida a prova testemunhal, estando essa imposição prevista no art. 230 do CC brasileiro, no art. 351 do CC luso, tendo ainda sido imposta no ordenamento italiano, com observa CHIOVENDA⁸⁹.

Importante ainda mencionar nesse momento a distinção entre presunção judicial e prova *prima facie*, que por sinal não é reconhecida no direito português⁹⁰, já que em ambas há a utilização da figura das máximas de experiência. Tal diferenciação se dar pelo ponto de partida dessas figuras, pois enquanto na *hominis* o ponto de partida do raciocínio é um indício, na *prima facie* “o juiz calca-se nas regras de experiência (princípios práticos), para se convencer da ocorrência do fato desconhecido (não provado)”⁹¹, ou seja, o magistrado parte apenas das máximas para alcançá-las.

Finalizada a análise das presunções simples, oportuno destacar ainda a controvérsia doutrinária acerca de as presunções serem, ou não, meios de prova. Essa

⁸⁷ ARAZI, Roland. *op. cit.*, p. 58.

⁸⁸ VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires. *Código Civil Anotado*. 4. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 312.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Intuições...* Vol. III. p. 166.

⁹⁰ MENDES, João Castro. *Do conceito jurídico de prova em Processo Civil*. p. 669.

⁹¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 69.

confusão, ao menos no Brasil, tem base no art. 212 do CC, que aponta em seu inciso IV a presunção como meio de prova.

Todavia, como já mencionado no presente texto, tal dispositivo acima mencionado fora bastante criticado pelos processualistas⁹², já que a presunção, como já dito demasiadamente neste tópico, é apenas um procedimento psicológico que serve apenas de ponte entre o indício e o fato presumido.

1.5 O Direito à Prova e seu Aspecto Constitucional

Após termos abordado diversos aspectos da teoria geral da prova que possuem relevância para o presente estudo, já que servirão de embasamento teórico para a temática principal deste, chegou é o momento de adentrarmos no último tópico do presente capítulo.

Neste momento demonstraremos que os atos probatórios não configuram mera faculdade processual, pois do mesmo modo que às partes é dado um direito subjetivo de iniciar o processo, pode-se afirmar que a essas também há um direito de provar, nos autos, os fatos dos quais se deseja deduzir uma pretensão formulada ou uma exceção proposta, como aponta ECHANDÍA⁹³.

Tal direito, inclusive, tem amparo constitucional, sendo-lhes emprestada a força normativa dessa, sendo isso reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos.

No direito norteamericano, no qual o procedimento probatório é dominado pelas partes (*adversary system*), o *right of evidence*, que seria o direito a ser ouvido, engloba o de apresentar provas e já era assegurado desde a implementação da 5ª e 14ª emendas à Constituição⁹⁴.

⁹² Nessa linha de raciocínio encontra-se Dinamarco, que assim expõe: “Jamais se caracterizam como *meio de prova*, porque não se positivam em atos do procedimento nem são realizadas mediante a participação dos litigantes.” E continua o festejado processualista: “toda presunção é sempre um processo mental consistente em fazer uma ponte entre o fato que se conhece e o que servirá de fundamento para decidir.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 125.

⁹³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 34-35.

⁹⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Revelia e direito à prova*. Revista de Processo. Vol. 185. São Paulo: RT, 2010, p. 36.

No ordenamento italiano o respaldo constitucional do direito à prova decorre da interpretação doutrinária e jurisprudencial do art. 24⁹⁵ da Constituição, enquanto na Alemanha pode ser extraído do art. 103º, nº 1⁹⁶ da Magna Carta, dispositivo esse que assegura ser a garantia a ser ouvido um direito fundamental processual⁹⁷, enquanto na Constituição espanhola está previsto expressamente no art. 24⁹⁸, como aponta EDUARDO CAMBI⁹⁹.

Nos países supramencionados, o direito à prova decorre principalmente do direito de ação, de defesa, do contraditório ou mesmo associado com a premissa de ter uma tutela jurisdicional efetiva, do mesmo modo que ocorre em Portugal, como aponta CANOTILHO¹⁰⁰. No país lusitano, apesar desse direito não se encontrar em um estágio muito desenvolvido, nas palavras do mencionado jurista, ele é extraído do art. 20º da CRP, sendo reconhecido pela jurisprudência tanto há décadas¹⁰¹, como nos dias atuais¹⁰².

No mesmo caminho segue o ordenamento jurídico brasileiro que, apesar de não reconhecer expressamente, consagra o direito à prova como sendo também constitucional, desenvolvido a partir do direito de ação, de defesa, do contraditório e do devido processo legal, sendo inclusive contido implicitamente no rol de direitos fundamentais.

Essa afirmação presente no parágrafo acima pode ser confirmada com a observação das fontes de onde surge aquele direito, já que essas possuem a roupagem de direitos fundamentais, sendo previstos respectivamente nos incisos XXXV, LV e LIV do art. 5º da CF.

⁹⁵ Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

⁹⁶ Art. 103. (1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

⁹⁷ JAUERNIG, Othmar, *op. cit.*, p. 167.

⁹⁸ Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 169.

¹⁰¹ No Ac. nº 86/88, D.R. II série, de 22/08/1988, o Tribunal Constitucional português reconheceu que decorre do direito de ação a garantia que cada parte possui de oferecer suas provas, fiscalizar as produzidas pela parte adversa, além de discutir os valores dessas.

¹⁰² TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. Processo nº 1336/09.0DTBEPS-D.G1, do dia 19/06/2012, Rel. Maria da Purificação Carvalho.

Ademais, há ainda a previsão no § 2º do artigo acima mencionado de que integraram o rol de direitos fundamentais os que estejam previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Nesse caminho a Convenção Americana de Direitos Humanos, que fora recepcionada no sistema brasileiro pelo Decreto nº 678/92, assegura o direito à prova em seu art. 8º, nº 2, alínea *f*, além do art. 14.1, alínea *e*, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 592/92.

Assim, com fundamento no Direito Internacional, a Europa também buscou consagrar o direito à prova por meio da interpretação do art. 6.3, *d*, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950, além do art. 19 da Declaração de Direitos e de Liberdades Fundamentais, já que esse direito seria um dos aspectos da efetivação da tutela jurisdicional, como observa EDUARDO CAMBI¹⁰³.

Todavia, em que pese esses dispositivos de tais documentos internacionais apenas fazerem menção ao processo penal e a prova testemunhal, tem-se que essa é meramente exemplificativa, de modo que abrange todos os meios probatórios capazes de estabelecer o convencimento do órgão julgador, pois o que se pretende buscar é o processo justo, como já fora reconhecido pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem, além de poderem ser aplicadas ao processo civil, pois nesse também podem ocorrer violações a direitos fundamentais¹⁰⁴.

Demonstrado o embasamento legislativo para o reconhecimento do direito à prova como sendo constitucional, passaremos neste momento a trazer as considerações que o elevam ao patamar de direito fundamental na doutrina brasileira, por ser esse um dos ordenamentos centrais em estudo e por está mais fortemente consolidado.

Como já dito acima, tem-se que o referido seria um direito fundamental implícito e que teria como uma das suas premissas o direito de ação, previsto esse no inciso XXXV do art. 5º da CF, que assegura o acesso à justiça a todo brasileiro e estrangeiro residente no país que tenha sofrido lesão ou ameaça de lesão.

Ocorre que esse direito poderia ser entendido apenas de um modo estático, no sentido de assegurar aos jurisdicionados o direito de iniciar o processo. Todavia, a doutrina atual não o vê desse ponto de vista, atribuindo-lhe também uma visão dinâmica, no qual

¹⁰³ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 169.

estaria presente o direito à prova, já que o acesso à justiça, como será mais detalhado no momento oportuno, é um garante do devido processo legal, que pretende assegurar um procedimento judicial equitativo, participativo e justo¹⁰⁵, do mesmo modo que está previsto no art. 20 da CRP.

Deste modo, nada mais seria que uma boa intenção do constituinte prever como direito fundamental o direito de ação e de acesso aos tribunais se não fosse viável também o direito das partes de provarem os fatos que deduzem em juízo, como pontua NUNO LEMOS JORGE¹⁰⁶.

Já no que tange ao direito de defesa como fonte do direito à prova, aquele merece tratamento similar ao direito de ação, uma vez que de acordo com o princípio da isonomia processual deve-se assegurar aos litigantes o mesmo tratamento, dando-lhes as mesmas oportunidades.

Ademais, na parte final do inciso LV do art. 5º está assegurada a ampla defesa “com todos os meios e recursos a ela inerentes”. Ora, desta parte do dispositivo também é possível a extrair o direito à prova, já que se esse não for assegurado no processo, a defesa não será tão ampla como está constitucionalmente previsto.

Por fim, quanto ao contraditório, que também está previsto na Constituição no inciso acima citado, esse deve ser observado antes, durante e depois da produção probatória, sendo inclusive condição de validade das provas¹⁰⁷, ou seja, caso na produção da prova não seja respeitado este princípio, essa estará eivada de nulidade absoluta.

Assim, é com base no respeito ao contraditório que as partes podem contradizer as provas apresentadas tanto por elas, quanto pelo juiz, de modo a manifestar-se sobre as já aderidas ao processo ou ainda produzi-las contra as realizadas por seu adversário, sendo essas chamadas de *contraprovas*, cuja previsão está presente no art. 346º do CC português.

Após os breves comentários acerca das fontes do direito à prova, que servem para demonstrar sua importância no direito mundial, passaremos a analisar o conteúdo do direito em estudo.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 104 e 117.

¹⁰⁶ JORGE, Nuno Lemos. *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*. Revista Julgar. nº 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 100.

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 149.

Em obra já citada no presente estudo¹⁰⁸ há uma exposição deveras didática a respeito do conteúdo do direito à prova, tendo os autores o dividido em quatro vertentes:

A primeira vertente seria a de *produzir provas*, sendo que essa seria um dos pressupostos do direito de ação e de defesa. Nesse caminho, é imprescindível que se garanta às partes tal direito, de modo que a participação dessas seja ativa no andamento e no desfecho processual¹⁰⁹.

Ademais, esse direito de produção probatória possui tamanha autonomia que pode ser objeto de um processo autônomo, que teria como único propósito a produção de alguma prova tida por essencial e que venha a ser utilizada em outro processo, como por exemplo a ação de produção antecipada de provas, prevista entre os art. 846 e 851 do CPC brasileiro.

A segunda vertente seria a de *participação na produção da prova*, que possui nítida influência do contraditório e cujo desrespeito já era colocado por MICHELI e TARUFFO¹¹⁰ como um dos problemas do acesso das partes à justiça do ponto de vista do sistema probatório.

A terceira face que é inerente ao conteúdo do direito à prova é a de *manifestar-se sobre a prova produzida*, que também tem respaldo no contraditório e que já fora mencionado acima, que seria a possibilidade das partes contradizerem as provas produzidas nos autos.

Por fim, a quarta e última acepção apontada na obra é a de *ser a prova produzida examinada pelo órgão julgador*, pois de nada adiantaria a prova ser produzida se essa pudesse ser ignorada pelo julgador. Com isso, para que o direito à prova seja efetivado, é essencial que o meio probatório possa ser valorado, a ponto de influenciar no convencimento de seus destinatários¹¹¹.

Entretanto, em que pese toda a força demonstrada neste tópico que o direito à prova possui no ordenamento jurídico mundial, esse não é tido como absoluto, havendo limitações, que são de modo geral exercidas pelo juiz, no intuito primordial de serem respeitados outros direitos, a exemplo da proibição da utilização de provas ilícitas ou no respeito à duração razoável do processo.

¹⁰⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 18-20.

¹⁰⁹ CARDOSO, Oscar Valente. *O direito à prova como um Direito Fundamental*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 74. São Paulo: Dialética, 2009, p. 73.

¹¹⁰ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. Revista e Processo. n. 16. Ano 4. São Paulo: RT, 1979, p. 164.

¹¹¹ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 170.

Importante ainda mencionar que eventual descumprimento de qualquer das projeções do direito à prova implicará cerceamento de defesa, o que irá gerar uma nulidade absoluta¹¹², que ao ser reconhecida pelo tribunal *ad quem* deve esse devolver o processo à primeira instância para nova produção probatória.

Desse modo, buscamos demonstrar o quão é esta garantia fundamental no processo civil moderno, pois é através dessa que é possível as partes tentarem demonstrar a realidade fática ocorrida, de modo a possibilitar que o julgador sentencie de forma mais convicta, efetiva e o mais próximo possível da verdade real.

Nesse sentido, tal direito ganha profundo relevo no presente estudo, principalmente no que tange à projeção da produção probatória, pois é através desse que é possível ao juiz aplicar a teoria da carga dinâmica, de modo a redistribuir o *onus probandi*, no intuito de proteger a parte que tenha excessiva dificuldade ou que se encontre em posição de desigualdade com relação a seu adversário¹¹³.

¹¹² SILVA, João Batista de França. *O direito à prova no processo civil brasileiro*. Revista Direito e Liberdade, Vol. 13, n. 2. Natal: ESMARN, 2011, p. 203.

¹¹³ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 133.

CAPÍTULO 2: O ÔNUS DA PROVA

Após termos feito uma abordagem acerca dos principais pontos da teoria geral da prova que guardam estrita relação com a temática principal do presente trabalho, adentraremos neste instante no campo do ônus probatório que cabe às partes no processo civil.

Assim, buscaremos neste segundo capítulo demonstrar de que modo a doutrina processualista evoluiu, a partir da rigidez quanto às normas relativas a esses ônus, que ainda é dominante em diversos sistemas jurídicos, passando pelas regras dos ordenamentos centrais deste estudo relativas à inversão do encargo probatório, de modo a embasar a teoria da carga dinâmica, que será analisada de modo aprofundado no terceiro capítulo.

Todavia, antes de falarmos com afinco no que agora nos propusemos tratar, é relevante apontamos certas considerações iniciais sobre o instituto do ônus, a fim de dar melhor alicerce o texto.

2.1 O Conceito Jurídico do Termo *Ônus*

Tendo em vista que iniciaremos neste capítulo a tratativa do ônus da prova, é salutar aprofundarmos o estudo sobre o conteúdo da expressão *ônus* no campo jurídico, do mesmo modo que fizemos com relação à terminologia *prova* no tópico 1.1 do presente trabalho.

A palavra *ônus* tem origem latina e na sua concepção cotidiana significa carga, encargo, peso ou fardo. Todavia, no âmbito jurídico, tal conceituação nem sempre fora de simples verificação por parte da doutrina.

De acordo com o *Dicionário Jurídico*, organizado por OTHON SIDOU, a expressão *ônus* teria relação com a palavra *encargo* e consistiria na “subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, em forma de ação ou abstenção, e de caráter legal ou voluntário”¹¹⁴.

Entretanto, a conceituação acima exposta por esse respeitado jurista brasileiro, apenas nos aponta uma das características deste instituto pertencente à teoria geral do Direito,

¹¹⁴ SIDOU, J. M. Othon. *op. cit.*, p. 391.

notadamente quando há a necessária comparação desta figura a *obrigação*, distinção essa central no estudo neste tópico.

Diversas foram as teorias que surgiram tentando explicar essa diferenciação¹¹⁵, dentre as quais, citamos, uma que fora defendida por ZITELMAN, que apontava ser o ônus uma categoria da obrigação, enquanto outra, capitaneada por GOLDSCHMIDT, anunciava ser tal figura um “imperativo do próprio interesse”¹¹⁶.

Porém, a teoria que mais se destacou perante todas essas que tinham como fulcro elucidar tal distinção fora a do célebre CARNELUTTI. Em sua tese, o professor da Universidade de Milão enquadrou as noções de ônus e obrigação como sendo situações jurídicas passivas, já que ambas apresentam um vínculo de vontade.

Apesar de tal aproximação dos conceitos, CARNELUTTI destacou que havia entre esses uma série de diferenças¹¹⁷ de modo a torná-los autônomos, a saber: *quanto à titularidade do interesse*, pois o onerado atua em interesse próprio, enquanto o obrigado age em interesse alheio; *quanto ao tipo de ato decorrente de seu cumprimento*, já que do ônus resulta um ato necessário, enquanto da obrigação surge um ato devido; *quanto à licitude de seu descumprimento*, pois é lícito o descumprimento de um ônus, porém ilícito quando esse se der em uma obrigação e, por fim; *quanto à esfera de liberdade*, pois essa está presente no ônus e não na obrigação.

Contudo, em que pese a brilhante exposição desse processualista italiano, tida como alicerce para a maior parte da doutrina que adentra nesse ponto, essa ainda necessitou ser complementada, como observa ECHANDÍA.

Tal jurista¹¹⁸, apesar de enaltecer a teoria de CARNELUTTI, aponta-lhe algumas contradições. A primeira seria quanto à titularidade do interesse, já que também o devedor pode estar interessado no cumprimento da obrigação, ao ver-se livre dessa e de eventuais

¹¹⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis, *op. cit.*, p. 396-421. Tal jurista aponta que há sete teorias que versam sobre o conceito de ônus processual, a saber: 1) Tese segundo a qual o ônus é uma categoria de obrigação; 2) Tese que considera o ônus um vínculo imposto para a proteção do interesse público; 3) Tese que o define como um dever livre; 4) Tese que radica o seu conceito na titularidade do interesse que existe em sua observância; 5) Tese que diferencia ônus de obrigação e que o coloca no grupo de relações jurídicas passivas; 6) Tese que distingue ônus de obrigação e o diferente interesse que delas surge; 7) Tese que considera o ônus como uma faculdade ou dever de cumpri-lo livremente em benefício próprio.

¹¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁷ Tais distinções feitas por Carnelutti foram trazidas na obra de PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 30-32.

¹¹⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 403-406.

multas que por ventura possam estar inseridas contratualmente. Assim, não é certo anunciar que o interesse é apenas alheio.

Também aduz críticas no que tange à diferenciação entre o *ato necessário* e o *ato devido*. *A priori*, é importante expormos que o *ato necessário* seria o que deve ser executado para que se possa alcançar uma determinada finalidade em interesse próprio, enquanto o *ato devido* seria aquele que deve ser cumprido em interesse alheio.

Assim, ante a conceituação desses atos enunciados por CARNELUTTI, ECHANDÍA anuncia: “si en el *acto necesario* existe una necesidad jurídica de ejecutar el acto, se tiene una verdadera obligación y desaparece toda diferencia con el *acto debido*”¹¹⁹.

Ademais, o ponto da teoria de CARNELUTTI que mereceu a crítica mais severa por parte de ECHANDÍA fora a classificação de ônus como sendo uma situação jurídica passiva, pois, segundo o colombiano, essa colocação retira do ônus o seu elemento de poder ou faculdade do sujeito de executar o ato, chegando inclusive a ser contraditória a tese do italiano.

Por seu turno, em que pese tais ponderações à teoria de CARNELUTTI, que é bem vista por RUI RANGEL¹²⁰, e de seu teor de inovação, essa é tida por superada no ordenamento jurídico, tendo a doutrina atual estabelecido algumas características do ônus, de modo a diferenciá-lo da obrigação.

Neste norte, ARAZI¹²¹ elenca, em sua obra já citada, quatro características do ônus de uma maneira geral, fazendo sempre alusões ao processo civil, por ser nesse campo que tal instituto encontra maior valia.

A primeira, segundo o jurista argentino, seria a não existência de sanção para o sujeito que não cumpra uma norma que consagre um ônus. Tal característica, de acordo com CARNELUTTI¹²², seria a melhor pedra de toque na distinção desse instituto com a obrigação, já que nessa seu descumprimento seria um ato ilícito.

Desta feita, quando um sujeito descumprir uma norma que lhe impõe um ônus não estará ferindo o ordenamento, já que o desrespeito é juridicamente possível, não sendo assim cabível aplicar-lhe uma penalidade, podendo sim recair sobre ele uma consequência desfavorável, que nada tem de sanção.

¹¹⁹ *Idem*, p. 404.

¹²⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 93.

¹²¹ ARAZI, Roland *op. cit.*, p. 69-71.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Âmbiro Cultural, 2006, p. 275-276.

Nessa linha, no caso da revelia, por exemplo, a possibilidade de a sentença julgar procedente ao pedido autoral seria tal consequência desfavorável para o réu. Todavia, o Estado-juíz assim não age com a intenção de punir o revel, mas sim com a finalidade de liberar-se dos processos pendentes.

A segunda seria a inexistência de vínculos jurídicos entre as partes. Ora, quando o sujeito se encontra diante de um ônus, quer seja processual ou não, ele não está vinculado ao seu cumprimento perante a parte adversa, ou seja, ele não deve ser compelido a exercê-lo, já que há uma mera faculdade para o onerado.

ROSENBERG¹²³ bem aponta essa noção de faculdade, pois anuncia que o sujeito não pode ser obrigado a cumpri-lo por lhe faltar o caráter coercitivo, sendo com isso sua atividade sempre voluntária. Assim, continua o festejado jurista alemão, o ônus deve ser visto como um estímulo a triunfar, e não como um dever.

Por isso, dada a essa voluntariedade que é inerente ao ônus, ARAZI aponta que quando for possível ao juiz ou a parte contrária exigir o cumprimento de determinada conduta prevista em uma norma de forma compulsória, não estaremos diante de um ônus, mas sim de um dever ou uma obrigação, como é o caso do art. 329 do CPCCN argentino, que dispõe quando uma ordem de exibição ou apresentação de uma coisa móvel não for cumprida, poderá ser efetivada mediante o sequestro do dito bem.

A terceira seria que o cumprimento de um ônus ocorre em interesse próprio do onerado. Esse ponto também é de suma importância para a compreensão do instituto do ônus e para sua distinção com a figura da obrigação.

Assim, a partir de tal característica, que corresponde ao conceito de ônus já apontado de OTHON SIDOU, é possível perceber que quando uma obrigação é cumprida, o principal beneficiado será o credor, enquanto ao devedor restaria o interesse secundário de liberar-se de sua obrigação. Entretanto, o interesse não pode ser repartido, via de regra, quando um ônus é cumprido, pois o adversário do onerado apenas se beneficiará quando este não cumprir o que está previsto na regra, já que sobre ele poderá recair as consequências desfavoráveis de seu descumprimento.

¹²³ ROSENBERG, Leo *apud* ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 397.

Entretanto, o citado jurista argentino¹²⁴ faz a ressalva de que pode haver casos em que o cumprimento de um ônus possa beneficiar a parte contrária. Seria o caso, por exemplo, de o réu comparecer em juízo e confessar expressamente os fatos alegados pela outra parte.

Por fim, a quarta característica seria que sua inobservância causa consequências de caráter mediato e eventual, sendo que essa última apontada por ARAZI é semelhante à definição de ônus imperfeito apontada por ARRUDA ALVIM.

É que esse doutrinador¹²⁵ estabelece uma distinção entre ônus *perfeito* e *imperfeito*. No primeiro, o seu descumprimento acarretará necessariamente uma consequência jurídica danosa, como, por exemplo, quando o litigante deixa de recorrer de uma sentença que lhe tenha sido desfavorável. Ora, se a parte não cumprir o ônus de recorrer neste caso, fatalmente haverá prejuízos jurídicos, pois estará formada a coisa julgada contra o onerado.

Já quanto ao segundo, tal prejuízo pode ocorrer, mas não é necessário. Assim, por exemplo, quando uma parte não cumprir seu ônus probatório, eventualmente pode ocorrer-lhe alguma consequência danosa, como uma sentença desfavorável. Todavia, tal conclusão pode não acontecer, caso a prova seja trazida pela parte adversa ou mesmo pelo juiz.

Desta feita, para finalizarmos o presente tópico, é importante transcrevermos a definição de ônus trazida por ECHANDÍA. Assim, para esse respeitado jurista colombiano, o ônus seria:

un poder o una facultad (em sentido amplo), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar ciertas conductas prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista outro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables¹²⁶.

Com isso, após esse conceito de ônus que engloba todas as características deste instituto, que é de suma importância para o presente estudo, adentraremos a seguir na temática do ônus processual no campo da prova.

¹²⁴ ARAZI, Roland. *op. cit.*, p. 71.

¹²⁵ ALVIM, Arruda. *op. cit.*, p. 956.

¹²⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 420.

2.2 O *Onus Probandi* como Instituto que Viabiliza ao Juiz Sair de um Estado de Dúvida no Processo

Chegado é o momento de trasladarmos os ensinamentos do tópico anterior para o campo do Direito Processual Civil, pois é nesse ramo que tal temática encontra maior valia, tanto na Ciência Jurídica, quanto para o objeto central deste trabalho acadêmico.

Assim, passaremos neste momento a tratar das considerações inerentes às idéias básicas do ônus no âmbito do direito probatório, apontando as noções gerais e uma de suas finalidades.

Entretanto, antes de adentrarmos no estudo específico do ônus da prova, faz mister expormos algumas assertivas sobre outro que o precede, qual seja o da alegação ou afirmação, de acordo com CARNELUTTI¹²⁷.

Nos dizeres de OTHMAR JAUERNIG¹²⁸, o ônus de alegar corresponde ao que cada parte deve aduzir em juízo de acordo com sua pretensão, de modo a não ter desvantagens processuais, que em último caso pode chegar à perda do processo.

Em tal ônus impera quase que exclusivamente o princípio do dispositivo, pois cabe às partes apontarem os fatos essenciais que integram a causa de pedir e os fundamentos das exceções, devendo essas fazê-lo, em regra, nas peças processuais principais, de acordo com o art. 264º, nº 1 do CPC revogado português e nos art. 282, III e 300 do diploma processualista brasileiro.

Todavia, apesar deste caráter dispositivo, após reforma no CPC luso tornou-se possível ao juiz convidar as partes para que essas aperfeiçoem a exposição fática presente nos articulados, quando essa esteja de forma imprecisa¹²⁹, do mesmo modo que também é possível no ordenamento brasileiro, através da emenda à petição inicial, previsto no art. 284 do *codex* processualista.

Assim, por se tratar de ônus, a alegação dos fatos que lhe convêm é mera faculdade das partes, sendo lícita a sua omissão. Todavia, por conta de sua natureza, o sujeito que deixa de afirmar fatos de seu interesse passa a correr riscos com relação à procedência da

¹²⁷ CARNELUTTI, Francesco *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 114.

¹²⁸ JAUERNIG, Othmar. *op. cit.*, p. 272.

¹²⁹ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais*. p. 145.

demanda, já que é proibido na grande maioria dos países o tribunal proceder investigações fáticas, tal como ocorre na Alemanha¹³⁰.

Nesse sentido, oportuno relembrar nessa lição o brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, é dever dos litigantes alegar os fatos para que esses possam ser conhecidos pelo juiz no momento de decidir, já que, conforme mencionado outrora, não é permitido ao juiz ofertar a tutela jurisdicional com base em seu conhecimento privado.

Ademais, importante ainda destacar outra consequência desfavorável para quem deixar de cumprir tal ônus, qual seja a configuração da *confissão* acerca dos fatos alegados, recaindo sobre tal sujeito o princípio da autorresponsabilidade¹³¹. É que, no ordenamento português, caso uma parte deixe de impugnar determinado fato, ter-se-á sobre ele uma confissão ficta¹³². Já no Brasil, caso isso ocorra, haverá a incidência do art. 302 do CPC, que anuncia haver *presunção legal* quanto aos fatos não contestados.

Ocorre que, no direito português, não há um exclusivo domínio do princípio dispositivo no âmbito deste ônus, pois esse é mitigado pelo art. 412º do NCPC. O nº 1 faz menção aos fatos notórios, já estudados outrora, enquanto o nº 2 possibilita ao tribunal conhecer de fatos não alegados desde que o faça em virtude de suas funções, sendo tal opção legislativa uma consequência, por exemplo, dos efeitos da coisa julgada¹³³. Por sua vez, o art. 612º do NCPC possibilita ao magistrado anular oficiosamente o processo¹³⁴, quando tenha a convicção segura de que as partes estão a utilizá-lo para a prática de um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei.

Feitas essas considerações sobre tal peculiaridade do direito luso, temos que o ônus da alegação assemelha-se muito com o da prova, pois de acordo com a premissa geral esse cabe a quem alega.

Nessa maneira, como bem expõe PAULO ZANETI¹³⁵, o encargo de afirmar serve de limitador para o de provar, pois, de acordo com o já visto no tópico 1.2 do presente texto, apenas os *fatos relevantes e controversos* necessitam de prova. Assim, caso determinado fato não seja alegado, não poderá ser controverso, deixando com isso de ser objeto de prova.

¹³⁰ JAUERNIG, Othmar. *Idem*, p. 137

¹³¹ FREITAS, José Lebre. *Idem*, p. 161.

¹³² RODRIGUES, Fernando Pereira. *op. cit.*, p. 31-32.

¹³³ FREITAS, José Lebre; MACHADO, António Montalvão; PINTO, Rui. *op. cit.*, p. 430-431.

¹³⁴ *Idem*, p. 696.

¹³⁵ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. p. 81-82.

Todavia, nem sempre esses ônus recaem sobre a mesma parte, porque há situações em que o encargo recai sobre a parte contrária à que afirmou, como, por exemplo, nos casos em que se configura uma presunção relativa, nos de inversão do ônus da prova e também quando a teoria da carga dinâmica for aplicada.

Ultrapassadas as breves explanações sobre o ônus da alegação, adentraremos agora no ponto específico do presente tópico.

O *onus probandi* é tido por toda doutrina como um dos elementos de maior destaque dentro do processo civil, pois irá atribuir às partes o que cada uma deverá provar nos autos, sendo assim, para BENTHAM, elemento contido na arte do processo, porque essa não seria outra coisa senão a arte de administrar as provas¹³⁶.

Ocorre que as normas relativas ao ônus da prova não devem ser utilizadas quando a instrução processual esteja em perfeito estado, ou seja, quando a produção probatória seja suficiente para atingir a finalidade da prova, que conforme já demonstrado é formar a convicção do magistrado acerca das alegações prestadas em juízo.

É que tais regras anunciam como o juiz deve se comportar quando, no fim da fase de instrução do processo, os fatos que condicionem os efeitos ou contraefeitos dos pedidos formulados pelas partes não estejam devidamente provados, de acordo com VICENTE QUEMADA¹³⁷.

Assim, com base nessa assertiva, é que parte da doutrina, a exemplo de ROSENBERG¹³⁸, de forma deveras clara, anuncia que o ônus da prova trata de regular, nesse aspecto, as consequências da falta de prova, estando este entendimento presente na jurisprudência de diversos países, como, por exemplo, na Espanha¹³⁹.

Desta maneira, o juiz, quando estiver com dúvidas com relação a determinado fato alegado pelas partes, não possuindo alicerces para formar seu convencimento, quer seja pela falta ou falhas no contexto probatório presente nos autos, deverá socorrer-se das regras atinentes ao ônus da prova, fazendo recair sobre a parte que deveria produzir as provas os

¹³⁶ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro, 2003, p. 14.

¹³⁷ QUEMADA, Vicente Herce. *La carga de la prueba*. Separata del Boletín Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. n. 6, 1962.

¹³⁸ ROSENBERG, Leo *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 109.

¹³⁹ QUEMADA, Vicente Herce. *Idem*, p. 6. A jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol já consagra este entendimento do processualista alemão desde meados da década de cinquenta do século passado.

devidos prejuízos processuais, de forma a dar a possibilidade de o magistrado decidir a causa¹⁴⁰.

Com isso, resta vislumbrada uma das finalidades do instituto ora em análise, que seria retirar o juiz do estado de dúvida que eventualmente encontre-se a respeito de determinado fato não ou mal provado, possibilitando a prestação jurisdicional, de modo a evitar que se pronuncie um *non liquet*.

O *non liquet* é um instituto que tem origem no direito romano e ocorria quando o juiz se escusava a sentenciar uma causa, jurando *sibi non liauere*, ou seja, que não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa¹⁴¹, cujo fundamento para tal ocorrência era a falta o falha no contexto probatório do caso.

Desta feita, sendo o ônus da prova o meio de que o julgador se utiliza para sair do estado nebuloso da dúvida no processo, possui tal instituto grande relevo no cenário jurídico atual, visto que é inadmissível no ordenamento jurídico mundial um magistrado deixar de prestar a tutela jurisdicional a quem dela se socorre.

Neste norte, a proibição ao *non liquet* encontra *status* de direito fundamental na CF e está previsto no art. 5º, inciso XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Tal princípio aduz a impossibilidade de o Poder Judiciário deixar de apreciar um pedido quando for provocado, podendo ser denominado ainda por parte da doutrina como princípio do acesso à justiça¹⁴², sendo esse objeto de estudo no terceiro capítulo, pois é um dos alicerces para a flexibilização do ônus probatório.

Essa interligação entre a inafastabilidade da jurisdição e o encargo probatório salta aos olhos do leitor. É que o magistrado, ao ver-se em um estado de dúvida que o impediria de formar sua convicção no caso concreto e estando proibido de abster-se de decidir, utiliza-se das regras do *onus probandi*, de modo a atribuir as desvantagens processuais à parte que deveria ter produzido a prova, com fim de não deixar de exercer seu exercício jurisdicional.

No mesmo caminho, o juiz também se encontra impedido de deixar de julgar a causa ante um estado de dúvida em diversos ordenamentos, como no português, de acordo com os art. 8º, nº 1 do CC e art. 369º do CP, que tipifica o ilícito penal de denegação de justiça, que consiste na frustração do direito de ação, compreendido esse como o direito à

¹⁴⁰ Este entendimento encontra-se bem explanado no acórdão do Resp. 422.788, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

¹⁴¹ KARAM, Munir. *Ônus da prova: noções fundamentais*. Revista de Processo. n. 17. São Paulo: RT, 1980.

¹⁴² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 698.

prolação de decisão judicial, qualquer que seja o sentido dessa¹⁴³, havendo previsões semelhantes no ordenamento espanhol, nos art. 1.7 do CC e no art. 448 do CP.

Todavia, o órgão jurisdicional pode e deve abster-se de julgar o mérito de determinada causa, desde que essa não esteja a preencher seus pressupostos processuais, como a legitimidade das partes, por exemplo, de modo a proferir neste caso, como atesta ALBERTO DOS REIS¹⁴⁴, um julgamento positivo.

Com isso, caso o juiz fique com dúvidas com relação a algum fato no processo, tendo em vista a produção probatória ter sido infrutífera, deverá o *non liquet* do julgador se converter em um *liquet* contra a parte a quem incumbia o ônus de provar, como bem observa ANTUNES VARELA¹⁴⁵.

Ademais, a atuação do tribunal ao apreciar a causa não deve levar em conta o sujeito que produziu a prova, até porque o próprio julgador pode através de seus poderes instrutórios produzi-las, além do que impera atualmente o princípio da aquisição processual, previsto expressamente no art. 413º do NCPC luso. Assim, o juiz valorará todas as provas presentes nos autos, independente de quem as trouxe.

Feitas essas considerações, importante ainda apontar uma interessante opinião sobre a natureza do ônus da prova. ECHANDÍA¹⁴⁶, ao analisar o instituto e perceber, assim como ROSENBERG, que esse não possui relevância quando as provas forem suficientes nos autos, observou que tais normas possuem uma característica *substitutiva*, pois representam as provas que restaram insuficientes ou faltosas no momento da decisão.

Ademais, havendo provas acerca do fato sobre o qual restaram dúvidas por parte do julgador, deve este apreciá-las pormenorizadamente, para que, só após essa análise profunda e fundamentada, possa utilizar as regras do encargo, já que estas possuem um grau residual ou excepcional, de acordo com JORGE W. PEYRANO¹⁴⁷.

Todavia, depois desse estudo sobre o *onus probandi*, poderia surgir na mente do leitor que tal instituto possui apenas valia para retirar o juiz do estado de dúvida. Ocorre que a

¹⁴³ Tal entendimento encontra-se assentado no Acórdão nº 05b932 do STJ, de 12 de maio de 2005, Rel. Oliveira Barros.

¹⁴⁴ REIS, Alberto *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 108.

¹⁴⁵ VARELA, João de Matos Antunes; NORA, Sampaio; BEZERRA, J. Miguel. *op. cit.*, p. 447.

¹⁴⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 424.

¹⁴⁷ PEYRANO, Jorge W. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*. Revista de Processo. n. 185. São Paulo: RT, 2010, p. 114.

afirmação corresponde apenas a uma parte da verdade, já que tais regras também possuem outra finalidade, tão ou mais importante que essa, como será demonstrado no seguinte tópico.

2.3 Ônus da Prova: regra de julgamento ou de conduta?

As argumentações trazidas no tópico anterior sobre o ônus da prova, quais sejam de que referido instituto é o ponto fulcral da retirada do julgador de um eventual estado de dúvida acerca de determinado fato importante para o deslinde da causa, apenas nos demonstra uma de suas facetas e finalidades, como será agora visto.

Conforme já exposto anteriormente, o ora objeto de estudo não tem apenas o objetivo de solucionar os entraves fáticos que estejam presentes na mente do julgador no momento de proferir sua decisão no caso concreto, mas também possui singular relevância quando suas normas estão direcionadas às partes.

Tal dualidade no campo dos destinatários dessas regras fez surgir, no século XIX, a oposição entre ônus *objetivo* e *subjetivo* da prova, cuja origem deve-se a JULIUS GLASER e que teve essa terminologia dada pela doutrina austríaca, como observa PEDRO MÚRIAS¹⁴⁸.

Todavia, antes de começarmos a apontar as considerações a respeito dessa distinção, é salutar trazermos a crítica que lhe é feita. É que ARAZI¹⁴⁹ assevera não haver uma dualidade conceitual entre esses ônus, até porque considera que o *objetivo* seria consequência do *subjetivo*.

Feita a crítica e visando dar uma maior abrangência ao estudo deste instituto, analisaremos agora suas duas facetas, respectivamente.

No *objetivo*, de acordo com BARBOSA MOREIRA¹⁵⁰, as normas relativas ao ônus devem indicar ao julgador, de modo geral, qual das partes deve sofrer os prejuízos pelo mau êxito na produção da prova, dando condições de o julgador decidir em caso de dúvidas, evitando com isso o *non liquet*. Por tal acepção, que é vista como nítida regra de julgamento, já ter sido abordada em momento anterior, traremos poucas considerações a seu respeito.

¹⁴⁸ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: LEX, 2000, p. 20.

¹⁴⁹ ARAZI, Roland. *op. cit.*, p. 73-74.

¹⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de Direito Processual Civil – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.

Desta forma, sendo as normas direcionadas ao juiz, este apenas se preocupa com o aspecto do *resultado* da prova¹⁵¹, que seria a formação de seu convencimento, de maneira que é irrelevante para esse agente se a prova fora produzida por sua iniciativa oficiosa ou pela parte não onerada, com fulcro no princípio da aquisição processual¹⁵².

Por isso, essa faceta do *onus probandi* serve ao magistrado apenas na fase decisória do processo, não cabendo a este sujeito apontar qual das partes deve provar determinado fato, ou seja, não se pode atribuir-lhe uma “função distribuidora do ônus da prova”, como observa MONTERO AROCA¹⁵³.

Todavia, o posicionamento do jurista espanhol entra em rota de colisão com o processo civil moderno em dois pontos.

O primeiro é que o princípio da cooperação, que será objeto de estudo mais a frente, anuncia que para a melhor prestação jurisdicional são possíveis tais considerações do juiz para com as partes, pois o processo deixou de figurar como uma praça de guerra e passou a apresentar-se mais como uma mesa de diálogo entre os sujeitos processuais. Assim, acertada é a posição da doutrina brasileira¹⁵⁴ que possibilita esse tipo de advertência quando ocorrerem situações peculiares na lide, como é o caso da inversão do ônus da prova.

O segundo ponto seria que é possível sim o magistrado prestar o papel de distribuidor do ônus probatório no processo. Ora, tem-se que as normas processuais são, em sua grande maioria, infraconstitucionais, devendo neste contexto ser objeto de interpretação conforme a Lei Maior.

Nessa perspectiva, há casos excepcionais nos quais os encargos probatórios tornam-se tão pesados que chegam ao ponto de dificultar excessivamente a defesa dos possíveis direitos das partes, o que inviabilizaria o acesso à justiça dessas, direito este assegurado em diversas Constituições no mundo.

É nesse sentido que a teoria da carga dinâmica ganha destaque no cenário mundial, posto que o magistrado, sempre de modo fundamentado e dando ênfase à publicidade e ao contraditório, atuará como verdadeiro distribuidor do referido ônus,

¹⁵¹ O conceito de prova como *resultado* está presente no tópico 1.1 do presente trabalho e fora extraído da obra de Chiovenda.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. p. 75.

¹⁵³ AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. p. 122.

¹⁵⁴ BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 2. ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2007, p. 439.

atribuindo-o a parte que detenha melhores condições de produzir a prova, estando esse papel assegurado, a depender do ordenamento, em normas infra ou até mesmo constitucionais.

Feito esse pequeno parênteses, no qual fizemos brevíssimas considerações sobre a teoria objeto da presente dissertação, apenas no intuito de despertar a curiosidade do leitor com relação ao tema, no qual iremos nos aprofundar no próximo capítulo, voltaremos a nos ater ao presente tópico.

Há ainda outra curiosidade acerca do ônus *objetivo* da prova. É que, como já dito em demasia nas últimas páginas, esse deve ser aplicado quando o julgador se encontrar em estado de dúvidas sobre determinado fato, ante a falta ou falha na produção probatória. Nesse caminho, na seara do Direito Penal, referido ônus não encontra valia, posto que nesse ramo do Direito, havendo dúvida, essa fará lograr êxito ao acusado no processo, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*, posição essa da maioria da doutrina portuguesa¹⁵⁵ e brasileira¹⁵⁶.

Dito isso, apesar de ser tendência entre os autores atribuir relevância maior às regras atinentes ao ônus probatório somente nas situações em que essas atuem como verdadeiras *regras de julgamento*¹⁵⁷, o outro campo do referido instituto, qual seja o direcionado às partes, tem angariado força, principalmente com os ideais do processo civil moderno.

O ônus *subjetivo* da prova é o aspecto do referido instituto que é direcionado às partes, no sentido de direcioná-las em sua produção probatória, apontando quais fatos devem ser provados no intuito de evitar que se opere o princípio da autorresponsabilidade.

Nessa esteira, o conteúdo dessa faceta do ônus é claramente de *regra de conduta* das partes, visto que serve para orientar o aspecto de *atividade* da prova¹⁵⁸, sendo sua ênfase na fase instrutória do processo e como princípio norteador o dispositivo, já que *a priori* as provas devem ser levadas aos autos pelos litigantes.

Entretanto, parte da doutrina assenta que esse aspecto tem perdido importância no contexto probatório, visto inclusive como de categoria histórica¹⁵⁹, por conta da aplicabilidade

¹⁵⁵ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 211-214. Tal posicionamento também está presente no art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, que obriga ao juiz absolver o réu quando não existir prova suficiente para a condenação.

¹⁵⁷ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 81-82.

¹⁵⁸ O conceito de prova como *atividade* está presente no tópico 1.1 do presente trabalho e fora extraído da obra de Montero Aroca.

¹⁵⁹ MÚRIAS, Pedro Ferreira. *op. cit.*, p. 25.

de dois princípios no campo probatório, quais sejam: o da aquisição processual e o inquisitório.

Com relação ao da aquisição processual, já falado em demasia, tem-se que como o juiz analisa todo o contexto probatório presente nos autos, pouco importa o sujeito que a produziu.

Já quanto ao inquisitório, a doutrina entende que esse também mitigou¹⁶⁰ o ônus subjetivo, na medida em que a parte que não cumprisse o seu ônus passou a se beneficiar com a abertura de outra via de entrada das provas no processo, qual seja a atitude oficiosa do juiz.

Entretanto, o posicionamento de que o subjetivo esvaziou-se por conta dos poderes instrutórios do magistrado não é uníssono na doutrina mundial, pois há opiniões^{161 162} que dispõe deter tal ônus a mesma importância, pois a proximidade das partes com os fatos e as provas é maior do que a do tribunal.

Ademias, referida acepção do ônus da prova tem ganhado maior relevância com os novos pensamentos do processo civil, principalmente com a implementação dos ideais democráticos neste campo.

É que com o fortalecimento de um processo democrático, amplia-se a participação das partes na busca de uma tutela mais efetiva, apoiada nos alicerces da cooperação e do contraditório.

Nesse caminho, ARTUR CARPES¹⁶³ critica em parte a posição de ROSENBERG de que o ônus da prova seria a doutrina que estabelece as consequências da falta ou falha na produção probatória. É que, na visão deste processualista brasileiro, da qual compartilhamos, essa afirmação do mestre alemão apenas reduz a visão do ônus probatório ao aspecto objetivo, visto que com relação ao subjetivo seria exatamente o inverso, pois no campo das regras de conduta o encargo serve como catalisador da atividade probatória das partes, com fulcro a evitar as desvantagens ocorridas em caso de omissão, ou seja, seria essa a doutrina para evitar-se a falta de prova.

Todavia, em que pese à produção probatória das partes possuir, por vezes, um caráter tendencioso, como já dito anteriormente, concluímos que o Poder Judiciário deve dar maior ênfase ao aspecto subjetivo em relação ao objetivo do ônus probatório. Este

¹⁶⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva. *op. cit.*, p. 59.

¹⁶¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 431.

¹⁶² CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 55.

¹⁶³ *Idem*, p. 54.

entendimento inicia-se da premissa de que a convicção do magistrado pode ser melhor extraída dos meios presentes no contexto probatório do que se forem aplicadas as normas gerais e abstratas que norteiam as regras de julgamento do ônus da prova.

Assim, do nosso posicionamento, pode-se perceber que seria mais viável ao magistrado flexibilizar o *onus probandi*, nos casos em que a prova seja de difícil ou mesmo impossível produção pela parte onerada, atribuindo-se assim tal encargo ao jurisdicionado que detiver melhores condições de alcançá-la.

Desta feita, a aplicação da teoria da carga dinâmica fortaleceria o ônus subjetivo, visto que na maioria dos casos em que se aplica o instituto como regra de julgamento a parte sobre quem não recai o peso da atividade tinha condições de produzir a prova e não o fez, por saber que a falta desta nos autos prejudicaria o sujeito onerado.

Explicado nosso posicionamento acerca da necessidade de se fortalecer o aspecto subjetivo do ônus, inclusive com a aplicação da teoria da carga dinâmica, e exposto que o instituto ora em análise tanto pode ser visto como regra de julgamento, como de conduta, passaremos a seguir a nos ater sobre a distribuição do ônus probatório.

2.4 A Distribuição Estabelecida nas Regras do Ônus da Prova

A temática da distribuição do *onus probandi* entre os sujeitos processuais é objeto de diversas correntes doutrinárias, que serão citadas a seguir, e assola os estudiosos desde os idos do antigo direito romano, no qual já se sentia a necessidade prática de se estabelecer critérios para essa divisão¹⁶⁴.

Desta maneira, do mesmo modo que as regras atinentes ao referido ônus são uma condição *sine qua non* para uma boa administração da justiça¹⁶⁵, a sua distribuição adequada e prudente é uma das instituições mais necessárias ou, pelo menos, mais desejadas da ordem jurídica, como bem aponta o jurista alemão WACH¹⁶⁶.

Por seu turno, a repartição pode viabilizar uma melhor democratização do processo, na medida em que as partes ao observarem as regras de conduta poderão irrigar o processo com mais meios, possibilitando com isso uma decisão justa e mais próxima da

¹⁶⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *op. cit.*, p. 89.

¹⁶⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 450.

¹⁶⁶ WACH, Adolph *apud* ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 85.

realidade, pois como já manifestado outrora, ao nosso ver, a efetiva prestação jurisdicional é mais plausível quando o magistrado utiliza-se das provas acarreadas aos autos do que quando o faz apoiado na vertente objetiva do ônus.

Assim, de acordo com a doutrina¹⁶⁷, há dois métodos legais de distribuir a carga probatória entre as partes, a saber: ou consagra-se um princípio geral e único, ou estabelecem-se regras peculiares para casos específicos, sendo mais comum nos ordenamentos jurídicos, a exemplo do luso-brasileiro, à positivação de ambos, de modo a esse complementar aquele critério geral, como será demonstrado no momento oportuno.

Todavia, a doutrina não converge de forma uníssona na elaboração de qual seria essa formulação geral, sendo seu alcance e por consequência sua justificação racional, absoluta e geral de difícil elaboração, como aduz CHIOVENDA¹⁶⁸.

Com isso, dada a essa dificuldade no encontro do princípio divisor é que, segundo ROSENBERG¹⁶⁹, alguns autores opinam que seria impossível encontrar essa fórmula unitária, enquanto outros anunciam que a repartição deveria ficar a cargo do juiz que, a seu arbítrio, o faria diante do caso concreto, segundo aquilo que lhe parecesse mais justo.

Porém, a concessão de poder ao magistrado de distribuir o ônus de forma livre e em todos os casos não é vista com bons olhos por parte da doutrina¹⁷⁰, por conta da liberdade do julgador ser deveras acentuada em tal posição, e por não haver parâmetros legais de conduta do julgador, o que abriria a possibilidade de as partes alegarem a falta de imparcialidade, que é prejudicial à prestação da tutela jurisdicional.

Ao expor esse entendimento doutrinário, ROSENBERG concluiu que ambas as posições são impossíveis e perigosas, o fazendo com a exposição de uma metáfora, que compara a figura do juiz com a de um barqueiro: *“pero si el juez quisiera gobernar el barco del proceso singular siguiendo la estrella de la justicia, se expondría a las tempestades e*

¹⁶⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 441.

¹⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. II. Bookseller, 2002, p. 447.

¹⁶⁹ ROSENBERG, Leo. *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 145-146. Referido autor português aduz que ao atribuir ao juiz a possibilidade de distribuir o encargo probatório estaria o legislador a descaracterizar o instituto do ônus, pois passaria a configurar-se uma ordem judicial. Não concordamos com tal posicionamento. Feita a distribuição pelo magistrado, o exercício do ônus continua facultativo, não podendo ser imposta nenhuma penalidade à parte onerada por eventual descumprimento, a não ser a natural desvantagem processual, decorrente do princípio da autorresponsabilidade das partes.

*inseguridades propias de alta mar y zozobraría e se destruiría totalmente la esencia del proceso*¹⁷¹.

Neste norte, para esse jurista alemão, em que pese essa dificuldade, a Ciência Jurídica não deve renunciar a busca dessa regra geral e fixa, já que a prática processual precisa dessa, pois somente através da lei é que a justiça pode ser alcançada¹⁷².

Com isso, de acordo com essa corrente doutrinária clássica, atingido o princípio fixo norteador do ônus, esse deve ser aplicado uniformemente, sem que as condições especiais das partes nem a dificuldade dessas de produzir os meios de prova pudessem modificá-lo¹⁷³. Porém, esse entendimento não se compactua com a visão moderna do processo civil, que tende a analisá-lo à luz dos princípios constitucionais, como será demonstrado mais a frente.

É oportuno destacar que a Ciência não tem descansado no auxílio ao legislador na busca desse farol orientador da repartição do ônus da prova, tendo elaborado diversas teorias a respeito do tema.

Desta forma, tomando por base o tão mencionado tratado¹⁷⁴, o jurista colombiano ECHANDÍA reuniu oito das principais teorias a respeito do tema, que embora possuam fundamentações próprias e estabeleçam uma visão estática do processo, por vezes convergem no mesmo escopo prático.

São essas as teorias apontadas na referida obra: 1) a que impõe ao autor o ônus de provar; 2) a que incumbe o peso probatório a parte que afirma; 3) a que onera ao autor da prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu dos fatos referentes à defesa; 4) a que atribui o peso àquele que alega um fato anormal; 5) a que onera a parte que inova no processo; 6) a que leva em consideração a natureza dos fatos aduzidos em juízo; 7) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma que lhe é mais favorável e 8) a que distribui o ônus de acordo com a posição processual das partes.

Oportuno ressaltar que o papel dos doutrinadores na criação das teorias é de auxiliar a definição dos parâmetros gerais que serviram de norte para essa questão, de modo que o legislador, posteriormente, poderá transportá-las para o ordenamento positivado¹⁷⁵.

¹⁷¹ ROSENBERG, Leo. *op. cit.*, p. 85.

¹⁷² *Idem*, p. 85 e 91.

¹⁷³ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 442-443.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 453-484.

¹⁷⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 153.

Assim, a apresentação desse rol de teorias tem fim meramente exemplificativo, de modo que não adentraremos na explicação dessas por não fazer parte do objetivo central do presente estudo. Todavia, sua exposição é salutar, pois embora a doutrina tente incansavelmente buscar um critério estático e único para que a formulação da regra geral e abstrata de maneira que torne o processo mais efetivo, por vezes não consegue, sendo necessária a implementação de correntes que flexibilizem tal repartição, como será visto mais a frente.

2.4.1 A rigidez na repartição das normas gerais relativas ao encargo probatório

Feita essas assertivas iniciais a respeito dos modos de divisão da carga da prova no âmbito geral, no qual ficou clara a dificuldade no alcance desse modelo fixo e abstrato, apreciaremos os artigos pilares da distribuição nos ordenamentos centrais do presente trabalho.

Importante observa que tais dispositivos preconizam uma distribuição fixa do ônus da prova, que *a priori* não pode ser modificada, a não ser nos casos permitidos em lei, como, por exemplo, através da deliberação voluntária das partes.

Dito isso, passaremos a analisar o dispositivo principal da repartição do *onus probandi* no sistema brasileiro.

2.4.1.1 O artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro

O legislador brasileiro apontou nos incisos do art. 333 do CPC o seu critério norteador para a distribuição do ônus da prova, que assim expõe:

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.

O código processualista brasileiro sofreu influência predominante da teoria de CHIOVENDA, de acordo com a doutrina majoritária, por sua repartição ser fundada na oportunidade e no interesse de a parte provar o fato alegado¹⁷⁶. Desta maneira, a distribuição conjuga dois preceitos: a natureza dos fatos e a posição processual das partes, sendo que tal união obteve muita repercussão legislativa, a saber: na Itália, Espanha, Chile e Colômbia¹⁷⁷.

Oportuno ressaltar que, embora a teoria chiovediana seja tida por influente na elaboração do art. 333, o papel principal da doutrina é apenas o de guiar o legislador na elaboração de seu trabalho, como já dito. Com isso, não é de se esperar que as teorias sejam positivadas em sua plenitude, já que servem apenas de alicerce.

Desta forma, voltando à análise do dito dispositivo, este estabeleceu nos incisos I e II um critério rígido, no qual caberia ao autor da ação provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu o encargo sobre os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, distribuição esse que, notadamente, preconiza o interesse processual de cada um desses sujeitos processuais.

Todavia, não há no ordenamento jurídico qualquer norma que contenha menção de como classificar os fatos alegados em juízos nessas categorias, papel árduo esse que coube da doutrina.

Assim, “entende-se por *fato constitutivo* o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor”¹⁷⁸, ou seja, seria aquele que dar ensejo à busca pelo Judiciário. Assim, seriam exemplos: o ato ilícito e culposo, em uma ação de responsabilidade civil; o testamento e a morte do testador que fazem nascer o direito à sucessão ou o contrato e sua inadimplência em uma ação de cobrança.

Com relação ao ônus da prova do réu em sua defesa, a esse resta dois caminhos: o primeiro seria o caso de apenas negar a existência do fato constitutivo do direito do autor, o que, em princípio, não onera o sujeito passivo de qualquer encargo probatório, sendo esta classificada como *defesa direta* pela doutrina¹⁷⁹.

É que, se o autor não conseguir comprovar o fato constitutivo de seu direito, o réu, em princípio, não precisará exercer qualquer esforço probatório para obter êxito no processo,

¹⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 448.

¹⁷⁷ CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2009, p. 171.

¹⁷⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. p. 43.

¹⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 407.

já que impera neste contexto o princípio *actore non probante reus absolvitur*. Entretanto, nada impede que o réu, em apenas desejando apresentar defesa direta, produza a contraprova, de forma a demonstrar o contrário do dito pela parte adversa¹⁸⁰.

O segundo caminho seria a manifestação do sujeito passivo por meio da classificada *defesa indireta*¹⁸¹. Nela o demandado traz ao processo *factos novos* com o intuito de *impedir, modificar* ou *extinguir* a pretensão autoral, por ser esse é o seu interesse na demanda.

Nesse turno, os *factos impeditivos* são aqueles que servem para não permitir o nascimento do direito autoral, de modo a inviabilizar a eficácia normal dos factos constitutivos, sendo sempre anteriores ou contemporâneos a esses, de acordo com MIGUEL MESQUITA¹⁸². O exemplo clássico de tais factos é a incapacidade civil.

Já os *factos modificativos* “são todos aqueles que, de algum modo, alteram os termos de um direito validamente constituído”¹⁸³. Tais factos, de certo modo, reconhecem a alegação aduzida pela parte adversa, todavia visam alterá-la, como por exemplo a moratória concedida ao devedor em momento posterior ao do surgimento da dívida.

Por fim, os *factos extintivos* são aqueles que, em momento posterior aos constitutivos, acabam por fulminá-los, como é o caso do pagamento de uma prestação¹⁸⁴.

Com isso, apesar da rigidez na distribuição estabelecida no art. 333, o legislador previu, no parágrafo único, que as partes, por meio de uma deliberação de vontade, redistribuíssem o ônus de maneira diversa da prevista nos incisos, fato esse comum no sistema jurídico mundial.

Por ser um negócio jurídico processual¹⁸⁵, deve a convenção preencher todos os requisitos de validade previstos no art. 104 do CC e, como não há imposição quanto a sua forma, poderá sê-lo feito, por exemplo, através de declaração das partes em audiência, por meio de petição, por instrumento público, particular ou mesmo estar inserido em uma cláusula contratual.

¹⁸⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 80.

¹⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 407.

¹⁸² MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e excepção no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2009, p.43-44.

¹⁸³ *Idem*, p. 45.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 46.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 1. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 199.

Como se pode perceber quando da transcrição integral do art. 333, há dois incisos no parágrafo único, com redação inspirada no art. 2.698 do CC italiano, que descrevem as condições que geram a nulidade destes pactos, ao quais passaremos a analisar.

O inciso I estabelece que é nula a convenção que vise distribuir de maneira diversa o ônus da prova quando este recaia sobre direito indisponível das partes. O legislador agiu, ao redigir esse dispositivo, de forma coerente. É que, os direitos indisponíveis não podem ser objeto de transação, como prever o art. 841 do CC. Assim, seria ilógico considerar válida essa convenção, pois estaria evitando-se uma disponibilidade de forma indireta¹⁸⁶ de tais direitos.

Já o inciso II preconiza que o pacto será nulo quando tornar excessivamente difícil o exercício do direito à prova de uma das partes. Essa imposição, que serve de base para a aplicação da teoria da carga dinâmica no Brasil, como será demonstrado no momento oportuno, visa evitar o estreitamento das vias do acesso à justiça às partes¹⁸⁷.

Entretanto, por não haver parâmetros legais para verificar tal dificuldade, o legislador atribuiu ao juiz essa análise quando da instrução processual, atitude que entendemos ser correta, já que se fosse a lei a instituir tais critérios, os fariam de forma abstrata e longe da prática processual.

Dessa feita, apesar de a teoria de CHIOVENDA, alicerce da repartição do *onus probandi* no Brasil, ter demonstrado um significativo avanço na elaboração da distribuição do peso probatório entre as partes, não deixou de ser alvo de críticas.

De acordo com ECHANDÍA¹⁸⁸, o erro basilar dessa repartição é a sua rigidez. É que o art. 333 do CPC, ao preconizar a distribuição pela natureza dos fatos e a posição das partes, impõe *sempre* ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos, enquanto ao réu o ônus dos impeditivos, modificativos e extintivos.

SILVA MELERO¹⁸⁹ aduz ainda outra crítica. Para este jurista espanhol o caráter constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo são mais uma “qualidade da relação” do que algo interligado aos fatos em si. Assim, um determinado fato pode ser, a depender do ponto de vista, constitutivo e extintivo. É o que se vê no fato do falecimento de alguém, pois

¹⁸⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 956.

¹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 469-470.

¹⁸⁹ MELERO, Silva *apud* ECHANDÍA, Hernando Devis. *op. cit.*, p. 468.

essa ocorrência é constitutiva, com relação ao direito sucessório, e extintiva, caso o *de cujos* estivesse contratado para realizar uma obrigação de fazer infungível.

BOAVENTURA PACÍFICO¹⁹⁰ ainda nos traz outro questionamento, que seria a falta de critérios legais para indicar o enquadramento dos fatos em suas devidas categorias quando diante de um caso concreto.

Em que pesem as duas últimas críticas apontadas, a que mais atormenta atualmente os operadores do Direito é relativa à petrificação da divisão do ônus da prova, visto que essa norma processual não leva em consideração certas peculiaridades do direito material.

É possível, por vezes, encontrarmos situações em que caso o art. 333 seja aplicado, com toda sua rigidez, irá colocar a parte onerada diante de uma prova diabólica¹⁹¹, de modo a impossibilitar à parte de exercer de forma plena o seu direito à prova.

Nesse contexto, tal condição imposta ao sujeito processual não se coaduna com o processo civil atual, no qual os preceitos constitucionais devem ser sempre considerados. Desta forma, faz-se necessária a inclusão de mecanismos que tornem viável o acesso à prova e, por consequência, à justiça das partes que se enquadrem nessa situação, ante a rigidez na distribuição do *onus probandi*.

2.4.1.2 O artigo 342º do Código Civil português e as situações peculiares

No ordenamento jurídico português são utilizados os dois métodos preconizados por ECHANDÍA para a distribuição do ônus da prova, pois há um dispositivo que prever uma norma de caráter geral, enquanto outros que estabelecem regras para casos específicos.

O artigo principal da repartição do ônus probatório em Portugal está estabelecido no Código Civil e assim dispõe:

ARTIGO 342º - Ônus da prova

- 1 – Àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.
- 2 – A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.
- 3 – Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

¹⁹⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *op. cit.*, p. 148.

¹⁹¹ O conceito de *prova diabólica* será apreciado no terceiro capítulo.

É voz uníssona na doutrina que com o preceituado dispositivo Portugal adotou a *teoria das normas*, cuja criação atribui-se a ROSENBERG, havendo doutrina que também possibilita sua adequação ao sistema brasileiro¹⁹².

Para esse jurista alemão, a fórmula para a distribuição deve assentar-se que cabe a cada uma das partes provar os pressupostos da norma que lhes é favorável, sendo essa entendida por aquela cujos efeitos jurídicos lhe resultem em benefícios¹⁹³.

Desta maneira, há uma recondução do problema a subsunção do fato à norma¹⁹⁴, de maneira que o demandante caberá provar os pressupostos da norma em que se funda sua pretensão, enquanto ao réu a prova dos pressupostos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa.

ROSENBERG¹⁹⁵ utiliza-se do contrato de mútuo para ilustrar a aplicação de sua teoria. Assim, a entrega do dinheiro cria em favor do mutuante o direito de reclamar seu reembolso. Já o mutuário, por sua vez, pode invocar norma que impeça o surgimento daquele direito, como a falta de consentimento, tendo em vista a sua menoridade. Pode requerer ainda a aplicação de norma que destrua a pretensão autoral, cujo pressuposto seria o pagamento do mútuo. Por fim, pode aduzir norma que outorga ao réu um direito formativo, cujo exercício exclua o direito do mutuário, como, por exemplo, a compensação.

A art. 342º do CC luso atual estabelece implicitamente que caberá às partes a produção das provas referentes aos fatos, quer sejam positivos, quer negativos, de acordo com o entendimento da jurisprudência¹⁹⁶. Assim, o legislador abandonou a norma explícita que previa tal imposição¹⁹⁷ e rejeitou o preceito antigo: *negativo non sunt probanda*.

Oportuno observar, ainda, no sistema português, que poderia haver dúvida na análise de um caso concreto, quanto à distinção entre os fatos constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos. Assim, de forma antecipada, estabeleceu o legislador que, em tais situações, os fatos devem ser tidos por constitutivos, de acordo com o nº 3 do art. 342º.

¹⁹² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *op. cit.*, p. 147-148 e CARPES, Artur. *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ ROSENBERG, Leo. *op. cit.*, p. 91.

¹⁹⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 156.

¹⁹⁵ ROSENBERG, Leo. *op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁶ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, processo nº 86/06, de 08/03/2006, Rel. Artur Dias.

¹⁹⁷ O artigo 515º do CPC de 1961, dispositivo esse que regia a distribuição antes do atual 342º do CC, assim aduzia: “Incumbe ao autor fazer prova dos factos, *positivos ou negativos*, que sejam constitutivos do seu direito; incumbe ao réu fazer prova dos factos, *positivos ou negativos*, que sirvam de causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor”. (destaques nossos).

Todavia, o critério geral disposto no art. 342º do CC, de acordo com a doutrina¹⁹⁸, não soluciona todos os problemas atinentes à distribuição do ônus da prova, fato este que é comum em todas as normas que pretendem reparti-lo de forma abstrata e fixa. Com isso, de modo a solucionar certas distorções, a lei estabeleceu nos números do art. 343º a divisão em casos especiais, os quais iremos analisar em ordem decrescente.

O nº 3 do artigo citado aduz que: “se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo”.

O referido nº trata da distribuição do peso probatório no que tange à eficácia do negócio jurídico em que estão presentes cláusulas acessórias de termo ou condição, ficando a temática da validade e demais condições para a produção de seus efeitos a critério do art. 342º do CC, como nos ensina JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ¹⁹⁹.

Entretanto, este tema tem gerado grande discussão doutrinária. Nesse caminho, alguns²⁰⁰ apontam que o mais correto seria o encargo caber ao réu de comprovar a existência da condição ou termo, não tendo o autor que alegar, nem provar, a falta dessas cláusulas.

Desta forma, ante a divergência, os tribunais têm seguido os ditames legais, de modo que “estando o direito invocado sujeito a condição ou a termo, a prova de sua verificação caberá ao autor, tendo estas cláusulas negociais natureza suspensiva; incumbirá ao réu, se, inversamente, tiverem caráter resolutivo.”²⁰¹.

Já o nº 2 do art. 343º preconiza que “nas ações que devem ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei”.

Essa previsão aglomera inúmeras situações peculiares nas quais ocorre caducidade do direito, ante a não utilização do direito potestativo do autor. Assim, são exemplos de tais ações a que discutem: direito de preferência (art. 1410º), anulação de negócio jurídico por erro ou dolo (art. 287º, nº 1), investigação de maternidade (art. 1817º), todos do Código Civil.

¹⁹⁸ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *op cit.*, p. 454.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil anotado*. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 460.

²⁰⁰ *Idem*, p. 464 e RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 177.

²⁰¹ Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, processo nº 240286/08/8YIPRT.P1, de 25/03/2010. Citação extraída de GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *op. cit.*, p. 460.

Tal dispositivo, ora em estudo, veio solucionar a seguinte dúvida: se o decurso de prazo entre o conhecimento do fato pelo autor e a propositura da ação seria condição extintiva da pretensão autoral ou o não decurso configuraria um fato negativo constitutivo da pretensão do demandante²⁰².

Assim, conforme prevê a lei e a jurisprudência²⁰³, o ônus da prova do decurso de prazo em tais situações cabe ao réu, pois o legislador entendeu ser mais fácil esse sujeito provar um fato positivo, que seria a data que a parte adversa teve conhecimento do fato, do que atribuir ao autor o ônus de comprovar um fato negativo, que seria a condição de não ter, naquele dia, o mencionado conhecimento.

Desta feita, há doutrina que aponta estar configurado neste caso o instituto da inversão do ônus da prova²⁰⁴, mas essa posição não é uníssona²⁰⁵.

Por fim, o n° 1 do art. 343° menciona que: “nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos fatos constitutivos do direito que se arroga.”.

A priori, antes de analisarmos o referido enunciado, oportuno destacarmos a distinção feita pela doutrina²⁰⁶ acerca da natureza dos fatos negativos. É que de um lado temos a *negativa absoluta*, que consiste em uma afirmação pura e indefinida, em tempo e/ou espaço, de um não-fato, como por exemplo: “eu nunca estive na região do Douro, em Portugal.”. Por sua vez, as *negativas relativas* são aquelas afirmações, definidas em tempo e/ou espaço, de um não-fato, que podem ser justificada pela ocorrência de um fato positivo, como por exemplo: “não estive nos festejos natalinos de 2011 no Brasil, porque estava na Europa.”.

Assim, dada a essa diferenciação das negativas, é atual dizermos que as *absolutas* são insuscetíveis de prova, pois, de acordo com CARLO LESSONA²⁰⁷, tal conclusão extrai-se não do seu caráter negativo, mas sim de sua indefinição. Com isso, apenas os fatos negativos *relativos* tem condições, via de regra, de serem provados.

Feito esse pequeno parênteses, voltaremos ao dispositivo em análise.

²⁰² FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 55.

²⁰³ Acórdão do STJ, processo n° 087541, de 07/11/1995, Rel. Fernandes Magalhães.

²⁰⁴ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *op. cit.*, p. 459.

²⁰⁵ FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 57. Para a dita autora, o legislador apenas veio de encontro à regra geral, não tendo estabelecido um caso de inversão do ônus da prova.

²⁰⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 90.

²⁰⁷ LESSONA, Carlo *apud* LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. p. 34.

De acordo com o art. 10º, nº 3, alínea *a* do NCPC luso, nas ações de simples apreciação negativas o que se objetiva é obter uma declaração judicial da inexistência de um direito ou fato, como, por exemplo, na ação negatória de servidão ou na negatória de vícios em negócios jurídicos.

Ao se levar em conta a pretensão dessas referidas ações, qual seja a busca da comprovação da inexistência de um determinado direito ou fato, há a presença de dois problemas que levaram ao legislador fixar o disposto no art. 343º, nº 1 do CC.

O primeiro seria ter o autor de provar um fato negativo, que, por si só, já gera certo grau de dificuldade, sendo de quase impossível produção²⁰⁸, de modo que inclusive fora denominada pela antiga doutrina de *diabolica probatio*²⁰⁹.

O segundo pode ser visualizado com o seguinte pensamento: se fosse aplicada no presente caso a regra geral estabelecida no art. 342º, nº 1 do CC, caberia ao autor provar os fatos constitutivos de sua pretensão. Ocorre que, por conta de na ação o desejo autoral ser justamente a declaração de inexistência de certa situação, essa imposição legal não poderia ser aplicada, pois deixaria o autor, de acordo com a teoria das normas, de fazer a prova dos pressupostos da norma que lhe é mais favorável.

Desta feita, ante a essas peculiaridades, entendeu por bem o legislador de inverter o ônus da prova, sendo esse entendimento majoritário da doutrina lusa, a exemplo de ANTUNES VARELA²¹⁰, e visto como aplicável também no Brasil, em casos análogos, com fulcro em vozes de processualistas renomados²¹¹.

Assim, invertido o ônus, seria do autor o encargo de provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da relação discutida, no intuito de desconstituí-la, enquanto ao réu restaria provar um fato constitutivo positivo, tido por incompatível²¹², com a pretensão da parte adversa, conforme está assentado na jurisprudência²¹³.

Dito isso, resta evidente que a real intenção do legislador de inverter este ônus da prova foi a de retirar o fardo que recaia sobre o autor de ter de provar fatos negativos que

²⁰⁸ SERRA, Adriano Paes da Silva. *op. cit.*, p. 132.

²⁰⁹ CALOS, Adelino Palma *apud* FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 67.

²¹⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *op. cit.*, p. 461.

²¹¹ ALVIM, Arruda. *O ônus da prova nas ações declaratórias negativas*. Revista de Processo. n. 4. São Paulo: RT, 1976. No presente texto está transcrito os debates ocorridos em 13 de setembro de 1976, no 5º Curso de Especialização em Direito Processual Civil, realizado na Pontífice Universidade Católica de São Paulo. Em tal discussão, os professores Antônio Carlos Matteis de Arruda, Cezar Peluso e Arruda Alvim entenderam que haveria uma inversão do ônus da prova nos casos de ações declaratórias negativas.

²¹² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 181.

²¹³ Acórdão do STJ, processo nº 527/03.2TBEPS.G1.S1, de 13/04/2010, Rel. Helder Roque.

ensejam sua busca pela tutela, pois, como é de fácil constatação prática, é bem menos oneroso, quer seja jurídica, financeira ou psicologicamente, provar um fato positivo que um negativo, já que, via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, porque quando se atribui uma condição a determinado fato, está a se negar todas as contrárias a essa²¹⁴.

Ocorre que, em que pese a corriqueira dificuldade prática de se provar os fatos negativos deduzidos em juízo, o legislador entendeu por bem restringir os casos de inversão aos previstos em lei, ou seja, apenas nas ações de simples apreciação negativa é que se pode desviar da aplicação da regra geral do art. 342º do CC.

Todavia, há certa parcela da jurisprudência que tem indo de encontro a este posicionamento legislativo e doutrinário, que é tido por rígido.

É que os tribunais, quando diante de certos casos em que era nítida a dificuldade das partes de provarem fatos negativos, entenderam por bem inverter o encargo probatório judicialmente, atribuindo-o as partes que possuíam melhores condições de provar tais fatos.

Porém, esta corrente jurisprudencial, que a nosso ver, de modo consciente ou inconsciente, aplica a teoria da carga dinâmica, e que por isso será citada e melhor analisada no próximo capítulo, não é bem aceita pela doutrina.

RUI RANGEL²¹⁵ é uma dessas vozes contrárias. Para esse magistrado a dificuldade de se provar fatos negativos não pode justificar este posicionamento, de modo que os critérios de distribuição do ônus devem ser sempre apertados, no sentido de impedir arbitrariedades do juiz ao redistribuí-lo perante o caso concreto.

Data vênia a essa conclusão do jurista português, não concordamos com essa posição. É que, como será demonstrado mais a frente, o tribunal, ao desobstruir o caminho probatório das partes, aplicando a teoria objeto do presente estudo, está a viabilizar o acesso à justiça daquelas, na medida em que possibilita o pleno exercício do direito à prova aos litigantes.

Assim, finalizada a análise das normas gerais e peculiares de distribuição do *onus probandi* nos ordenamentos centrais do estudo, partiremos no tópico seguinte a apreciar os casos em que, legalmente, há a sua inversão.

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 446.

²¹⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 184.

2.4.2 A inversão das regras gerais de distribuição do ônus da prova

Já anunciamos acima – tópico 2.4 do texto – a dificuldade que a doutrina e a legislação encontram na definição de uma norma geral que tenha como objetivo a distribuição adequada do ônus da prova.

Assim, mesmo diante dos empecilhos, a Ciência buscou o alcance dessa norma de aplicação abstrata, a tendo positivado no ordenamento luso-brasileiro, respectivamente, nos art. 342º do CC e no art. 333 do CPC.

Todavia, o legislador desses países, verificando a impossibilidade de se visualizar a justiça em certos processos, quando da aplicação dessa norma de repartição do encargo probatório, estabeleceu uma redistribuição em certos casos peculiares, quer seja prevendo-a em situações específicas, quer seja invertendo as regras gerais.

Isto posto, tendo em vista que o dispositivo que preconizou essa repartição em casos especiais, precisamente no ordenamento luso, já fora objeto de análise acima – tópico 2.4.1.2 – partiremos neste momento a analisar os casos de inversão do ônus da prova, que tem por finalidade precípua facilitar a produção probatória.

Nos dizeres de DINAMARCO, “são inversões do ônus da prova as *alterações* de regras legais sobre a distribuição deste, *impostas* ou *autorizadas* por lei.”²¹⁶, sendo possível, através desse mecanismo, introduzir uma maior equidade no sistema legal e abstrato das normas que dividem o encargo probatório²¹⁷.

Deste modo, tendo o processo civil atual um caráter público, no qual a intenção mais louvável é prestar a mais efetiva prestação jurisdicional, como modo de pacificar as lides, o instituto da inversão do ônus probatório ganha relevo, por estar assentado em dois valores²¹⁸, que são: a *adequada tutela dos direitos*, que é alcançada através da aproximação do direito processual com o material, de modo a amenizar as dificuldades probatórias, e a busca pela *igualdade material das partes*, que por serem princípios basilares da teoria da carga dinâmica, será melhor estudada no próximo capítulo.

²¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 76.

²¹⁷ FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 33.

²¹⁸ CABRAL, Érico de Pina. *op. cit.*, p. 334-337.

A doutrina aponta que as normas de inversão do encargo probatório pertencem a duas espécies: a inversão legal (*ope legis*) e a inversão judicial (*ope judicis*), que serão agora, respectivamente, analisadas.

Temos que a inversão legal seria aquela que fora fixada, *aprioristicamente*, pela lei, sem levar-se em consideração o caso concreto ou a atuação judicial, ou seja, seriam os casos em que há uma distribuição formulada pelo legislador de maneira diversa da norma geral de repartição²¹⁹.

Nesse sentido, MONTERO AROCA²²⁰ aduz que as normas de inversão legal podem fazê-la de forma *direta* ou *indireta*. Assim, seria *direta* quando o legislador estabelece diretamente qual das partes deverá provar um determinado fato, como o faz no art. 343º do CC português e em diversos dispositivos brasileiros²²¹. Já a *indireta* seria feita através da instituição das *presunções legais relativas*, estudadas no tópico 1.4.

Dado a este fato, existe parcela da doutrina²²² que entende não existir na inversão legal *direta* uma efetiva “inversão”, mas sim seria uma simples repartição de modo diverso da norma geral e abstrata.

Com isso, o papel exercido pela *ope legis*, quer seja direta ou indireta, ganha bastante relevo perante o ônus subjetivo da prova, na medida em que não há necessidade de decisão judicial que inverta o encargo, por estar esse repartido de forma diversa previamente pela lei²²³. Assim, as partes, ao ingressarem na demanda, já saberão quais são os fatos que deverão ser por elas comprovados.

Por sua vez, a *inversão judicial* é aquela que é feita pelo magistrado, quando autorizado pela lei, que o faz perante o caso concreto. Oportuno destacar que, nos casos de em que é possível a *ope judicis*, a norma geral continua a prevalecer, só sendo excepcionada quando estiverem presentes os requisitos legais que permitam tal redistribuição e essa for determinada por decisão judicial.

Desta forma, é nítida a diferença entre as duas espécies de inversão, pois a *legal* é determinada pela lei e feita de forma anterior ao processo, enquanto a *judicial* é oriunda de

²¹⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 83.

²²⁰ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. p. 133-136.

²²¹ O legislador distribui de maneira direta nos seguintes casos, que serão citados a título de exemplo: art. 224, 646, 877, 1965, todos do Código Civil, assim como no art. 38 do CDC.

²²² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Idem.* e AROCA, Juan Montero. *op. cit.*, p. 137.

²²³ CABRAL, Érico de Pina. *op. cit.*, p. 344-345.

uma autorização legal, sendo determinada perante o caso concreto, ou seja, durante o processo.

Todavia, importante lembrar que, independente da espécie, a finalidade principal do instituto é de facilitar a produção probatória, nos casos em que com a aplicação da regra abstrata não seja possível dar plena efetividade a atividade jurisdicional.

Feito esse pequeno introito da temática, passaremos a analisar os dispositivos que tratam do instituto da inversão do ônus da prova, seguindo a mesmo paradigma, que é o da análise compara dos dois sistemas centrais do presente estudo.

Desta maneira, estudaremos no tópico seguinte o caso que mais chama a atenção da doutrina brasileira, por ser a única *judicial* prevista expressamente, com algumas de suas peculiaridades.

2.4.2.1 A inversão *ope judicis* do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

A Constituição de 1988 consagra a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica do Estado, de acordo com o art. 170, inciso V, além de estabelecer, em seu art. 5º, XXXII, que essa será promovida por meio de lei.

Assim, o legislador infraconstitucional editou o Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078/90, que trouxe entre os direitos basilares do consumidor, previstos no seu art. 6º, o inciso VIII²²⁴, que consagrou a possibilidade de inversão do ônus da prova, tal como já ocorria nos Estados Unidos da América desde 1916²²⁵.

Essa inversão, que é a única *judicial* autorizada no sistema brasileiro, tem como fundamento a reconhecida vulnerabilidade do consumidor²²⁶, prevista no art. 4º, I, do diploma consumeirista, pois entendeu o legislador que esse sujeito é sempre mais fraco, na relação de consumo, perante o fornecedor. Tal entendimento de proteção às desigualdades nas relações

²²⁴ 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;

²²⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 47. São Paulo: RT, 2003, p. 2001.

²²⁶ RODRIGUES NETTO, Nelson. *O direito fundamental de facilitação da defesa em juízo dos consumidores*. Revista de Processo. n. 193. São Paulo: RT, 2011, p. 112.

também serve de fundamento para a inversão do ônus da prova no Direito do Trabalho²²⁷, que o faz com base no princípio da proteção do trabalhador²²⁸.

Assim, para que o juiz possa, utilizando-se de suas máximas de experiência, inverter o peso probatório entre as partes, se faz necessário o preenchimento, que não necessariamente precisa ser cumulativos²²⁹, dos dois requisitos previstos no inciso VIII, quais sejam: a verossimilhança das alegações e sua hipossuficiência.

O requisito da verossimilhança é de fácil compreensão, pois pode ser entendido etimologicamente, ou seja, alegação verossímil é aquela que tem aparência de verdadeira.

Já a hipossuficiência do consumidor não deve ser entendida apenas no aspecto econômico. Essa é mais ampla, podendo ocorrer também por razões culturais, sociais ou técnicas, o que faz abranger todas as causas de grande dificuldade na comprovação da veracidade dos fatos²³⁰.

Importante ressaltar a diferença entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor. A primeira é tida pela lei como uma presunção absoluta, ou seja, em qualquer hipótese será o consumidor tido como vulnerável na relação de consumo. Por sua vez, a segunda é um fenômeno do campo processual e que só deve ser considerada pelo julgador após a análise do caso concreto²³¹.

Essa discrepância conceitual reforça a idéia de que a inversão do ônus da prova não é automática, como pensa a desembargadora CRISTINA TEREZA GAULIA²³², mas sim depende de prévia decisão judicial, como é regra nos casos de *ope judicis*.

Com isso, restando claro que é necessário o reconhecimento de pelo menos um dos requisitos para que o juiz possa, a seu critério, inverter o ônus, prevalece nas demandas de

²²⁷ PEREIRA, José Luciano de Castilho. *A questão da distribuição do ônus da prova*. Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. n. 4. Goiânia: KELPS, 1995, p. 148.

²²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 197.

²²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)*. Revista de Processo. n. 146. São Paulo: RT, 2007, p. 57.

²³⁰ ANDRADE, André Gustavo C. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões*. Revista de Direito do Consumidor. n. 48. São Paulo: RT, 2003, p. 90.

²³¹ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Código de Defesa do Consumidor anotado*. São Paulo: Rideel, 2009, p. 300.

²³² GAULIA, Cristina Tereza. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 40. São Paulo: RT, 2001, p. 87-88.

consumo a distribuição preconizada pelo art. 333 do CPC, só ocorrendo a *judicial* excepcionalmente²³³.

Atente-se ainda que a inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC pode ocorrer em virtude de requerimento do consumidor, pois essa será sempre em seu benefício, quer figure como autor ou réu do processo, ou mesmo de ofício pelo julgador, já que as normas protetivas deste diploma são consideradas de ordem pública, de acordo com o seu art. 1º.

Ocorre que o ponto de maior embate doutrinário e jurisprudencial deste tema dar-se com relação ao momento em que essa inversão deve ser operada. É que alguns, a exemplo de JOÃO BATISTA LOPES²³⁴, preconizam que essa deve ocorrer somente na sentença, por aduzirem que se trata de regra de julgamento, entendimento esse seguido por parte dos julgados²³⁵.

Por sua vez, a outra parte da doutrina²³⁶, a qual nos perfilhamos, que entende ser no saneamento do processo, ou seja, antes da fase instrutória, o momento mais adequado para inverter-se o ônus, por esse compactuar-se com o processo civil moderno, dando a possibilidade da parte se desvencilhar do encargo que passou a recair sobre ela, de modo a viabilizar o contraditório e a ampla defesa, sendo essa posição sumulada pelo TJRJ²³⁷.

Nessa esteira, pode-se perceber que a inversão prevista pelo art. 6º, VIII, do CDC, tem por finalidade de tentar equiparar as desigualdades processuais inerentes ao direito material em questão, pois o peso probatório irá recair sobre quem detêm as melhores condições de produzir a prova. Com isso, existe posição doutrinária²³⁸ que aponta ser este instituto uma aplicação da teoria da carga dinâmica. Assim, por ser essa objeto de estudo do terceiro capítulo, deixaremos para apreciar se tal assertiva é correta mais a frente.

Todavia, em que pese ser essa a única *ope judicis* autorizada na atual legislação, há diversos outros casos que reclamam por uma flexibilização das normas gerais de

²³³ MORAES, Voltaire de Lima. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 31. São Paulo: RT, 1999, p. 66.

²³⁴ LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. p. 51.

²³⁵ Acórdão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no REsp nº 203.225/MG, de 02/04/2002, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

²³⁶ MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. *O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo. n. 114. São Paulo: RT, 2004, p. 90.

²³⁷ Súmula n. 91: “a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não deve ser determinada na sentença”.

²³⁸ AGUIAR JR. Ruy Rosado. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor. n. 16. São Paulo: RT, 1995, p. 25 e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 75. São Paulo: Dialética, 2009, p. 113.

distribuição do ônus da prova, porque na prática há dificuldades em torno da produção probatória em juízo.

Assim, diante deste panorama que impede o efetivo exercício do direito à prova, é que a distribuição dinâmica do ônus probatório ganha relevo, como será demonstrado no capítulo seguinte.

2.4.2.2 Os casos de inversão previstos no artigo 344º do Código Civil português

Após analisarmos o caso o mais comentado de inversão do direito brasileiro, apreciaremos, neste último tópico do capítulo, o dispositivo que expõe as causas que invertem o encargo probatório no sistema português, qual seja o art. 344º do CC, de modo a seguir o mesmo paradigma da análise comparativa entre os ordenamentos centrais deste estudo.

Assim, em que pesem as posições doutrinárias que apontam haver inversões nos casos previstos no art. 343º do CC, o disposto no art. 344º do mesmo diploma elenca expressamente cinco situações em que o ônus da prova é invertido, a saber: quando houve presunção legal, convenção probatória, dispensa ou liberação encargo, quando se caracterizar impossibilidade na produção da prova por culpa da parte adversa e, por fim, sempre que a lei determinar. Assim, analisaremos de forma sucinta tais casos, respectivamente.

Já houve explanações a respeito dos dois primeiros casos citados no parágrafo anterior. Tratamos da temática das presunções legais no tópico 1.4 do presente estudo e ficou acentuada sua relevância no campo do direito probatório, principalmente com relação às presunções legais relativas, pois neste caso ocorrem inversões do encargo.

Com relação às convenções probatórias, o ordenamento português segue a mesma linha do brasileiro, ao permitir tais tipos de pactos, estando ainda previstos basicamente os mesmos limites, pois o art. 345º, nº 1 tem o mesmo conteúdo dos incisos do parágrafo único do art. 333 do CPC brasileiro.

O que poderia ser tido como uma diferenciação entre esses sistemas é a previsão do nº 2, que expõe serem nulos os contratos, desde que esses excluam meio de prova ou admitam algum diverso dos previstos na lei, além de prever que a violação à ordem pública também é causa de nulidade.

Por sua vez, o terceiro caso seria quando a lei *dispensar ou liberar o ônus da prova*. VAZ SERRA explica que há essa situação quando a lei declarar como certo um fato se outro não for provado em contrário²³⁹.

Ocorre que a partir desse conceito poderia surgir uma confusão com relação às presunções. Todavia, LYNCE DE FARIA²⁴⁰ aduz que enquanto nessas existe a necessidade de se provar os indícios, naquelas situações a lei tem por certo todo o fato em si, independente de qualquer prova.

A quarta hipótese de inversão do ônus da prova, que está prevista no art. 344º, nº 2, seria a gerada por conduta culposa de uma parte que inviabilize a produção probatória da onerada, estando essa intimamente ligada ao dever de cooperação, com fulcro no art. 417º, nº 2 do NCPC.

Neste ponto nos filiamos ao posicionamento de RUI RANGEL²⁴¹. Para esse jurista, deverá ocorrer a inversão quando o meio inutilizado for o mais convincente a formar o convencimento do magistrado, não sendo justa a redistribuição quando o instrumento probatório destruído ou escondido tiver fraca força probatória no caso concreto.

Por fim, existe ainda a possibilidade de inversão por determinação legal, estando esta prevista na parte final do disposto no art. 344º, nº 1.

A doutrina²⁴² entende que esse critério residual foi um exagero do legislador, pois não existe no ordenamento jurídico português nenhum caso que não se enquadre nas outras hipóteses já discutidas neste trabalho, podendo-se apenas admitir tal hipótese caso novas situações de inversão venham a ser criadas por lei.

Neste caminho, entendemos que embora o legislador português tenha tentado esgotar todas as hipóteses de distribuição do ônus da prova, especificamente com os artigos 342º, 343º e 344º, ainda restam alguns casos peculiares nos quais não é possível exercer, em toda sua plenitude, o direito à prova, em virtude da rigidez do sistema que ainda se encontra vigente.

Desta forma, no próximo capítulo, no qual trataremos as considerações atinentes à teoria da carga dinâmica, buscaremos aproximá-la, tanto do ordenamento luso, quanto do brasileiro, de modo a demonstrar como é possível sua aplicabilidade nesses, no intuito de

²³⁹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *op. cit.*, p. 98.

²⁴⁰ FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 39.

²⁴¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 197.

²⁴² FARIA, Rita Lynce. *op. cit.*, p. 53-54.

flexibilizar, excepcionalmente, o *onus probandi*, ensejando assim uma maior efetividade à tutela jurisdicional.

CAPÍTULO 3: A TEORIA DO ÔNUS PROBATÓRIO DINÂMICO

Como já dito em demasia no capítulo anterior, a Ciência Jurídica encontrou inúmeros percalços para elaborar uma norma geral, abstrata e fixa com o intuito de distribuir os encargos probatórios entre os sujeitos processuais. Prova disso foram as diversas teorias, trazidas na obra de ECHANDÍA e devidamente apontadas no presente trabalho, que tem por fito preconizar esse entendimento geral.

Apesar desses contratemplos, os legisladores conseguiram chegar a um consenso e estabelecer tais regras gerais, dando assim uma maior segurança jurídica às relações processuais, segundo pensamento, já exposto no presente texto, do célebre ROSENBERG.

Ocorre que a aplicação dessas normas de repartição do peso probatório pode gerar decisões injustas em determinados casos, por conta de sua natureza rígida. E é nesse contexto que o próprio legislador, ao perceber essas circunstâncias, positivou as situações de inversão do *onus probandi*, tendo por finalidade facilitar a produção dos meios, de modo a favorecer a efetividade da jurisdição e a igualdade material entre as partes no que tange ao direito à prova.

Porém, há certos casos do direito material que, embora não estejam enquadrados nas situações previstas de inversão, exigem também um tratamento diferenciado com relação à repartição do encargo²⁴³, para que se possa almejar uma tutela jurisdicional justa.

Perante este contexto, os tribunais passaram paulatinamente, no impulso de decisões judiciais que buscavam a justiça no caso concreto, a realizar a essa dita modificação necessária, na medida em que começaram a flexibilizar as regras fixas aplicação do peso probatório²⁴⁴.

Com isso, a partir dessas posições pretorianas, a doutrina começou a estimular a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, defendida primordialmente pelo jurista argentino JORGE W. PEYRANO e que já encontra adeptos em diversos países, tanto na América do Sul como na Europa, como será demonstrado mais a frente.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 262-263.

²⁴⁴ PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 15.

Tal entendimento visa dinamizar as normas rígidas de repartição do *onus probandi*, através de uma análise sistemática e constitucional, nas situações em que com a aplicação fixa dessas possa ocasionar uma supressão na eficácia da tutela prestada.

Nesse sentido, esta teoria, que é o objeto central da dissertação e será profundamente estudada neste capítulo, em todos os seus aspectos, quebra com a visão estática da interpretação das regras atinentes ao ônus da prova e o coloca como instrumento capaz de “alcançar a finalidade do processo, que não é a simples composição, mas sim a composição justa do litígio”²⁴⁵.

Assim, de maneira a melhor expormos os conteúdos desta interessante teoria, passaremos no próximo tópico a tratar dos princípios que servem de alicerce para esta visão moderna deste instituto, com o objetivo de melhor embasarmos a leitura sobre a temática principal deste trabalho.

3.1 Princípios Basilares da Teoria

Em todo estudo jurídico sobre determinada teoria é sempre salutar a exposição do momento em que esta surgiu, além dos princípios que a baseiam. Desta forma, não iremos fugir de tal método de análise.

É certo que a ideologia dominante quando da criação das normas gerais de distribuição dos encargos probatórios era a do Estado liberal, no qual caberia unicamente as partes a instrução do processo, estando essas satisfeitas com a dita descoberta da verdade formal.

Todavia, em meados do século passado, o ideal do liberalismo passou a perder força com o conseqüente avanço do dito Estado social. Tal mudança de pensamento repercutiu no mundo jurídico, de modo que deixou o processo de ser visto no campo privado e passou a ser mais publicista, com sua interpretação a ser feita à luz da Constituição²⁴⁶, além da ampliação dos poderes do juiz e da busca pela verdade material nos autos.

²⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil.*, p. 132.

²⁴⁶ COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. *A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional do processo.* Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 12. Belo Horizonte: *De jure*, 2009, p. 264.

Foi neste contexto que a teoria em estudo surgiu, pois era possível perceber que com a aplicação estática das regras distribuidoras ocorriam em determinados casos decisões profundamente injustas e atentatórias contra a função judicial²⁴⁷.

Com isso, é possível visualizar com este pequeno intróito que a teoria surgiu de uma análise constitucional do instituto do ônus da prova no processo civil, de maneira que os princípios que a fundamentam também possuem, em sua essência, a mesma natureza.

Neste caminho, os alicerces principiológicos desta visão moderna para a doutrina, de forma quase uníssona²⁴⁸, são: o acesso à prestação jurisdicional efetiva, a igualdade entre as partes, a cooperação entre essas e o magistrado, além dos poderes diretivos do juiz.

Assim, passaremos nos subtópicos seguintes a elucidar de que maneira tais pilares jurídicos sustentam a referida teoria, sendo oportuno ressaltar desde logo que a análise desses princípios não é incessante e que estes se entrelaçam, na medida em que suas pretensões não são de exclusividade²⁴⁹, pois o mencionado objeto do estudo pode ser extraído de apenas um ou do conjunto desses tais pensamentos norteadores.

3.1.1 O efetivo acesso à justiça

A expressão *acesso à justiça* não é de fácil definição, mas serve para ensejar duas finalidades básicas no ordenamento jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”²⁵⁰, de acordo com CAPPELLETTI e GARTH, em obra que não pode deixar de ser estudada sobre a presente temática.

Assim, continuam esses doutrinadores, o enunciado da referida expressão variou no decorrer do tempo. É que durante os séculos XVIII e XIX, período em que o liberalismo

²⁴⁷ RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 31.

²⁴⁸ Uma das obras que expõe todos os princípios norteadores da presente teoria é a da jurista WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 67-69.

²⁴⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.90.

²⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

esteve pujante, o seu conceito abrangia apenas o direito formal de o indivíduo apenas utilizar-se da tutela jurisdicional, de forma a promover ou contestar uma ação²⁵¹.

Esse paradigma formal do acesso à justiça mudou em meados do século XX, com a introdução nos ordenamentos jurídicos de novos direitos, como por exemplo: os sociais, econômicos, à saúde e à educação, pois não haveria razão de ser o cidadão titular dos mencionados direitos se não existissem mecanismos para *efetivá-los*²⁵².

O acesso efetivo à justiça também fez caracterizar o estudo sobre o moderno processo civil, no qual se deve reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, além de ser possível através de este enfoque adaptar o processo às peculiaridades do caso concreto²⁵³.

Nesta esteira da visão moderna, é comum às Constituições configurarem, por meio do princípio do devido processo legal²⁵⁴, o processo “não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”²⁵⁵, com a adequação de sua estruturação de forma a garantir aos titulares do direito uma prestação jurisdicional adequada²⁵⁶.

Desta maneira, é normalmente pressuposto essencial para o alcance de uma decisão justa que esteja presente nos autos a fiel reconstrução dos fatos controvertidos, o que só pode ser obtido através dos meios de prova, como bem aponta BARBOSA MOREIRA²⁵⁷, pois a debilidade probatória em nada se harmoniza com a efetividade da tutela jurisdicional²⁵⁸.

E é este o ponto do princípio do acesso à justiça que serve de base para a teoria que visa flexibilizar os encargos probatórios, pois, se estes forem distribuídos de forma que se

²⁵¹ *Idem*, p. 9.

²⁵² *Idem*, p. 11.

²⁵³ *Idem*, p. 12 e 71.

²⁵⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho. *O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004*. Revista de Processo. Vol. 138. São Paulo: RT, 2006, p. 83.

²⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 86.

²⁵⁶ BAZZANESE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo. Vol. 205. São Paulo: RT, 2012, p. 57.

²⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Revista de Processo, n. 53. Ano 14. São Paulo: RT, 1989, p. 130.

²⁵⁸ SOUZA, Artur César. *Justo processo ou justa decisão*. Revista de Processo. n. 196. Ano 36. São Paulo: RT, 2011, p. 483.

torne impossível ao interessado deles desincumbir-se, em último caso, estará sendo negada a prestação efetiva²⁵⁹.

Com isso, é a apreciação por meio da carga dinâmica que faz o instituto do ônus da prova passar a ser um instrumento eficaz e funcional à persecução da finalidade do processo²⁶⁰, adequando-se de forma coerente a evolução social e cultural ocorrida no Direito Processual Civil²⁶¹.

Ademais, a teoria ainda faz do processo uma verdadeira via de diálogo entre o Estado e a sociedade, pois enseja uma participação democrática das partes²⁶² que, dada a visão estática das normas de distribuição dos encargos, não conseguiriam produzir as provas que lhe eram convenientes em determinadas situações.

Assim, a análise constitucional do *onus probandi* faz com que este deixe de ter o caráter exclusivamente técnico de repartir os pesos probatórios entre as partes, de maneira a atingir mera igualdade formal entre essas, fazendo com que o referido instituto passe a assumir relevante função social, do mesmo modo que ocorre com o processo quando apreciado à luz da Lei Maior²⁶³.

3.1.2 Os poderes do juiz de direção e instrução do processo

Como já dito no início do tópico 3.1 do presente trabalho, ocorreu no século XX uma mudança na apreciação do processo civil, posto que este deixou de ser considerado como coisa das partes e passou a ter uma conotação mais publicista, fenômeno jurídico que recebeu a alcunha doutrinária de *constitucionalização* do referido ramo do Direito.

²⁵⁹ GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova e a Constituição*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 294.

²⁶⁰ Nas palavras de CALAMANDREI não é plausível outra concepção sobre a finalidade processual que não a seguinte: “o processo deve servir para conseguir que a sentença seja justa, ou pelo menos para conseguir que a sentença seja menos injusta, ou que a sentença injusta seja cada vez mais rara”. Este pensamento encontra-se exposto na seguinte obra: CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: Estudo sobre o Processo Civil*. Vol. III. Campinas: Bookseller, 1999, p. 181.

²⁶¹ SOUZA, Artur César. *op. cit.*, p. 485.

²⁶² MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 704.

²⁶³ LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo. n. 116. Ano. 29. São Paulo: RT, 2004, p. 36.

Nessa seara, o papel do juiz-árbitro, aquele estático e mero observador do embate entre as partes, tornou-se definitivamente ultrapassado²⁶⁴, pois a nova perspectiva do processo aduz a uma atitude mais positiva do magistrado, principalmente em na fase instrutória, pois, *em decorrência da onda de acesso efetivo à justiça*²⁶⁵, configurou-se necessário que o comando da atividade probatória ficasse nas mãos do órgão jurisdicional, até mesmo porque é a ele que as provas são, diretamente, direcionadas.

Essa condição ativa do magistrado, que é inerente ao princípio inquisitório, quando corretamente aplicado, proporciona-o uma melhor posição na direção do processo em conformidade com seu objetivo primordial, que é a exteriorização da verdade e da justiça nos autos²⁶⁶.

Assim, de acordo com CARNELUTTI²⁶⁷, a aplicação do inquisitório no campo probatório, que é amplamente dominado pelo dispositivo, não tende a guiar o processo para uma finalidade diversa, visto que, apesar de seguirem caminhos distintos, tais princípios pretendem chegar ao mesmo ponto, qual seja a justa composição, pois não deseja conferir ao juiz o monopólio das provas, mas apenas almeja retirá-lo das partes.

Com isso, uma tentativa de “reconduzir o juiz à posição de expectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantida”²⁶⁸, desfigurando o papel do novo processo civil.

Nesta perspectiva, TRÍCIA XAVIER²⁶⁹ afirma haver dois aspectos que envolvem os poderes do juiz: o primeiro que seria o *poder de direção processual*, enquanto o segundo seria o *poder instrutório em si*.

O poder de direção processual cabe ao magistrado, de modo que é seu dever, além de sentenciar e despachar, assegurar a necessária prontidão da justiça, como bem aponta

²⁶⁴ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais*. p. 153.

²⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios em busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 80. São Paulo: Dialética, 2009, p. 76.

²⁶⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *op. cit.*, p. 49 e 58.

²⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. p. 114-115.

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 5. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

²⁶⁹ XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. Revista de Processo. Vol. 159. São Paulo: RT, 2008, p. 199.

ANTUNES VARELA²⁷⁰, podendo dispor de medidas que tenham por objetivo evitar a consumação de situações capazes de frustrar a finalidade da jurisdição²⁷¹.

Entretanto, ao contrário do que parece alguns recear, confiar ao juiz um papel ativo na direção do feito não implica em instaurar um domínio do “autoritarismo” ou “paternalismo” processual²⁷², sendo essa uma das críticas que será logo a frente rebatida.

Já quanto ao poder instrutório em si, este possibilita ao magistrado produzir provas de ofício. Essa é a tendência nos ordenamentos ante a constitucionalização e o caráter publicista do processo e está presente em diversas culturas jurídicas, que são exaustivamente expostas na obra de BEDAQUE²⁷³.

Todavia, essa dita intromissão em um campo que era dominado pelas partes, apesar das palavras de CARNELUTTI trazidas na página anterior, causou certo questionamento acerca da sua correlação com o ônus da prova subjetivo, pois poderia a parte permanecer inerte, já que se tornou viável ao juiz sair de seu pedestal e buscar os meios de prova para melhor embasar sua decisão.

Contudo, esse pensamento não condiz com a realidade. É que a condição de o juiz produzir provas *ex officio* é um poder e não um ônus que recai sobre este sujeito. Assim, seria pueril a parte que não buscasse comprovar os fatos que lhe cabiam esperando que tal prova fosse trazida pelo magistrado, além do que a atividade deste é, via de regra, complementar e posterior a daquela²⁷⁴.

Desta feita, como bem aponta WETZEL DE MATTOS²⁷⁵, a única ligação entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova é que irão diminuir as decisões que o utilizam como regra de julgamento, visto que abrirá outro caminho para a entrada probatória nos autos, embora não as elimine, pois sempre é possível uma falha no contexto que deixe o julgador em dúvida acerca do fato controvertido.

²⁷⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio. *op cit.*, p. 476.

²⁷¹ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Poderes do juiz e princípio do contraditório*. Revista de Processo. Vol. 195. Ano 36. São Paulo: RT, 2011, p.287.

²⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 49. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 62.

²⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 89-91. Dentre os ordenamentos jurídicos que concedem amplos poderes ao juiz para a produção de ofício das provas encontram-se os seguintes: chileno, argentino, mexicano, francês, belga, além do brasileiro e português, que serão analisados no momento oportuno.

²⁷⁴ ALVIM, Arruda. *op. cit.*, p. 954.

²⁷⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 56.

Com isso, em que pese todas as considerações acima expostas, os poderes conferidos ao juiz, inerentes ao processo civil moderno, têm sofrido críticas²⁷⁶, pois tendem a deixar o juiz parcial e autoritário, sendo essas proferidas pela corrente conhecida como *garantismo processual*, que visa “*proteger o cidadão dos abusos do Estado caracterizado, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz*”²⁷⁷.

Neste norte, BARBOSA MOREIRA é um dos doutrinadores que mais rebate a crítica atinente à possível parcialidade do magistrado quando se utiliza de seus poderes, quer seja o diretivo ou instrutório em si.

De pronto, aponta o referido autor que a função do julgador não se coaduna com a de vidente, pois o referido sujeito não terá uma bola de cristal para saber o resultado da prova que ingressou nos autos em virtude de seus poderes²⁷⁸.

Ademais, supor que o juiz torna-se parcial quando determina ou viabiliza a produção de uma prova que acaba por favorecer uma parte equivale ao pensamento de que seria também parcial ao outro litigante, que se beneficiaria com a obscuridade acerca do fato em discussão²⁷⁹.

Oportuno ressaltar que o problema da parcialidade do magistrado está ligado à má conduta funcional, de modo que este sujeito não deveria atuar na fase instrutória, quiçá na postulatória e decisória, como bem aponta TRÍCIA XAVIER²⁸⁰.

Por sua vez, quanto à argumentação de que o juiz pode utilizar-se de forma autoritária dos poderes que lhe foram conferidos, esta não merece prosperar.

A priori, a questão de quando se fala em mecanismos autoritários no processo civil denota-se que estes foram incluídos no sistema por influência de regimes políticos que seguem a essa linha ideológica. Entretanto esta afirmação não é procedente, em parte.

TARUFFO²⁸¹, ao analisar a afirmação acima, resumiu que é verdade que normalmente nos sistemas com inspiração liberal o papel do órgão jurisdicional é passivo e

²⁷⁶ As críticas apontadas aos poderes concedidos ao juiz pelo processo civil moderno também são feitas a teoria da carga dinâmica do ônus probatório. Por isso, destaca-se a importância do mencionado tópico para o deslinde do presente estudo, o que, por consequência, requer um melhor detalhamento deste fundamento.

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 45.

²⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. p. 180.

²⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de Direito Processual – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

²⁸⁰ XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. p. 176.

²⁸¹ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile. n. 2. Ano 60. Milano: GIUFFRÈ, 2006, p. 456-457.

que o monopólio probatórios estar reservados às partes, como por exemplo o *adversarial system of litigation* do direito norteamericano ou mesmo o diploma processual italiano de 1865.

Por outro lado, também é verdade que em alguns sistemas com base em ideais autoritários, como o soviético, estenderam de forma demasiada os poderes instrutórios do juiz. Porém, conclui o renomado jurista, esta forma de pensar não esteve presente em todos os esses regimes, como por exemplo na Itália fascista e na Alemanha nazista.

Ademais, na mesma obra, o professor da Universidade de Pavia²⁸² diferencia a figura do *juiz ativo* do *autoritário*. Para o autor, o juiz é *ativo* quando ordena ou possibilita a produção probatória respeitando seu caráter complementar e excepcional às atividades das partes, enquanto o *magistrado autoritário* utiliza-se de tais poderes de forma a extirpar dos litigantes seus direitos e garantias inerentes ao processo.

Com tal exposição, é possível perceber que não há nada de autoritário na utilização dos poderes pelo juiz, pois em nenhuma hipótese são suprimidas as garantias das partes no processo. A confirmação disto é de que os métodos de espantar os fantasmas da parcialidade e do autoritarismo das atividades do magistrado é as submeter ao *contraditório* entre as partes, além da *motivação* dessas condutas ativas²⁸³.

Desta maneira, o julgador deve utilizar-se de seus poderes de forma a dar dinamismo ao processo, reproduzindo nos autos o retrato fiel da realidade jurídico-material, pois quando não tomar atitudes ativas ao visualizar determinado caso em que uma das partes é inferior à outra na produção probatória, dado a empecilhos inerentes ao direito material, tornar-se-á um “mero assistente passivo de um duelo entre um lobo e um cordeiro”²⁸⁴.

Dito isso, deve ao magistrado, por meio de sua conduta diretiva, retirar os obstáculos criados pela situação fática que se encontrarem a impedir o efetivo direito à prova de um dos litigantes, no intuito de melhor fomentar o ônus da prova subjetivo, irrigando assim os autos com mais meios, pois “julgar segundo as regras de julgamento de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar”²⁸⁵.

²⁸² *Idem*, p. 468-469.

²⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. p. 181.

²⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. p. 102 e 111.

²⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. Revista de Processo. n. 122. Ano 30. São Paulo: RT, 2005, p. 16.

Por fim, oportuno destacar a compatibilidade dos poderes de instrução com a teoria da carga dinâmica. No nosso entender, cabe às partes primordialmente levar ao processo os meios de prova, pois são estes sujeitos que vivenciaram os fatos controvertidos, estando, via de regra, inclusive mais próximos deles, de modo que a atuação *ex officio* do magistrado deverá ser complementar e excepcional aquela.

Entretanto, nem sempre a busca pela formação do contexto probatório ideal é possível à parte onerada, muito menos ao juiz, pois o sujeito que está em melhores condições de produzi-lo é justamente a contraparte que não carrega o peso probatório.

Com isso, é a partir do posicionamento ativo do órgão jurisdicional que será possível vislumbrar essa dita peculiaridade, de modo a atribuir o *onus probandi* ao sujeito que possua melhores condições de cumpri-lo, tendo esta atitude respaldo na efetividade da tutela prestada, além de alcançar a igualdade material entre as partes no deslinde, o que indiretamente garantirá aos poderes do juiz uma essência constitucional.

Deste modo, perfilhamos o entendimento de SUZANA CREMASCO, de que “os poderes instrutórios do juiz e a distribuição dinâmica do ônus da prova atuam, na verdade, como mecanismos complementares, que não se repelem, nem se excluem”²⁸⁶.

3.1.3 A igualdade material entre as partes no campo probatório

Para que o processo civil alcance sua finalidade precípua de fornecer aos jurisdicionados uma tutela efetiva é fulcral que as partes desfrutem rigorosamente das mesmas faculdades, pois o novo aspecto do acesso à justiça é inerente à igualdade de oportunidades, quer no campo da oferta de alegações, quer na seara da produção probatória²⁸⁷.

Neste caminho, a repartição dos encargos probatórios tem como fio condutor o princípio da justiça distributiva²⁸⁸, no qual se pretende atingir uma igualdade entre as partes, de modo a onerar cada uma dessas com a prova dos fatos que pretendem arguir em juízo.

²⁸⁶ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 84.

²⁸⁷ GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. n. 9. Ano VII. Campos dos Goytacazes: FDC, 2006, p.126 e 140.

²⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, p. 448.

Todavia, essa igualdade como base da análise aristotélica de justiça²⁸⁹ não tem sido concretizada em determinadas situações do direito material levado ao Judiciário, posto que nem sempre é possível atingir essa dita paridade de condições por meio de fórmulas gerais e abstratas²⁹⁰.

Assim, as normas distribuidoras do encargo, por possuírem as características acima mencionadas, apenas conseguem, via de regra, estabelecer uma igualdade formal entre as partes no processo, o que acarreta uma disparidade dessas na fase instrutória de determinados casos peculiares.

Por isso, mostra-se necessário o papel mais ativo do juiz para que se consiga suprimir ou reduzir essa desigualdade material existente entre as partes, de modo que seja atingida a plenitude do direito à prova, de maneira a possibilitar uma melhor efetivação da tutela jurisdicional a ser prestada.

Nesse sentido, o juiz, como diretor da causa, terá o poder-dever²⁹¹ de sempre tentar assegurar a igualdade material entre essas, no intuito de possibilitar as mesmas condições de apresentar ou pedir a prática probatória, devendo essa paridade ser encarada em todo o processo, além de levar-se em conta as discrepâncias intrínsecas às posições processuais²⁹² e a natureza do litígio.

Ademais, tendo em vista que haverá uma conduta ativa do magistrado quando este vislumbrar em uma ação que uma das partes está em posição superior à outra com relação à prova, deverá este sujeito sempre estar vinculado às regras de imparcialidade e equidistância²⁹³, do mesmo modo quando busque as provas por sua própria iniciativa.

Desta forma, como é possível essa condição de superioridade de um dos litigantes sobre o outro, é legítimo no processo civil o uso de medidas destinadas a reequilibrar os

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 263.

²⁹⁰ SANTOS, Igor Raatz. *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. Revista de Processo. Vol. 192. São Paulo: RT, 2011, p. 57.

²⁹¹ PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 617 e ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. p. 31.

²⁹² FREITAS, José Lebre. *A igualdade de armas no direito processual civil português*. Revista O Direito. n. 124. Lisboa: Associação Promotora de O Direito, 1992, p. 621.

²⁹³ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 112-113.

sujeitos e permitir que estes atuem em paridade de armas²⁹⁴, sendo um exemplo claro para tal afirmação a aplicabilidade da teoria do ônus dinâmico da prova.

É que, por vezes, as normas abstratas de distribuição do encargo da prova podem inviabilizar o alcance de uma decisão justa no processo, pois uma das partes pode não possuir condições de cumprir o ônus que lhe fora previamente fixado, dado a rigidez inerente a este sistema.

Com isso, a teoria estudada ganha relevo no cenário jurídico atual, que prima pela tutela efetiva, já que o juiz, ao perceber que a parte não onerada possui melhores meios de produzir a prova, irá redistribuir o ônus, aplicando-o sobre esse sujeito melhor posicionado, com o intuito de buscar a verdade real do fato, além de resgatar a igualdade material na causa.

Assim, a flexibilização do *onus probandi*, quando presente as condições que a ensejam, funciona como *filtro isonômico do direito fundamental à prova*, como bem pontua ARTUR CARPES²⁹⁵, de modo que se torna instrumento eficaz ao acesso à justiça efetiva.

3.1.4 O princípio da cooperação

Com a implementação da colaboração processual entre os sujeitos tem-se que fora instaurado um novo modelo social do processo civil²⁹⁶, em contraposição ao modelo liberal que predominava nos séculos XVIII e XIX.

Desta maneira, o intuito deste princípio é o de criar uma nova cultura jurídica, que vise estimular o diálogo aberto entre todos aqueles que façam parte do processo, com o objetivo central de almejar uma solução mais adequada ao caso posto em apreciação ao Judiciário²⁹⁷.

De acordo com TEIXEIRA DE SOUSA, a cooperação tem duplo destinatário no processo, ou seja: dirige-se tanto às partes, quanto ao tribunal, de modo a formar uma

²⁹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 60.

²⁹⁵ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. p. 86.

²⁹⁶ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. p. 58-62.

²⁹⁷ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. p. 88.

verdadeira “comunidade de trabalho” (*arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*), responsabilizando-os pelos resultados gerados²⁹⁸.

Em relação às partes, tem-se que essas devem agir entre si com respeito ao princípio da boa-fé²⁹⁹, que lhes impõe o dever de sinceridade³⁰⁰ e cujo desrespeito configura o instituto da má-fé processual³⁰¹.

Por isso, em que pese no processo os litigantes atuarem com a parcialidade que lhes é inerente, devem esses sujeitos sempre prezar por condutas éticas e probas. Por isso, tornou-se usual a doutrina comparar a demanda com a prática esportiva, de forma que a parte, embora deseje que o magistrado lhe der ganho da causa, deverá sempre atuar com *fair play processual*³⁰².

Por sua vez, a aplicação do princípio da cooperação direcionada aos tribunais faz surgir um verdadeiro poder-dever, que se desdobra, didaticamente, em outros quatro deveres³⁰³, que serão abaixo analisados de forma sucinta, por não ser este o objetivo principal do trabalho.

O *dever de esclarecimento* impõe ao magistrado a obrigação de dialogar com as partes quando houver algum ponto nebuloso quanto a suas alegações, pedidos ou posições em juízo³⁰⁴. Assim, por exemplo, caso o juiz não tenha certeza sobre o preenchimento de determinada condição do direito material discutido, deverá buscar esta informação com quem a alegou em juízo.

O *dever de consulta*, de acordo com FREDIE DIDIER JR.³⁰⁵, aponta que o juiz não poderá decidir sobre matéria de fato ou de direito sobre a qual os sujeitos não tenham tido possibilidade de se pronunciar, mesmo que possa essa questão ser conhecida *ex officio*. Este dever está intimamente ligado à democratização do processo e à igualdade, pois irá prestigiar a participação de todos na lide.

²⁹⁸ SOUSA, Miguel Teixeira. *op. cit.*, p. 62.

²⁹⁹ GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. n. 4. Padova: CEDAM, 1966, p. 600-601.

³⁰⁰ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. p. 151.

³⁰¹ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. p. 62-63.

³⁰² SANTOS, Igor Raatz. *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. p. 66.

³⁰³ SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 2000, p. 57.

³⁰⁴ GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 6. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50.

³⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. p. 17-18.

Já o *dever de prevenção* é caracterizado pelo convite ao aperfeiçoamento das peças processuais, como, por exemplo, a especificação de um pedido indeterminado ou a individualização das parcelas de um montante que só fora globalmente identificado³⁰⁶.

Por fim, temos ainda o *dever de auxílio*, cujo conceito extraímos da obra e TEIXEIRA DE SOUSA, por ter contemplado sua essência: “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”³⁰⁷.

Assim, é por meio deste poder acima conceituado que a doutrina³⁰⁸ embasa a aplicação da teoria do ônus da prova. É que o princípio da cooperação, como todos os mecanismos analisados à luz do novo processo civil, tem como finalidade principal a prestação da tutela de modo efetivo, de modo a concretizar a justiça no caso concreto.

Desta feita, há casos em que a própria distribuição estática do ônus probatório gera obstáculos ao acesso efetivo à justiça. Com isso, o tribunal deverá, cumprindo seu dever de auxílio, inerente à colaboração, dinamizar o encargo, de modo a desobstruir o caminho probatório, atribuindo o peso a quem se encontre em melhor posição de provar, como nos ensina MITIDIERO³⁰⁹.

3.2 Conceito, Origem e sua Presença em alguns Ordenamentos Jurídicos

A primazia do dispositivo no campo probatório tem perdido força no processo civil moderno, no qual o acesso à justiça, além de uma visão de solidariedade, tem angariado respaldo, na medida em que as partes não devem se ater a uma distribuição formal para atuarem em juízo na busca da verdade material³¹⁰.

³⁰⁶ *Idem*, p. 19.

³⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. p. 67.

³⁰⁸ TEPSICH, María Belén. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 163.

³⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 94.

Essa visão é possível através da aplicação do princípio da cooperação no âmbito do direito probatório, que é bastante difundida em Portugal. Com isso, será melhor analisada a concentração do princípio neste campo, e por consequência a possibilidade de aplicação da teoria neste ordenamento, no último tópico do presente trabalho.

³¹⁰ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. Revista dos Tribunais. Vol. 788. Ano 90. São Paulo: RT, 2001, p. 101-102.

Com isso, caso a repartição estática do *onus probandi* cause uma violação ao direito à prova, de modo a limitar, restringir ou mesmo vedar uma fonte ou meio, haverá uma aplicação inconstitucional de tais normas, visto que restará inútil a ação judiciária, pois configurar-se-á uma violação oculta à garantia do devido processo legal, de acordo com DANILO KNIJNIK³¹¹.

Neste caminho, por força jurisprudencial, como já mencionado outrora, passou a ser discutida a possibilidade de adequação das normas de distribuição dos encargos a esta visão moderna do processo, de forma a dinamizá-las, com o intuito de atingir uma justa composição do litígio.

Deste panorama, desenvolveu-se na Argentina, ordenamento no qual se proliferou o referido entendimento pretoriano, a chamada teoria da *carga probatoria dinámica*, cuja definição, de acordo com seu precursor JORGE W. PEYRANO, deve-se lançar mão da lançada pela *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Processual e Informático*, celebradas em 1992, onde a comissão de Direito Processual declarou que a referida doutrina importa no deslocamento do ônus da prova, segundo as peculiaridades do caso, devendo aquele recair na cabeça da parte que está em melhores condições de produzir a prova, independente da posição processual ou da natureza do fato³¹².

A teoria³¹³ quebra com a análise rígida do referido instituto, pois este passa a ser apreciado de acordo com as condições específicas da lide posta em análise ao Judiciário. Essa readaptação do ônus leva em consideração as aptidões probatórias das partes de acordo com a realidade fática, desprendendo-se das condições estabelecidas de forma prévia e abstrata, com o intuito de ensejar o pleno direito à prova dos litigantes.

Um dos pontos cruciais para o mencionado entendimento é a imposição do encargo, ante o caso concreto, independente de enfoques apriorísticos, pois o flexibiliza sem

³¹¹ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 943.

³¹² PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 19-20.

³¹³ A teoria também recebe outros nomes, a saber: ônus dinâmico da prova, ônus da prova compartilhado, ônus probatórios dinâmicos, doutrina da prova compartilhada, prova compartilhada, princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional. As duas últimas denominações foram trazidas por PEYRANO, Jorge W. *Ibidem*, enquanto as demais por WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. p. 69.

levar em conta a posição processual das partes ou da natureza do fato a ser provado³¹⁴, pois esses critérios são a causa da rigidez dos sistemas que os estabelecem como parâmetros de suas normas distribuidoras, conforme pensamento já exposto de ECHANDÍA³¹⁵.

Dado a isso, quando da aplicação da teoria ora em estudo, tem-se que ambas as partes passam a ser oneradas, em especial a que possuir melhores condições de aderir a prova ao processo, de acordo INÉS WHITE³¹⁶, até por isso, segundo ARAZI³¹⁷, a denominação *dinâmica* é a mais adequada, tendo em vista sua mobilidade entre as partes perante as minúcias do caso concreto.

Entretanto, a aplicação da doutrina da prova compartilhada não exclui de modo algum as regras estáticas do ônus probatório, devendo sua aplicação ser excepcional e somente nos casos extremos em que a distribuição conduzisse a consequências manifestamente indesejadas³¹⁸, que seriam a privação do direito à prova e por seguinte a inviabilidade de o magistrado alcançar a verdade no processo.

Assim, há a possibilidade de convivência processual harmônica entre esses dois modos de apreciação do ônus, pois estes se complementam, na medida em que o encargo será flexibilizado quando as normas gerais e abstratas levarem o processo a decisões injustas, nas quais haverá a configuração da chamada *probatio diabolica*, sendo esta expressão conhecida pela doutrina como aquelas situações em que a prova do fato é de produção impossível ou extremamente difícil para o onerado, não havendo qualquer meio capaz de demonstrá-lo³¹⁹.

Desta forma, a teoria da carga dinâmica pretende fortalecer o aspecto subjetivo do ônus, pois irá estimular os litigantes, notadamente o que possui melhores condições, a produzir as provas essenciais ao deslinde da questão, de maneira a encharcar o processo de meios com os quais haverá condição de o juiz decidir de maneira justa, já que, conforme já dito, o acesso efetivo à justiça não é compatível com a escassez probatória.

Por isso, acertada é a posição de DANILO KNIJNIK, que assevera ser o ônus dinâmico um instrumento capaz de evitar a formação de provas diabólicas, não podendo “ser

³¹⁴ AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 136.

³¹⁵ A referida ponderação de ECHANDÍA fora exposta na p. 62, nota 188 do presente trabalho.

³¹⁶ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. p. 60.

³¹⁷ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. p. 85.

³¹⁸ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. p. 21.

³¹⁹ MELENDO, Santiago Sentís *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005, p. 12.

aplicado para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado³²⁰, pois se assim o fosse seria um estímulo ao marasmo na fase instrutória da ação.

Vislumbrado o cerne da teoria, que tem por fim primordial a busca da verdade, deverá ser inerente ao julgador que a aplique, quando estiverem presentes as condições que o permitam a tomar tal atitude, ao passo que se assim não agir estará sendo, de modo inconsciente, cúmplice da injustiça³²¹.

Oportuno neste ponto é externar uma resposta à metáfora de ROSENBERG trazida ao texto no tópico 2.4³²², visto que caso o magistrado deixe de governar o barco do processo seguindo a estrela da justiça, irá transfigurar-se na figura da mitologia grega do barqueiro *Caronte*, já que conduzirá as partes ao inferno processual, que é a injustiça.

Destarte, ponto importante é o da valoração motivada das provas obtidas por meio da aplicação do ônus probatório dinâmico. É que pode ocorrer de a parte que detiver melhores condições de produzi-la também as tenha de desvirtuá-las em seu proveito³²³, o que de modo algum desvaloriza a mencionada doutrina, pois presumi-se que as partes atuem no processo de boa-fé.

Assim, tem-se que o berço da teoria é o ordenamento argentino, cuja primeira declaração doutrinária pública ocorreu nas *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*, em 1992, sendo tida por recepcionada pelo *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, em 1993, com fulcro em CARLOS CARBONE³²⁴.

Já na jurisprudência, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, desde 1957 reconheceu, implicitamente, a doutrina, em um caso que tratava do enriquecimento ilícito de um funcionário, tendo o mesmo tribunal, de forma expressa, a utilizado em um caso de responsabilidade civil médica, no ano de 1997. Atualmente, a doutrina tem aplicação em solo argentino em diversos casos, como por exemplo: em acidentes de trânsito, contratos de seguro

³²⁰ KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 947.

³²¹ AIRASCA, Ivana María. *op. cit.*, p. 138.

³²² A citação bibliográfica da metáfora encontra-se na p. 57-58, nota 171 desta dissertação.

³²³ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. p. 88.

³²⁴ CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 213-214.

e de garagem, locação de obra, responsabilidade médica, dentre outros citados por INÉS WHITE³²⁵.

Ademais, essa expansão da aplicação da doutrina na Argentina fez com que esta saísse da esfera civilista e passasse a ser aplicada em outros ramos do Direito, como o Comercial, Laboral, Bancário, de Família, Seguros³²⁶ e até mesmo Penal³²⁷.

Todavia, em que pese a teoria em estudo ter seu desenvolvimento nesse país sul-americano, é fato que sua raiz ideológica é mais longínqua.

A afirmação acima encontra guarida na obra do jurista inglês BENTHAM, que no capítulo XVI de seu *Tratado de las pruebas judiciales* menciona que “la carga de la prueba deve ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la prueba aportar com menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.”³²⁸.

Desta maneira, a corrente capitaneada por PEYRANO adaptou os ideais desse eminente jurista que viveu entre os séculos XVIII e XIX. A única diferença notória entre esses dois pensamentos é que BENTHAM previa que o encargo probatório caberia à parte com melhores condições como *regra geral*, enquanto o argentino e seus seguidores aduzem que esta aplicação ocorrerá de *modo excepcional*, somente quando as normas gerais e abstratas direcionarem as partes à prova diabólica.

Por fim, dedicaremos as linhas seguintes a tratar da concretização da teoria nos ordenamentos em que essa já é aplicada, como nos propusemos no cabeçalho do tópico.

³²⁵ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. p. 70-73.

³²⁶ LEGUISAMÓN, Héctor E. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 116 e 120-121.

³²⁷ A aplicação da teoria no Direito Penal merece melhor análise. Há precedente na Argentina quanto ao delito de enriquecimento ilícito de funcionários e empregados, no qual caberia ao acusado provar a legalidade do seu enriquecimento e não o Estado que este ocorreu de forma ilícita, entendimento defendido por ACOSTA, Daniel Fernando. *Cargas probatorias dinámicas y proceso penal*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

Todavia, não concordamos a aplicabilidade neste ramo do Direito. É que o ônus da prova tem uma peculiaridade no processo penal, que é o princípio *in dubio pro reu*, ou seja, caso haja dúvidas ao julgador no momento de decidir, deverão estas favorecer ao acusado, inexistindo o aspecto objetivo do ônus, o que faz gerar a presunção de inocência do réu, pois não se pode obrigá-lo a declarar-se culpado ou juntar provas contra si, de acordo com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

³²⁸ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 407.

Como não poderia deixar de ser, a teoria está positivada na Argentina, tanto no CPCCN, que o faz de modo genérico em seu art. 377³²⁹, quanto nos diplomas das províncias de La Pampa (art. 360³³⁰), Corrientes (art. 377³³¹), além do Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (art. 139.2³³²) o fazem de maneira mais específica.

A referida doutrina também encontra respaldo no Direito Processual alemão, no qual adotou o nome de *beweisumkehr*, que significa “trânsito cambiante ou em sentido contrário da prova”. De acordo com CARLOS CARBONE³³³, o ônus dinâmico sempre foi reconhecido na Alemanha, onde se opera tanto através de indícios, provas indiretas, como também por meio de presunções, tendo aplicação pretoriana em casos de responsabilidade médica com culpa grave, responsabilidade em matéria de consumidores, dever de esclarecimento e comunicação em negócios jurídicos, Direito Laboral e Ambiental.

Já na Espanha a teoria encontra-se positivada no art. 217.7³³⁴ da LEC, embora o ônus da prova já estivesse sendo aplicado de forma flexível pelos tribunais desde a vigência do derogado art. 1214 do CC, cuja repartição do ônus não era absoluta e fixa³³⁵, tendo recebido a nomenclatura neste ordenamento de *doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria*.

Assim, o referido dispositivo introduziu esses critérios para que o juiz possa, ante ao caso concreto, flexibilizar o encargo, adequando-se com a *Exposición de Motivos* da LEC e o art. 24 da Constituição espanhola, que preveem como necessidade social um processo efetivo³³⁶. O critério da *disponibilidad*, que é derivado do dever de colaboração, aduz que o

³²⁹ Art. 377: Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

³³⁰ Parte final do art. 360: Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.

³³¹ Parte final do art. 377: Las directivas contenidas en esta norma se adecuaran al deber de colaboración de las partes, si, por razón de la habitualidad, especialización u otras condiciones, la atención de la carga ha de entenderse que es a la parte contraria a quien corresponde según las particulares del caso.

³³² Art. 139.2: La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

³³³ CARBONE, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 210-211.

³³⁴ Art. 217.7: Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

³³⁵ GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño; DIEGO, Rosa Gómez de Liaño. *Ley de Enjuiciamiento Civil: notas e doutrina de tribunales*. 1. ed. Pamplona: CIVITAS, 2008, p. 461-462.

³³⁶ PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEY 1/2000)*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 180.

encargo passará a ser da parte que não está onerada, por essa possuir os meios probatórios. Esse critério subdivide-se em *material*, que corresponde a parte ter meio de prova, e *intelectual*, o qual corresponde ao sujeito ter o conhecimento do fato³³⁷.

Já a *facilidad*, oriunda da boa-fé, é mais ampla que o anterior, pois embora o litigante onerado tenha condições de provar o fato que a lei lhe incumbe, é a contraparte que se encontra em posição mais fácil e menos gravosa de levar a prova ao processo³³⁸.

Todavia, MONTERO AROCA³³⁹ aduz, de forma brusca, que o art. 217.7 não reconheceu a teoria do ônus dinâmico da prova, pois os critérios daquele são muito anteriores à exposição dessa. Complementa ainda o jurista espanhol que os autores da atual LEC não necessitaram ir à Argentina para reconhecer na lei um conceito sobre como analisar o encargo probatório que já estava presente durante décadas na doutrina e jurisprudência hispânica.

Data venia, não concordamos com este posicionamento acima transcrito. Entendemos que a *doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria* e a teoria da carga dinâmica possuem os mesmos pilares, essências e finalidades, que seriam a adequação do ônus às peculiaridades do caso concreto, quando as normas gerais conduzam as partes à prova diabólica, não havendo, com isso, nenhum fundamento para diferenciá-las.

3.3 A Posição de quem está em Melhores Condições de Produzir a Prova

Após a exposição dos aspectos gerais da teoria, é salutar tratarmos de trecho importante de seu conceito, qual seja “a parte que esteja em melhores condições”.

Todavia, dada da generalidade desta expressão, surge a pergunta: como definir que a parte está em melhores condições de produzir a prova?

O papel ativo do juiz nesta seara é destacado por ARAZI³⁴⁰, que considera a valoração das circunstâncias peculiares do caso, mediante suas regras de experiência, como modo de apreciar qual das partes encontra melhores mecanismos de produzir a prova no processo.

³³⁷ MÉNDEZ, Susana Pazos. *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*. In. LLUCH, Xavier Abel; JUNOY, Joan Picó (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007, p.85.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. p. 131.

³⁴⁰ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. p. 84.

Neste caminho, nas palavras de BARBERIO, que possui artigo sobre esta temática, a melhor posição pode ser fundada em razões profissionais, técnicas, jurídicas e econômicas, além de a jurisprudência ter entendido que caberia ainda neste rol a posse dos meios de prova ou a questão de a parte ter participado diretamente do fato controvertido³⁴¹.

A doutrina prova compartilhada visa reestabelecer a igualdade material na fase instrutória, pois o encargo será direcionado à parte que, *a priori*, estava em posição superior, por saber que tinha melhores meios de provar o fato sobre o qual a contraparte estava onerada e mantinha-se inerte, no intuito de prejudicá-la com os malefícios processuais inerentes ao descumprimento do ônus, o que poderia causar uma injusta decisão.

Importante lembrar o pensamento exposto outrora de que a teoria não pode ser utilizada de modo a encobrir a inércia do litigante legalmente onerado. Com isso, cabe a este provar que a contraparte possui melhores mecanismos de produzir a prova, ao mesmo tempo em que terá de demonstrar que se encontra diante de uma prova diabólica, até porque caso aquele possua condições mínimas de provar, terá que fazê-lo, não importando a superioridade do outro³⁴².

Desta maneira, pode-se perguntar o que será feito nas situações em que a prova da melhor condição da parte adversa for de impossível ou de difícil produção? Em resposta, com a qual concordamos, a doutrina aduz que poderá o juiz valer-se ao menos de indícios de tal posição, pois se assim não fosse tornar-se-ia a doutrina uma regra fixa de distribuição, na qual provaria quem estivesse em patamar superior em relação com a prova³⁴³.

Por fim, importante observar antes de aplicar a teoria se esta irá causar o problema da prova diabólica reversa. Essa hipótese ocorre quando a parte dinamicamente onerada também se encontrar com dificuldades de produzir a prova, de acordo com ARTUR CARPES³⁴⁴.

A questão da prova diabólica reversa ressalta a atenção que deve ser tomada na utilização da teoria, pois aquela a desvirtua, na medida em a impossibilidade de exercício pleno do direito à prova será transferida das mãos do legalmente encarregado para a parte

³⁴¹ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 101.

³⁴² *Idem*, p. 104.

³⁴³ *Idem*, p. 103.

³⁴⁴ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*, p. 94.

adversa, quebrando assim com paradigmas da doutrina, como a justa composição do litígio e a igualdade entre as partes, o que faz sê-la combatida³⁴⁵.

3.4 O Momento Adequado para sua Aplicação

Ponto de grande divergência é o de saber em qual momento a teoria da carga dinâmica deve ser aplicada.

Grande parte dos autores argentinos defendem que o momento ideal é na *sentença*. Todavia, este entendimento recebe a crítica de poder causar surpresa à parte dinamicamente onerada, restringindo-lhe seu direito de ampla defesa.

Entretanto, seus adeptos rechaçam essa crítica. INÉS WHITE³⁴⁶ aduz que a parte que passar a ser onerada através da teoria não poderá alegar surpresa, pois essa só foi imposta no processo por conta de sua falta de cooperação, ao não levar de pronto as provas ao processo. Por sua vez, MIRYAM FAURE³⁴⁷ aponta que não há qualquer possibilidade de a parte surpreender-se, já que a doutrina é de conhecimento notório, enquanto BARBERIO³⁴⁸ afirma não perceber vantagem alguma caso seja imposta em momento anterior, além do fato de que o juiz só poderá atuar depois de apreciar todo o contexto do processo.

A corrente divergente anuncia que o mais adequado é aplicá-la na *audiência preliminar*. ARAZI³⁴⁹ filia-se a este posicionamento, que está presente na Argentina no anteprojeto de reforma do CPCCN de 1993-1994, além de ter sido uma das conclusões do *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, em 1993.

Para seus defensores³⁵⁰, é na audiência preliminar, pois neste momento há um verdadeiro diálogo entre as partes e o juiz, de modo que esse poderá já perceber, após a

³⁴⁵ PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 96.

³⁴⁶ WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. p. 73.

³⁴⁷ FAURE, Miryam Balestro. *La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 336.

³⁴⁸ BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?*. p. 105-106.

³⁴⁹ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. p. 87-88.

³⁵⁰ Dentre os defensores dessa corrente podemos citar: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.*, p. 101-102 e KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 948.

presença dos articulados, se há uma violação ao direito à prova e qual daquelas está em melhores condições.

Concordamos, em parte, com este entendimento. O ônus ser dinamizado na audiência preliminar traz diversas vantagens ao processo, pois é nesta que as partes estarão no mesmo ambiente em que o magistrado irá proferir a decisão de flexibilizar o encargo, podendo com isso tecer suas devidas argumentações. Ademais, para que o litigante possa cooperar e cumprir o encargo faz-se necessário que seja avisado com antecedência, além de respeitar diversos princípios, como o contraditório, igualdade, devido processo legal, publicidade e da segurança jurídica, posto que o sujeito não será surpreendido com a modificação das normas de distribuição.

Esse entendimento, que se assemelha ao momento em que o juiz brasileiro irá inverter o ônus nas relações de consumo, está em plena adequação à teoria, pois como esta preza pelo respeito ao direito à prova, deve com sua aplicação haver a tempo de a parte cumprir o encargo que foi flexibilizado, o que não ocorre caso seja feita apenas na sentença,

Sucedendo que restringir a aplicação da doutrina da prova compartilhada ao momento da audiência preliminar é não antever problemas futuros, como o da *carga superveniente*, tratado na obra de SUSANA CREMASCO³⁵¹. Tal situação ocorre quando, por conta de uma alteração fática superveniente, a parte dinamicamente onerada passar a ver-se diante de uma prova diabólica.

Nessa situação a referida autora aponta dois caminhos, aos quais concordamos plenamente. O primeiro seria, ao reanalisar o caso concreto, o julgador verificar se o litigante *a priori* encarregado passou a ter condições de provar, já que essa alteração fática do contexto pode ser global e modificar a condição de ambas as partes.

O outro caminho, que não é visto como ideal, mas como o mais justo, é de reconduzir-se o ônus à parte onerada pela lei, mesmo que essa continue diante das mesmas dificuldades ou impossibilidade de provar, pois seria a vontade do legislador, ao estabelecer as regras de distribuição estáticas, encarregar o sujeito que já estava em melhor condição.

Dito isso, perfilhamos com o entendimento de MARINONI e MITIDIERO³⁵², que vislumbram a possibilidade de o encargo ser dinamizado não só na audiência preliminar, mas também nas fases seguintes. Desta forma, caso o sujeito onerado perceba, já na fase de

³⁵¹ CREMASCO, Susana Santi. *op. cit.*, p. 92-93.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 336.

instrução, que está diante de uma prova diabólica, poderá informar sua impossibilidade ao juiz que, ao ouvir o outro litigante, decidirá sobre a flexibilização.

Nesta esteira, poderá também o magistrado, momentos antes de sentenciar, perceber que a contraparte possuía melhor posição perante a prova, de forma que caberia a essa demonstrar a ocorrência ou não do fato controvertido. Com isso, deverá o julgador, cumprindo seus deveres de cooperação, chamar as partes a se manifestar sobre este posicionamento, com a conseqüente reabertura da fase instrutória no processo.

Por fim, salutar esclarecer que entendemos haver a possibilidade de aplicação da teoria tanto por requerimento das partes, visto que são estes os sujeitos que estarão diante das provas diabólicas, como *ex officio* pelo tribunal, não causando essa qualquer violação à garantia de defesa das partes³⁵³, já que o órgão julgador só assim o fará quando estiverem presentes todos os requisitos que ensejem tal atitude, além da necessária comunicação aos litigantes da decisão.

3.5 Os Critérios Necessários à sua Determinação

O fim primordial da teoria da carga dinâmica é o de facilitar o pleno exercício do direito à prova, quando uma das partes encontrar-se perante dificuldades ou impossibilitada de exercê-lo por conta da rigidez inerente às normas de distribuição abstratas dos encargos probatórios.

Com isso, quando o juiz estiver diante de um caso concreto com a referida condição, deverá alterar a aplicação de tais regras gerais, de modo a adequá-las à Lei Maior e os princípios processuais nela inseridos, tais como o da igualdade e do acesso efetivo à justiça.

Todavia, faz-se necessário o estabelecimento de critérios para a utilização de tais poderes pelo juiz, sob pena de ocorrer no processo algum tipo de arbitrariedade ou autoritarismo.

Desta maneira, visando evitar a aplicação anômala da teoria, a doutrina passou a preconizar critérios, de natureza *material e processual*, para que o tribunal possa utilizar-se da dinamização do *onus probandi* de maneira segura e coerente.

³⁵³AIRASCA, Ivana María. *op. cit.*, p. 140.

Esses limites, que já foram apontados no presente trabalho, são de fácil percepção ao leitor das páginas anteriores deste presente estudo, pois o cerne principal desses é de evitar que com a aplicação da teoria haja uma violação dos fundamentos que a ensejam.

Assim, tem-se que os requisitos *materiais*³⁵⁴ da doutrina são: a configuração de prova diabólica para sujeito legalmente onerado, a posição privilegiada quanto à produção probatória da contraparte não encarregada pela lei e a não ocorrência de dificuldade reversa com a imposição da teoria.

DANILO KNIJNIK³⁵⁵ aponta ainda outras duas circunstâncias que possibilitam a dinamização do ônus, a saber: quando a inviabilidade da prova pelo *a priori* encarregado se verificar em decorrência de fato culposo ou desleal da contraparte, que assim agiu com intenção de prejudicar aquele, e caso essa concretize-se em virtude de violação dos deveres de cooperação entre os litigantes.

Já o *requisito processual* da doutrina da prova compartilhada é que essa seja aplicada em decisão prévia e fundamentada, da qual as partes deverão ser intimadas, de modo a ofertá-las o contraditório e a possibilidade de cumprirem os encargos dinamizados. Nesta perspectiva, não haverá arbitrariedade nem prejulgamento pelo magistrado quando introduzir a teoria no processo, pois sua liberdade estará atrelada a sua responsabilidade³⁵⁶, além de não gerar surpresa às partes, respeitando assim o princípio da cooperação e do contraditório.

3.6 A Diferença entre a Dinamização e Inversão do Ônus Probatório

Em que pese a inversão e a doutrina que visa flexibilizar o *onus probanti* almejem os mesmo objetivos, que são promover a paridade de condições e a efetividade do direito à prova e da prestação jurisdicional, essas não podem ser confundidas, apesar do conceito de DINAMARCO³⁵⁷ de que aquela seria toda e qualquer alteração, imposta ou autorizada por lei, das regras de distribuição.

O pilar diferenciador destes dois institutos é que a inversão é feita por meio de critérios estabelecidos legalmente de forma prévia e abstrata³⁵⁸, enquanto na teoria o ônus

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, p. 336.

³⁵⁵ KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 947.

³⁵⁶ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 343.

³⁵⁷ O conceito de DINAMARCO já foi exposto no presente texto na p. 69, nota 217. .

³⁵⁸ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p. 341.

dinâmico da prova há uma análise do magistrado acerca da situação fática do caso concreto, que o aprecia utilizando-se de suas regras de experiência, de modo a atribuir de forma direta o encargo sobre o sujeito que se encontre com melhores condições de produzir o meio probatório³⁵⁹.

Assim, nos dizeres de MONTERO AROCA³⁶⁰, a doutrina da prova compartilhada não pode ser confundida com a inversão do encargo, pois esse ocorre quando a própria lei estabelece normas que permitem a aplicação de critérios distintos dos previstos nas normas tradicionais de repartição do ônus, sem abrir a possibilidade de acomodação das normas perante a facilidade e dificuldade probatória das partes a cada caso concreto. Desta forma, como bem aduz PEYRANO³⁶¹, a teoria é apenas uma análise não apriorística que impõe na fase instrutória uma sorte de cooperação entre as partes na coleta do material *probandi*.

Neste caminho, a inversão do encargo configura o instituto em que o legislador, de antemão, já viabiliza uma facilitação à produção da prova, por perceber que na situação de direito material haveria uma dificuldade para a parte tradicionalmente onerada. Todavia, percebe-se que as situações fáticas modificam-se em uma velocidade muito superior às alterações legislativas processuais, o que torna impossível a positivação de todas as circunstâncias causadoras de provas diabólicas.

Vislumbramos que o melhor caminho ao juiz é o de reconhecer a aplicabilidade da teoria em estudo, de modo a adequar, conforme as peculiaridades do caso, as normas de distribuição, almejando sempre a efetividade da prestação jurisdicional, sem desrespeitar, obviamente, o princípio do devido processo legal.

Por isso, como as situações em que há a inversão do encargo já estão previamente fixadas em lei, tem-se que “a dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há a alteração de algo já instituído” sendo por isso imprópria a confusão de tais mecanismos de efetivação jurisdicional³⁶².

Após demonstrarmos a referida diferenciação entre esses dois facilitadores da produção probatória, chegou é o momento de analisar uma assertiva feita na parte final do tópico 2.4.2.1 do presente texto, qual seja se a inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC brasileiro é ou não uma positivação da teoria da carga dinâmica.

³⁵⁹ LEGUISAMÓN, Héctor E. *op. cit.*, p. 117.

³⁶⁰ AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. p. 132.

³⁶¹ PEYRANO, Jorge W. *apud* AIRASCA, Ivana María. *op. cit.*, p. 137.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 104.

Como já demonstrado no referido tópico, há juristas que enxergam no dito dispositivo a configuração da doutrina da prova compartilhada no ordenamento brasileiro, por impor o ônus ao fornecedor, pelo fato de ser este, em regra, quem possui as melhores condições de provar as questões controvertidas.

Concordamos que a posição do fornecedor é de superioridade na relação de consumo, devendo sobre ele recair o encargo, quando presente ao menos um dos requisitos estabelecidos naquele diploma protecionista.

Todavia, não concordamos que esta inversão possa ser tida como caracterização da teoria do ônus dinâmico da prova, por dois aspectos.

O primeiro é que se faz necessário o preenchimento de uma das condições previstas no dispositivo legal para possibilitar a inversão, o que não é compatível com a teoria, pois esta não se restringe a limitações fixadas de forma prévia, como já mencionado acima.

O segundo é que a inversão sempre é favorável ao consumidor, quer seja autor ou réu no processo, como já dito no tópico em que tratamos desta temática. É certo que, normalmente, este sujeito é tido como hipossuficiente perante o fornecedor com relação à produção probatória.

Entretanto, pode ocorrer que com a inversão o fornecedor encontre-se diante de uma prova diabólica reversa, por não ter condições de desonerar-se do encargo que lhe fora atribuído. É que o magistrado tende a proteger em demasia o consumidor, agindo dessa forma até mesmo pela própria natureza do CDC, e por consequência pode descaracterizar a essência do inciso VIII do art. 6º, que é a de restituir a paridade de condições no caso concreto.

Desta forma, o tribunal deverá ter cuidado nesta mitigação do *onus probandi*, na medida em que apenas deverá realizá-la quando o sujeito hipersuficiente tenha meios de produzir a prova. Nessa perspectiva, seguimos a mesma linha do TJMA³⁶³, que deixou de inverter o encargo porque resultaria em atribuir ao sujeito hipersuficiente um peso de comprovar um fato negativo.

³⁶³ TJMA. EI 254512004, de 26/07/2005, Rel. Militão Vasconcelos Gomes.

Com isso, concordamos com a posição de que a carga dinâmica deve ser também observada nas relações de consumo brasileiras, visto que essa é compatível com a inversão³⁶⁴, entendimento este que já é aplicado na jurisprudência, como será demonstrado mais a frente.

3.7 Possíveis Obstáculos para a Aplicação da Teoria

A referida doutrina, objeto da presente dissertação, por impor uma visão solidária e de dinamismo a respeito do que já fora classificado como a espinha dorsal do processo civil, não ficou ileso às críticas, que serão apontadas abaixo.

O primeiro questionamento sobre a aplicabilidade da nova posição é a sua *falta de amparo legal*.

Para PEYRANO³⁶⁵, esta linha de raciocínio é a mais cômoda de ser respondida, pois considerar apenas a legislação com fonte do Direito é, de acordo com PAULO ZANETI, a mais pobre hermenêutica jurídica³⁶⁶. Entendemos que não só a lei pode servir de base para os mecanismos que pretendem conferir ao processo sua visão moderna. Deste modo, além da *doutrina* e *jurisprudência*, que são notoriamente tidas como fontes, a concretização dos princípios jurídico-processuais que servem de alicerce para a teoria também são fortes aliados para compatibilizá-la aos sistemas que ainda não a positivaram.

Já o jurista argentino GARCÍA GRANDE³⁶⁷ assevera haver *incompatibilidade entre o princípio pelo qual ninguém pode ser compelido a declarar-se culpado ou produzir provas contra si e a teoria*, pois passa o onerado dinâmico a ser compelido a comprovar fatos que beneficiam seu adversário. Esse argumento também é rebatido por PEYRANO³⁶⁸, que chega a dizer sê-lo meramente folclórico, pois o princípio *nemo tenetur se detegere* é uma garantia pública do processo penal, incompatível com o civil, sendo inclusive, ao nosso ver, o fundamento da inadequação da teoria neste ramo jurídico, como já dito outrora³⁶⁹.

³⁶⁴ CREMASCO, Susana Santi. *op. cit.*, p. 76.

³⁶⁵ PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en matéria jurídica*. p. 87-88.

³⁶⁶ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. p. 166.

³⁶⁷ GRANDE, Maximiliano García *apud* AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p.69.

³⁶⁸ PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. Revista de Processo. n. 217. São Paulo: RT, 2013, p. 220.

³⁶⁹ A análise da incompatibilidade da teoria da carga dinâmica com o Direito Processual Penal está presente na p. 94, nota 327.

Por sua vez, TARUFFO³⁷⁰ manifesta de forma implícita sua crítica à teoria. Ao tratar do ônus da prova dos fatos negativos, aduz que o magistrado *manipula* o encargo, colocando-se no lugar do legislador, a fim de facilitar a produção probatória acerca da questão. Porém, continua o jurista, tal escolha pode ser feita de forma pouco consciente das consequências na dinâmica processual, pois caso a contraparte não possua condições de cumprir o ônus que não era seu, referida manipulação tornar-se-á uma predeterminação da sucumbência.

Para responder ao possível óbice citado acima, entendemos bastar tem em consideração o tópico 3.3 do presente texto, pois o encargo probatório apenas será dinamizado quando o sujeito legalmente onerado encontrar-se diante de dificuldades ou impossibilidade de acesso à prova, devendo em conjunto a contraparte está em melhores condições de produzi-la. Assim, tem-se que a teoria em questão é um instrumento que visa possibilitar o pleno exercício do direito à prova, não podendo a partir de sua aplicação gerar uma *probatio diabolica* reversa.

Todavia, a crítica relevante à dinamização do encargo probatório é a da *provável insegurança jurídica* e o *possível autoritarismo* na sua utilização. Para a análise destes pretensos empecilhos é salutar relembramos os que foram feitos ao papel ativo do juiz, apontados no tópico 3.1.2 do presente texto.

É que os argumentos utilizados pela doutrina na defesa dos poderes instrutórios do juiz também servem de escudo para a teoria da carga dinâmica, quais sejam: o *contraditório* e a *motivação*.

Ressalta-se que o momento adequado de flexibilizar o encargo é no início da fase instrutória do processo, especificamente na audiência preliminar, devendo a decisão fundamentar detalhadamente os motivos que ensejaram o afastamento das normas legais de distribuição e a necessidade de adaptá-las às peculiaridades do caso concreto.

Ademais, devem ainda as partes ser informadas da decisão, em respeito aos princípios da publicidade, cooperação e contraditório, havendo com isso tempo necessário para o novo sujeito onerado cumprir o encargo, pois “somente assim poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica”³⁷¹.

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Presunzioni, inversion, prova del fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XLVI. Milano: Giuffrè editore, 1992, p. 750-751.

³⁷¹ KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 948.

Desta maneira, respeitadas essas ponderações na aplicação da doutrina, não poderá o sujeito aduzir que sofre de “paranoia probatória”³⁷² por não saber a tempo qual das normas de distribuição será aplicada no processo, já que a possível modificação das regras gerais ocorrerá, *a priori*, antes do início da fase de produção dos meios de prova nos autos.

Com isso, ao contrário do que pensa RUI RANGEL³⁷³, o juiz não será arbitrário ao adaptar as normas gerais de distribuição do ônus, de modo a retirar os obstáculos que impeçam o litigante legalmente onerado de exercer o direito à prova em sua plenitude.

Nessa perspectiva, temos que este poder, assim como o instrutório para TARUFFO³⁷⁴, é dirigido ao “bom juiz”, que é capaz de exercê-lo de forma coerente e racional, respeitando os critérios de aplicabilidade da teoria, não havendo com isso razão para temer que se torne parcial ou autoritário, ao passo que o “mau magistrado” poderá agir de forma despreparada no manejo de todo e qualquer instituto.

3.8 A Concretização da Técnica de Dinamização do *Onus Probandi* nos Sistemas Jurídicos Centrais do Estudo

Após toda a exposição minuciosa acerca do tema, chegado é o momento de demonstrarmos como tal técnica pode ser aplicada, embora ainda não se encontre positivada, nos ordenamentos brasileiro e português.

Desta maneira, passaremos no subtópico seguinte a tratar da concretização desta naquele primeiro sistema, pelo fato de neste o ônus dinâmico da prova já possuir um forte embasamento doutrinário e jurisprudencial.

3.8.1 O reconhecimento da teoria na ordem jurídica brasileira

A pretensa crítica à carga probatória dinâmica de que sua falta de amparo legal resultaria na impossibilidade de sua aplicação não merece prosperar, pois, conforme já

³⁷² YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Revista de Processo. n. 205. São Paulo: RT, 2012, p. 123.

³⁷³ A referência bibliográfica da crítica está presente na p. 68, nota 215 desta dissertação.

³⁷⁴ TARUFFO, Michele. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. p. 481.

mencionado acima, a legislação é tida como apenas uma das fontes do Direito, dentre as quais há ainda, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência.

Assim, dividiremos a análise em três partes, de modo a melhor expor ao leitor a possibilidade de utilização da teoria no direito brasileiro.

3.8.1.1 Interpretação sistemática dos dispositivos legais e o posicionamento doutrinário

Tem-se que a concretização da referida técnica de flexibilização do ônus da prova pode ocorrer através da análise sistemática e axiológica de todo o ordenamento jurídico, de maneira a extraí-la a partir dos princípios processuais que a fundamentam.

Neste caminho, a doutrina³⁷⁵ e a jurisprudência³⁷⁶ passaram a reconhecer o entendimento da mitigação dos encargos probatórios, tendo por base a presença no ordenamento brasileiro dos alicerces principiológicos que a sustentam. Com isso, como os fundamentos já foram tratados no tópico 3.1 e de modo a não tornar o trabalho prolixo, passaremos nas linhas seguintes a citar os dispositivos em que esses estão consagrados, de maneira a enquadrar a teoria ao sistema em questão.

O princípio do acesso efetivo à justiça, corolário do devido processo legal, é tido no ordenamento brasileiro como direito fundamental, com previsão no art. 5º, XXXV³⁷⁷, da CF, do qual também decorre o caráter constitucional do direito à prova.

Deste modo, quando o resultado prático das normas de distribuição do ônus não se coadunar com a visão moderna do processo civil, que prega pela efetividade dos direitos tutelados, a técnica de dinamização será pressuposto para a adequada tutela jurisdicional³⁷⁸.

³⁷⁵ Diversos são os consagrados autores brasileiros que defendem a aplicação da teoria através do reconhecimento de seus princípios basilares no ordenamento, como por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. p. 410; DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. p. 105; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. p. 964; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. p. 431; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. p. 98-99. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 342.

³⁷⁶ O REsp. nº 883.656/RS do Superior Tribunal de Justiça, de 28/02/12, assim expõe: “Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis”.

³⁷⁷ XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁷⁸ CARPES, Artur. *op. cit.*, p. 129.

No processo civil brasileiro há dispositivos que consagram a atitude ativa do magistrado na busca da verdade. Neste caminho, o art. 130³⁷⁹ do CPC atribui a esse sujeito o poder de produzir provas *ex officio*, enquanto no *caput* do art. 125³⁸⁰, do mesmo diploma, está assegurada a sua função de diretor processual. Neste sentido, o juiz terá o poder de gerir a ação, de maneira a conduzi-la a sua finalidade precípua, que é a de compor de forma justa a lide, de modo a pacificar os interesses sociais da população.

Por sua vez, o princípio da igualdade pode ser encontrado tanto no *caput* do art. 5º da CF, tido neste dispositivo como direito fundamental, como no inciso I do art. 125 do CPC em vigor, além de sua previsão no projeto do novo código³⁸¹, o que caracteriza o poder-dever do magistrado, na direção do processo, de zelar sempre pela paridade de condições das partes na lide.

Com isso, “é mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a ‘verdade’ dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz”³⁸². Assim, na adequação do ônus da prova às peculiaridades do caso concreto, resta necessária a atitude de direção processual do julgador, no intuito reequilibrar a paridade de condições, de modo a convencer o tribunal acerca dos fatos controvertidos.

Já quanto ao princípio da cooperação, que pode ser extraído dos atuais arts. 14³⁸³ e 339³⁸⁴ do CPC e estará positivado no novo diploma³⁸⁵, deverá o juiz, presentes os critérios que o possibilite, dinamizar o encargo com fim a outorgar a tutela jurisdicional adequada

³⁷⁹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessária à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁸⁰ Art. 125. O juiz *dirigirá* o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

³⁸¹ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. p. 177.

³⁸³ 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; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

³⁸⁴ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

³⁸⁵ Art. 8º. As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

mediante um processo justo, através do cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes³⁸⁶.

Ademais, entendem ainda alguns juristas³⁸⁷ que a mitigação do ônus decorre também do disposto no art. 333, parágrafo único, inciso II do CPC, já citado no tópico 2.4.1.1.

Referido inciso preconiza que o juiz possa anular a convenção que provoque dificuldade excessiva do sujeito no exercício do seu direito à prova. Ora, mencionada dificuldade é um dos critérios estabelecidos pela doutrina para a dinamização do ônus. Desta forma, estranho seria essa condição restringir-se apenas aos casos de disponibilidade das partes, quando a própria aplicação da norma geral de repartição possa gerar a mesma restrição ao pleno exercício do direito à prova³⁸⁸.

Isso posto, resta demonstrado que não há nenhum óbice a dinamização dos encargos probatórios no direito brasileiro, pois os fundamentos que lhe serve de base principiológica estão devidamente concretizados no sistema. Nesse caminho, resta-nos demonstrar em que casos a doutrina da prova compartilhada vem sendo utilizada pelos tribunais.

3.8.1.2 Sua presença no entendimento pretoriano brasileiro

O entendimento de adaptar os encargos probatórios às peculiaridades do caso concreto quando caracterizar-se uma prova diabólica ante a parte legalmente onerada é aplicado em diversas questões pelos tribunais brasileiros.

A primeira decisão que se tem notícia ocorreu em um caso de responsabilidade civil médica, julgado em 26/08/1996, pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual se atribuiu o ônus da prova ao médico, nas razões expostas no voto do Rel. Ruy Rosado de Aguiar:

O acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre a culpa médica, que é a da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem com ele os meios para comprovar o que aconteceu na sala cirúrgica.³⁸⁹

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. p. 336.

³⁸⁷ Dentre os quais citamos: CREMASCO, Susana Santi. *op. cit.*, p. 97 e KNIJNIK, Danilo. *op. cit.*, p. 950.

³⁸⁸ ALVIM, Arruda. *op. cit.*, p. 964.

³⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 69309/SC, de 18/06/1996, Rel. Ruy Rosado de Aguiar.

A decisão acima citada serviu de precedente para o reconhecimento da teoria nas causas que tratam da mesma matéria³⁹⁰, pois é o médico que se encontra com melhores condições de provar que atuou de forma diligente, enquanto este papel seria difícil ao paciente. Ademais, nos casos em tela, embora se configure uma relação de consumo, não caberia a inversão do encargo prevista no art. 6º, VIII do CDC, pois nas causas que versam sobre a responsabilidade civil de profissionais liberais é apurada mediante a verificação de culpa, por força do art. 14, § 4º do mesmo diploma, entendimento seguido em decisões³⁹¹.

A partir deste posicionamento acerca do caso em questão, a técnica de dinamização do ônus passou a ganhar respaldo também em outras áreas, como no Direito de Família, em casos de abandono afetivo³⁹² e principalmente nas causas que envolvem questões alimentícias, pois o alimentando, por vezes, encontra-se em diante de uma prova diabólica, com relação à possibilidade do alimentante auxiliá-lo.

Com isso, os julgados passaram a adequar o ônus ao caso concreto, conforme entendimento presente na ementa que segue abaixo, que fora seguido em outras oportunidades³⁹³:

ALIMENTOS. ÔNUS PROBATÓRIO DO BINÔMIO
POSSIBILIDADE/NECESSIDADE. Em sede alimentar, invertem-se os ônus probatórios. O alimentando, se menor, sequer precisa provar suas necessidades, pois presumidas, a não ser que haja gastos extraordinários. *É do alimentante o encargo de provar sua capacidade econômica pois só ele tem acesso a seus ganhos para que o juiz tenha condições de fixar o valor do encargo alimentar.* Apelo desprovido.³⁹⁴

No mesmo caminho, a jurisprudência tem mitigado a rigidez legal na distribuição do encargo quando estão em causa os *atos negativos*, tendo em vista sua natural dificuldade probatória, como consta expressamente no seguinte julgado:

³⁹⁰ Na mesma linha os julgados: TJRS. EI 70017662487, de 31/08/2007, Rel. Odone Snguiné; e TJSP. AC 0006605-13.2009.8.26.0562, de 15/08/2012, Rel. José Maria Câmara Jr.

³⁹¹ TJPR. Ed 0379445-2/01, de 14/06/2007, Rel. Nilson Mizuta. Em trecho do voto consta: “Por tratar-se de responsabilidade aferível por meio de culpa subjetiva, o ônus da prova incumbiria ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC). Todavia, no caso *sub judice* a modificação no ônus da prova não decorre da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, mas sim da aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, uma vez que nenhum outro como o próprio profissional para saber o que se passou quando da intervenção cirúrgica”.

³⁹² TJSP. AC. 0120560-84.2008.8.26.0100, de 08/08/2012, Rel. Caetano Lagrasta.

³⁹³ TJMG. AC. 1.0686.01.019604-2/002(1), de 26/08/2004, Rel. Dorival Pereira e AC. 1.0024.05.813300-0/001, de 17/06/2008, Rel. Heloísa Combat, do qual se extrai a seguinte passagem: “o ônus de comprovar a impossibilidade de arcar com os alimentos pleiteados compete àquele obrigado ao pagamento, *em vista do princípio da carga dinâmica das provas, considerando que o apelante possui melhores condições de demonstrar sua real capacidade financeira, sendo difícil o acesso da pleiteante a essas provas*”.

³⁹⁴ TJRS. AC. 70004756425, de 18/12/2002, Rel. Maria Berenice Dias.

CONDOMÍNIO. MULTA. NEGATIVA DE PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. Se a condômina nega a prática de ato infracional que ensejou a multa, cabe ao condomínio comprovar que a infração ocorreu. *Não podendo a parte autora produzir prova negativa, aplica-se a Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que impõe o ônus de produzi-la a quem tem condições para tanto.* Recurso desprovido.³⁹⁵

Assim, neste campo, os tribunais tem aplicado a teoria em diversos casos concretos, como por exemplo em acidentes de trânsito³⁹⁶ ou em ações declaratórias de inexistência de débitos³⁹⁷.

Já com relação à possibilidade de conciliação entre a inversão imposta nas relações de consumo pelo CDC e a técnica de flexibilização do encargo, a doutrina³⁹⁸ e a jurisprudência tem entendido ser plausível, conforme a ementa que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO ÔNUS DA PROVA TEORIA DA CARGA DINÂMICA Não se trata de inversão irregular do ônus da prova, mas de determinar que a parte que tem mais meios de complementar a instrução o faça, a bem de contribuir para a correta solução do litígio. *A teoria da carga dinâmica da prova não se aplica somente no âmbito do microsistema do consumidor, mas sim no processo civil comum. Assim, seja em razão da inversão do ônus prevista no CDC, seja em razão da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, o Banco deve apresentar a documentação necessária para realização da perícia.* RECURSO NÃO PROVIDO.³⁹⁹

³⁹⁵ TJRS. AC. 71001485655, de 30/01/2008, Rel. Pio Giovanni Dresch.

³⁹⁶ TJRS. AC. 71002135192, de 04/11/2009, Rel. Fernanda Vilande, cuja ementa segue: REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. QUEDA DE VEÍCULO EM BURACO EXISTENTE EM VIA PÚBLICA, SEM SINALIZAÇÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS QUE REALIZOU A OBRA. Parte autora que produziu todas as provas que estavam ao seu alcance, as quais apontam à conclusão de que a responsabilidade é da ré. *Aplicável a teoria da carga dinâmica das provas, competindo à requerida provar que sinalizou o local em que havia o buraco, ou que este já se encontrava devidamente coberto, e a pista recapeada.* Ônus da prova do qual a demandada não se desincumbiu. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. RECURSO IMPROVIDO.

³⁹⁷ TJRS. AC. 70052785458, de 21/03/2013, Rel. Paulo Scarparo, cuja ementa segue: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. *Consoante a teoria da carga dinâmica da prova, o ônus de sua produção deve recair sobre a parte que detiver melhores condições de produzi-la, tudo como forma de se alcançar a justiça do caso concreto.* Não logrando êxito e parte-ré em demonstrar a exigibilidade do débito controvertido pela parte-autora, é de rigor seja julgado procedente o pedido de declaração de inexistência de débito. APELO DA PARTE AUTORA PROVIDO E APELO DA PARTE RÉ DESPROVIDO.

No mesmo sentido as seguintes decisões do TJSP: AI 0307297-05.2011.8.26.0000, de 19/04/2012, Rel. Paulo Alcides; AC 0036035-83.2011.8.26.0224, de 16/05/2013, Rel. Hamid Bdine.

³⁹⁸ SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica.* Revista dos Tribunais. n. 924. São Paulo: RT, 2012, p. 610.

³⁹⁹ TJSP. AI 0082455-08.2012.8.26.0000, de 13/08/2012, Rel. Maria Lúcia Pizzotti. Referido entendimento também foi seguido em casos análogos nos seguintes tribunais: TJMG. AI 398.779-5, de 16/12/2003, Rel. Pereira da Silva; TJRS. AI 197124670, de 30/07/1997, Rel. Roque Fank.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já utilizou o ônus dinâmico probatório na *fase de execução do processo*, no qual o encargo passou a caber ao executado de comprovar que a quantia penhorada era salarial, fato que geraria sua respectiva impenhorabilidade⁴⁰⁰.

Por fim, salutar ainda informar que a carga dinâmica da prova no ordenamento brasileiro vem sendo aplicada em outros ramos, como por exemplo no Direito Previdenciário⁴⁰¹, Ambiental⁴⁰² e do Trabalho⁴⁰³.

3.8.1.3 A positivação da teoria no projeto do novo CPC

Após expormos em demasia os pontos principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais que reconhecem a teoria no direito brasileiro, passaremos a demonstrar em que termos essa será positivada no referido sistema.

A tentativa de reconhecimento legislativo da doutrina da prova compartilhada no direito brasileiro remota ao ano 2007, pois esta se encontra presente no art. 11, §1º⁴⁰⁴ do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, cuja elaboração atribui-se a

⁴⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 619.148/MG, de 20/05/2010, Rel. Luis Felipe Salomão.

⁴⁰¹ A jurisprudência aplica a teoria no Direito Previdenciário com base nos poderes do juiz, conforme o julgado: TRF 2ª Região. AC 0029059-29.1994.4.01.0100/MG, de 03/04/2003, Rel. Antônio Macedo da Silva, cuja ementa segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PETIÇÃO INICIAL. DEFEITO CAPAZ DE DIFICULTAR O JULGAMENTO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. DIREITO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E À TUTELA JURÍDICA. GARANTIA FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA ANULADA. Ao juiz da causa, *no exercício do poder de direção do processo (CPC, art. 125, caput)*, e adstrito ao dever de assegurar a eficácia e celeridade da prestação jurisdicional e a isonomia das partes (CPC, art. 125, incs. I e II), mormente diante da hipossuficiência do segurado da Previdência Social, é facultado o emprego dos poderes instrutórios, atribuídos pela lei processual (CPC, art. 130), para, no caso de dúvidas a respeito da situação de beneficiário do autor e de ausência de documentos necessários ao deslinde da causa, *intimar a Autarquia Previdenciária a juntar os documentos e prestar informações relativas ao benefício em questão, haja vista o dever do INSS de manter os dados relativos ao segurados do Regime Geral de Previdência*. Recurso provido.

⁴⁰² No âmbito do Direito Ambiental há respaldo doutrinário: GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. Revista de Processo. n. 128. São Paulo: RT, 2005, p. 48; e jurisprudencial: TJRS. AI 70011843224, de 09/11/2005, Rel. Carlos Canibal.

⁴⁰³ AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 139.

⁴⁰⁴ §1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, o maior facilidade em sua demonstração.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que ainda está em tramitação no Ministério da Justiça desde aquele ano⁴⁰⁵.

Já no âmbito do Poder Legislativo, fora apresentado no Congresso Nacional o projeto de lei nº 3015/08⁴⁰⁶, no dia 13/03/2008, que visava implementar o § 2º no art. 333 do CPC, com a seguinte redação: “É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”.

Na exposição de motivos preconizava a necessidade da implementação da teoria pelo fato das dificuldades probatórias ocorridas em virtude da visão rígida da norma distribuidora.

Já o projeto do novo CPC, ao qual se encontra apensado a pretensão acima mencionada, pretende consolidar o ônus probatório flexível no ordenamento brasileiro, por meio do disposto no dispositivo que segue:

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.

Desta maneira, o artigo acima transcrito bem descreve a teoria, pois aduz suas características, como a necessidade de fundamentação, respeito ao contraditório e de sempre dar a parte dinamicamente onerada a possibilidade de cumprimento do encargo, sendo com isso tal previsão merecedora de aplausos por parte da doutrina⁴⁰⁷.

Todavia, em que pese o notório avanço que a legislação processual brasileira está prestes a dar, a redação do dispositivo merece pequenos ajustes. O primeiro elemento que merece inclusão no artigo é que este só poderá ser aplicado caso a parte *a priori* onerada encontre-se diante de uma prova diabólica. Já o segundo consiste na positivação de seu caráter excepcional à distribuição tradicional. Tais alterações são necessárias, com vistas a limitar a

⁴⁰⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *op. cit.*, p. 114-115.

⁴⁰⁶ Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/544501.pdf>. Acesso em: 04 jul.2013.

⁴⁰⁷ LOPES, João Batista; LOPES, Mara Elizabeth de Castro. *Novo Código de Processo Civil e a efetividade da jurisdição*. Revista de Processo. n. 188. São Paulo: RT, 2010, p. 167.

atuação do magistrado⁴⁰⁸, de modo a evitar qualquer conduta não condizente a de um “bom juiz”.

Oportuno, por fim, elucidar o §2º acima descrito. Entendemos que este se refere a quem irá custear a produção da prova quando o referido encargo for flexibilizado. Assim, de acordo com a interpretação literal, a qual entendemos perfeitamente cabível, os custos da elaboração dos meios de prova continuarão seguindo a linha art. 357 do projeto, que é a norma geral distribuidora, que possui redação idêntica ao do art. 333 do atual CPC.

3.8.2 A possibilidade de aplicação da teoria no sistema português

Demonstrada a compatibilidade do ônus probatório dinâmico no ordenamento jurídico brasileiro, no qual este já possui reconhecimento doutrinário, jurisprudencial e logo mais legal, após a aprovação do projeto de novo CPC, chegou é o momento de tratarmos da última questão que nos propusemos na introdução do presente estudo.

Assim, nas linhas que seguem abaixo, passaremos a expor as considerações que permitem o reconhecimento da flexibilização do *onus probandi* no direito português, através de uma análise sistemática deste.

3.8.2.1 Presença das bases principiológicas da carga probatória dinâmica no ordenamento luso

O estudo sobre o reconhecimento da doutrina da prova compartilhada no presente sistema jurídico enseja uma análise axiológica de sua plenitude, do mesmo modo que realizamos no brasileiro, no tópico 3.8.1.1 do presente trabalho.

Desta feita, a intenção deste tópico é demonstrar a compatibilidade entre os fundamentos da pretensa teoria e o direito português, de maneira a permitir a dinamização do encargo probatório, quando presentes os seus devidos requisitos.

Cedido é que a repartição do ônus da prova preconizada pelo art. 342º do CC é demasiada rígida, de modo que não se adéqua às questões de dificuldade ou facilidade na produção dos meios em determinados casos concretos.

⁴⁰⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. p. 231.

Posto isso, torna-se viável a implementação da flexibilização do *onus probandi* neste sistema, no intuito de permitir uma prestação jurisdicional equitativa aos litigantes que se encontrarem em desigualdade de condições com relação ao direito à prova.

Neste contexto, presentes estão no ordenamento luso os princípios basilares da referida doutrina, os quais passaremos a apreciar.

O acesso à tutela jurisdicional é previsto no direito português no art. 20º da CRP e é visto como fundamental e inerente à idéia de Estado de Direito⁴⁰⁹, como também ocorre no Brasil.

Referido princípio, que é concretizado na seara do processo civil⁴¹⁰ por meio do art. 2º do CPC, com mesma disposição e número no NCPC, deve ser entendido em sentido amplo, “não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.”, como aduzem CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴¹¹.

Dito isso, é através dos ideais de *justiça*, presentes tanto na visão moderna deste ramo do Direito, quanto na efetiva tutela jurisdicional, que a mitigação da rigidez das normas dos encargos probatórios tem respaldo, pois a principal intenção da mencionada técnica é o alcance da verdade real nos autos, por meio da viabilização do pleno direito à prova da parte onerada que esteja diante de uma dificuldade na produção dos meios capazes de convencer o magistrado.

No que tange ao papel ativo do juiz, que é fundamento da teoria, este estava previsto no art. 265º do CPC. Tal dispositivo concedia ao julgador a função de diretor formal do processo, dando-lhes poderes de assegurar o normal andamento do processo⁴¹², além de poder produzir provas *ex officio*.

Ocorre que com a publicação da Lei nº 41/2013, de 26 de junho, que instituiu o NCPC, o referido artigo foi dividido em dois, quais sejam os atuais 6º e o 411º.

O art. 411º, com redação idêntica ao nº 3 do art. 265º anterior, estabelece o princípio do inquisitivo, que determina o poder-dever de o juiz buscar de ofício os meios de prova, notadamente em busca da verdade material do caso concreto.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 408.

⁴¹⁰ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Coimbra: Almedina, 1999, p. 7.

⁴¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 415.

⁴¹² FREITAS, José Lebre. *Introdução ao Processo Civil*. p. 157.

Por sua vez, o art. 6º do NCPC consagrou o *dever de gestão processual* do magistrado, seguindo a linha de sua previsão no art. 2º do Regime Processual Civil Experimental, instituído pelo Decreto-Lei nº 108/2006, de 08 de junho, que também fora revogado pelo novo diploma processualista.

A doutrina que tratava do regime experimental expunha que o conceito do mencionado dever de gestão era de uma intervenção ativa do julgador com o propósito de dispor de atos processuais com a intenção de prestar uma tutela mais célere, efetiva e menos onerosa⁴¹³, sendo entendido por alguns como um “alargamento” do princípio da adequação formal⁴¹⁴.

Assim, em que pese o art. 6º ter um conteúdo mais instrumental, na medida em que serve para adotar mecanismos de simplificação e agilização, atribuiu o dever de “dirigir ativamente o processo” ao juiz, de modo que tornou este sujeito mais atuante do que no compilado anterior.

Com isso, para o reconhecimento da teoria da carga dinâmica da prova, faz-se necessário um juiz gestor, presente na lide, em total contraposição à figura do árbitro, inerente ao liberalismo processual, sendo nesse sentido que a direção do processo está estreitamente ligada com o dever de cooperação⁴¹⁵, que será logo mais tratado.

O princípio da igualdade, do mesmo modo que o acesso efetivo à justiça, encontra consagração dentro dos direitos fundamentais previstos na CRP, especificamente no art. 13º, tendo sido positivado na legislação infraconstitucional, no campo processual civil, no art. 4º do NCPC, com redação idêntica a do art. 3ª-A do anterior.

Nesse caminho, é comum em determinados casos existir desigualdade de condições entre as partes, notadamente na fase instrutória, de modo que um sujeito se sobressaia no cumprimento de ônus ou faculdades. Com isso, o referido princípio visa gerar um *equilíbrio global*⁴¹⁶ entre os litigantes, com o objetivo de dar-lhes reais condições de tentar convencer o magistrado sobre a veracidade de suas alegações de fatos.

⁴¹³ FIALHO, António José. *Simplificação e gestão processual*. In. BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 57.

⁴¹⁴ TEIXEIRA, Paulo Duarte. *O poder de gestão no processo experimental*. In. BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 22.

⁴¹⁵ FREITAS, José Lebre; MACHADO, António Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 511.

⁴¹⁶ FREITAS, José Lebre; MACHADO, António Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 10.

E é justamente com esse pretexto que a aplicação do ônus da prova dinâmico ganha respaldo, visto que é por meio deste que o juiz, como gestor, irá reequilibrar a paridade de armas entre as partes, quando uma delas estiver diante de uma *probatio diabolica*, de modo que a observância desta igualdade substancial é imprescindível para o processo equitativo⁴¹⁷, sendo por isso considerado um princípio da justiça social⁴¹⁸.

Por fim, a cooperação encontra-se presente no 7º do NCPC, com previsão semelhante no art. 266º anterior. Tal princípio aduz que todos os sujeitos processuais, ou seja: juiz, advogados e litigantes, devem cooperar entre si, concorrendo para a obtenção da efetiva e justa composição do litígio.

O dever de colaboração é preconizado também na fase instrutória do processo, especificamente no art. 417º do novo código, com conteúdo igual ao art. 519º do revogado, que dispõe que todas as pessoas, partes ou não no processo, deverão colaborar para a descoberta da verdade.

Expostos os artigos acima, ressaltaremos os dispositivos que, ao nosso ver, são as portas de entrada, abertas pelo mencionado princípio, para a aplicação da teoria da carga dinâmica no ordenamento português.

O primeiro seria o número 4 do art. 7º, que consagra o *dever de auxílio* do tribunal para com as partes. A partir deste aspecto da cooperação, deverá o juiz, sempre que a parte legalmente onerada encontrar-se diante de obstáculos que impeçam a plenitude de seu direito à prova, flexibilizar as normas de repartição do ônus, atribuindo-o a parte que esteja em melhor posição de produzir os meios probatórios, como também entende MITIDIERO⁴¹⁹.

Os segundos seriam os números 1 e 2 do art. 417º, pois de acordo com TEIXEIRA DE SOUSA, “quanto às partes, este dever de cooperação é independente da repartição do ônus da prova (cfr. art.s 342º a 345º do CC), isto é, vincula mesmo a parte que não está onerada com a prova do facto controvertido”⁴²⁰.

Já o nº 2 estabelece que a parte que se recusa a colaborar, quando esta não for legítima, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, estará sujeita a inversão do ônus da prova prevista no art. 344º, nº2 do CC.

⁴¹⁷ De acordo com o Tribunal Constitucional no Acórdão de nº 516/93, de 26 de outubro de 1993, *in* BMJ n. 430, 1993, p. 187.

⁴¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

⁴¹⁹ Em posicionamento presente na parte final do tópico 3.1.4 da dissertação.

⁴²⁰ SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao processo civil*. p. 57.

Assim, inverte-se o encargo quando uma parte, culposamente, tiver tornado impossível a prova do onerado. Como manifestado outrora (*vide* tópico 2.4.2.2), preconizamos que esta inversão ocorrerá se o meio probatório for importante para o convencimento do magistrado.

Nesta seara, entendemos ocorrer mitigação do ônus, por exemplo, no caso de o médico, sujeito passivo de uma ação de responsabilidade civil, destruir a ficha do paciente, impossibilitando este de provar a falha do profissional de saúde. Desta feita, ressaltamos que haverá aplicação carga dinâmica da prova pelo fato de, mesmo com a ausência do documento, aquele ainda estar em posição de superioridade acerca dos elementos de prova, com relação ao autor da ação.

Isso posto, entendemos que a aplicação rígida das normas de repartição do *onus probandi* pode, em casos peculiares, ser tida como materialmente inconstitucional, na medida em que irá inviabilizar o direito à prova da parte onerada, ante as dificuldades de sua produção, sendo por isso um entrave à efetiva prestação jurisdicional.

Desta maneira, é necessária uma interpretação criativa a respeito do instituto, através da análise principiológica e de sua dinamização, de modo a evitar que as normas que o reparte tornem-se injustas⁴²¹.

Importante salientar ainda que a doutrina da prova compartilhada deve ser aplicada no sistema português na *audiência prévia*, que passou a ser obrigatória com a publicação do NCPD, especificamente no art. 591º, seguindo assim a mesma linha exposta no tópico 3.4 desta dissertação.

3.8.2.2 Posições jurisprudenciais: reconhecimento implícito da teoria e sua necessária expansão

No ordenamento jurídico português, em que pese a rigidez das normas abstratas de distribuição do ônus da prova, há um posicionamento pretoriano que leva em consideração,

⁴²¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 779. De acordo com o autor, sob a locução *interpretação criativa*, “a doutrina versa um conjunto de operações próprias do Direito e que têm em comum o permitir soluções de casos para além do que as fontes vigentes facultariam”, enquanto “norma injusta é aquela que se oponha ao sistema, no seu conjunto”.

para sua aplicação, as facilidades e dificuldades das partes com relação à produção probatória, de modo a adequá-las ao caso concreto.

Tal entendimento tem base doutrinária no pensamento de VAZ SERRA. Este autor aduz que a repartição dos encargos feita por meio de critérios gerais é eficaz na grande maioria dos casos. Entretanto, caberá ao juiz naturalmente harmonizá-los, com fulcro no alcance da mais justa composição do litígio, nos casos em que sua aplicação rígida não for possível⁴²².

O mencionado pensamento deste jurista passou a ganhar respaldo na jurisprudência, pois as normas de distribuição do ônus não se coadunavam com o direito à prova em certos casos, notadamente com relação aos fatos negativos, já que a parte onerada encontrava-se, em geral, diante de dificuldade excessiva, que é inerente a tais objetos.

Assim, no acórdão de 29 de julho de 1969, que tratava da anulação de uma venda feita pelo pai a um de seus filhos, discutiu-se a quem pertencia o ônus de provar: se ao sujeito ativo de que não havia dado o seu consentimento ou aos réus que o haviam dado? Em resposta, o STJ determinou que caberia a estes provar o fato positivo.

Com isso, VAZ SERRA, em anotação acerca deste julgado, entendeu ser correta a decisão, pois a prova para o autor não era fácil ou mesmo impossível de que não dera o consentimento, enquanto os réus estavam “na melhor situação de demonstrar o que realmente se passou no contrato, quanto ao qual, por ser de seus interesses, e não do outro filho, lhes cumpria assegurar-se da existência dos seus requisitos de validade e das provas deles”⁴²³.

Seguindo o mesmo caminho, o acórdão de 28 de julho de 1972 do STJ, cuja ação discutiu a nulidade formal de empréstimos, mitigou as regras de repartição do *onus probandi*, levando em consideração a melhor situação para produzir o meio de prova e de auxiliar na descoberta da verdade.

Ao apreciar a decisão, entendeu o referido jurista que o encargo deveria recair sobre o autor de provar que os referidos contratos foram feitos mediante a escritura pública exigida em lei, e não ao demandado, pois para este a prova seria impossível, visto “não poder

⁴²² SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas: direito probatório material*. p. 63.

⁴²³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Anotação sobre o Acórdão de 29 de julho de 1969 do Supremo Tribunal de Justiça*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. n. 103. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, p. 509.

razoavelmente impor-se a alguém o ônus da prova que em nenhuma repartição notarial, nacional ou estrangeira, foram celebradas escrituras públicas dos empréstimos em questão”⁴²⁴.

Entendemos que o referido posicionamento jurisprudencial, apesar de haver divergências⁴²⁵, aplica implicitamente a teoria da carga dinâmica, pois o juiz irá atribuir de modo diverso os encargos previstos no art. 342º do CC, de maneira a compactá-los ao caso concreto, levando em consideração a presença da *probatio diabolica* e a melhor posição da contraparte em relação a sua produção.

Nessa esteira, essa corrente, cuja orientação é tida como salutar por TEIXEIRA DE SOUSA⁴²⁶, ganhou respaldo nos casos em que os fatos negativos são de difícil comprovação. Assim, em dois julgados da Relação do Porto⁴²⁷, que tratavam de ação de despejo com denúncia para habitação, determinou-se que o encargo de provar que o senhorio nunca tivesse utilizado desta faculdade caberia ao demandado, pelo fato de encontrar-se em melhor situação de o poder fazer.

Por sua vez, esta posição foi aduzida em uma ação que discutia o direito de preferência em uma compra de bem imóvel. É que o STJ, no acórdão de 19 de janeiro de 1984, processo nº 70.967, preconizou não caber ao autor “provar que não lhe foi dado conhecimento do projecto de venda, pois o ônus da prova deve ter-se por invertido nos casos de extrema dificuldade de produção, como sucede em relação aos factos de tipo negativo”. Por isso, o tribunal redirecionou o encargo aos réus, seguindo a linha doutrinária de VAZ SERRA.

Outro caso, na mesma linha dos anteriores, que nos chamou atenção foi o do acórdão de 04 de maio de 2010, processo nº 1496/09.0TBGDM.P1, da Relação do Porto. Neste, o réu arguiu, em primeiro grau, a nulidade de sua citação, por conta desta não ter vindo acompanhada do duplicado da petição inicial, antes somente pelos documentos anexos que instruíam aquele articulado.

⁴²⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Anotação sobre o Acórdão de 28 de julho de 1972 do Supremo Tribunal de Justiça*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. n. 106. Coimbra: Coimbra Editora, 1973, p. 314.

⁴²⁵ Para parte da jurisprudência, a eventual impossibilidade para o autor na prova de tais fatos negativos não implica a inversão do respectivo encargo da prova, de acordo com o STJ, no acórdão de 15 de novembro de 1996, do processo n. 145/96, *In* BMJ, n. 460, 1996, p. 644.

Assim, com fulcro no acórdão de 26 de outubro de 2010, no processo 107/08.6TBAMR-A.G1, do Tribunal da Relação de Guimarães, não deverá haver uma modificação do ônus caso haja dificuldade na comprovação dos fatos negativos, mas sim uma menor exigência do magistrado acerca de tais objetos de prova.

⁴²⁶ SOUSA, Miguel Teixeira. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: LEX, 1995, p. 223.

⁴²⁷ Acórdão de 18 de maio de 1978, Recurso n. 12.914, *In* CJ, tomo 1, 1978, p. 847 e Acórdão de 9 de outubro de 1979, Recurso n. 13.183, *In* CJ, tomo 1, 1979, p. 1276.

O juízo *a quo* indeferiu o pedido, pelo fato de o requerente ter deixado de indicar os meios de prova dos fatos alegados.

Em grau de recurso, tribunal *ad quem* reconheceu a dificuldade de o recorrente demonstrar a falha na citação, visto que restaria impossível a este comprovar que o documento não lhe fora enviado. Desta feita, revogou a decisão recorrida e determinou que a secretaria diligenciasse em busca da verdade.

Posto isso, entendemos ter havido neste caso uma aplicação *sui generis* da doutrina da prova compartilhada, na medida em que o órgão julgador retirou o ônus da parte hipossuficiente e determinou que o tribunal averiguasse o fato, por ser este sujeito o melhor posicionado para reestabelecer a verdade real. Acentuamos a exclusividade deste acórdão pelo fato de não se ter redistribuído o ônus, mas sim ter apenas exacerbado o dever de cooperação entre o órgão jurisdicional e o litigante.

Oportuno esclarecer, neste momento, que o referido posicionamento acima exposto não é uma interpretação análoga do art. 343º, n. 1 do CC, até porque essa seria ilegal, tendo em vista o exposto no art. 11 do mesmo diploma, que aduz não sê-la possível em normas excepcionais, como é o caso daquele dispositivo, além de nos casos demonstrados o fato negativo não constituir o próprio objeto do processo.

Além de compactuarmos com a idéia de que as decisões acima expostas aplicaram, implicitamente, o ônus dinâmico, por atribuí-lo a parte mais bem posicionada em relação à produção probatória, entendemos que a referida teoria ocorrerá também quando o tribunal exercer seu dever de auxílio para com as partes.

Neste norte, visualizamos esse acontecimento no acórdão de 11 de dezembro de 2012, processo nº 798/11. OTBCNT-A.C1, da Relação de Coimbra. No presente caso, requereu a seguradora ré que o autor juntasse aos autos documento que comprovasse fato relevante ao deslinde da causa, tendo seu pedido indeferido, com fundamento de que o ônus da prova do mencionado fato caberia ao autor.

Inconformada, a seguradora recorreu ao tribunal que, cumprindo seu dever de auxílio, revogou a decisão que indeferiu o pedido, determinando a notificação do autor para apresentar o documento solicitado.

Com isso, entendemos que o juízo *ad quem*, de maneira indireta, dinamizou o ônus, pois somente o promovente detinha o meio de prova essencial para a descoberta da verdade. Ademais, caso a parte descumprisse seu dever de colaboração poderia, nos termos do

art. 417º, n. 2 do NCPC, ter o encargo invertido em seu desfavor, o que corrobora com nossa compreensão acerca do tema.

Assim, em que pese a visão rígida deste ordenamento no que tange às normas de distribuição do *onus probandi*, posicionamo-nos a favor da ampliação dos arestos acima relacionados, de maneira que os magistrados portugueses passem a apreciar as peculiaridades do caso concreto, principalmente as condições de produção probatória da parte onerada, pois, se porventura aqueles sujeitos deixarem de dinamizar os encargos, estarão a faltar com a ajuda inerente à cooperação, impedindo com isso a prestação efetiva da jurisdição.

Neste norte, entendemos que aquela concretização implícita da teoria da carga dinâmica deve estender-se para além dos casos de dificuldade dos fatos negativos, adentrando com isso em todas as causas em que haja obstáculos ao pleno exercício do direito à prova.

Por isso, demonstraremos um caso que, por conta da rigidez do sistema, não foi possível a descoberta da verdade real. Trata-se do acórdão de 18 de março de 2010, processo nº 1364/05.5TBBCL.G1, da Relação de Guimarães, cuja temática versa sobre a responsabilidade civil médica, questão essa de grande divergência doutrinária e jurisprudencial, que por si só já atrapalha sua seara probatória.

Em síntese, no presente processo, os pais intentaram ação declarativa de condenação contra uma clínica e dois médicos, visando obter uma indenização em decorrência da morte de seu filho recém-nascido, que consideravam ser fruto de conduta negligente dos demandados.

O juízo *a quo* julgou a demanda não provada e improcedente, sendo a mencionada sentença recorrida pelos promoventes.

Ao apreciar o recurso, o tribunal entendeu que a relação entre os médicos e a paciente era contratual, de acordo com a jurisprudência dominante, e que a obrigação daqueles era *é meio*, e não de resultado, pois se comprometeram a utilizar todos os seus conhecimentos para gerar um bem-estar à autora. Com isso, restou afastada a presunção de culpa que recairia sobre os profissionais de saúde, prevista no art. 799º do CC.

Tais conclusões da Relação geraram repercussão no campo probatório, pois passou a recair sobre os autores a prova de que os réus violaram as regras das artes médicas (conduta ilícita) e que a morte da criança resultou da destas atitudes (nexo de causalidade). Isso posto, como o polo ativo da demanda não logrou êxito na comprovação de tais requisitos, a apelação foi julgada improcedente, confirmando-se assim a sentença.

Entretanto, não concordamos com esta conclusão do julgado, pois o fardo probatório que recaiu sobre a cabeça dos autores foi deveras pesado, não havendo qualquer condição desses conseguirem comprovar tais fatos, gerando com isso uma nítida disparidade de condições.

Desta forma, entendemos que caso o ônus fosse dinamizado⁴²⁸, de modo a redirecioná-lo as partes que estivessem em melhor posição perante a prova, poder-se-ia chegar a uma solução justa no processo, já que apenas os médicos poderiam efetivamente reconstruir nos autos o que ocorreu na sala de cirurgia.

Assim, referida demonstração apenas ressalta a importância da teoria da carga probatória dinâmica como instrumento capaz de alcançar a verdade real acerca dos fatos controvertidos alegados nos autos, coadunando-se deste modo com a visão moderna do processo civil, além de sua necessária expansão na jurisprudência do ordenamento português.

⁴²⁸ Posição também defendida por MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. *O ônus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 107.

CONCLUSÃO

Após toda a exposição acerca deste tema no âmbito do Direito Processual Civil, é perceptível a importância desta técnica de mitigação do ônus da prova. A referida teoria da carga dinâmica pretende impor uma visão constitucional desse instituto, de modo a adequá-lo às peculiaridades do caso concreto, já que as normas que o reparte o fazem de modo rígido.

É que a distribuição abstrata dos encargos probatórios pode, por vezes, impedir a efetiva prestação jurisdicional, na medida em que inviabilize a entrada nos autos de meios de prova relevantes que só teriam condições de ser produzidos pela contraparte não onerada.

Desta feita, a dinamização do ônus é um instrumento capaz de reequilibrar a paridade de armas entre as partes, de forma que ambas tenham condições de convencer o magistrado sobre a veracidade das alegações de fatos aduzidas em juízo, além de fomentar a cooperação entre todos os sujeitos processuais.

Neste norte, o juiz, agindo como gestor processual, irá repartir o encargo probatório, conferindo-lhe a parte que possua melhores possibilidades de cumpri-lo, com o intuito de irrigar o processo com meios essenciais para o deslinde da questão.

Todavia, é importante salientar que o julgador não estará livre para atuar como verdadeiro distribuidor do ônus. É que a teoria tem cunho excepcional, ou seja, só deverá ser aplicada quando as regras de divisão do peso probatório causarem uma prova diabólica para a parte encarregada, o que, por consequência, irá impedir a descoberta da verdade real nos autos, que é um dos pilares da acepção moderna do processo civil.

Por sua vez, torna-se necessário ainda que com a flexibilização do instituto, a parte que passou a ser onerada tenha condições de exercê-lo. Com isso, perfilhamos com a idéia de que tal mitigação ocorrerá, *a priori*, na audiência preliminar ou prévia, oportunidade na qual as partes estarão em contato direto com o juiz, havendo com isso uma interação cooperativa entre esses.

Assim, respeitados estes critérios para a aplicação da teoria da carga dinâmica, não há o que se questionar sobre uma possível insegurança jurídica ou mesmo uma parcialidade do tribunal, visto que estarão sendo respeitados todos os princípios processuais inerentes ao Estado de Direito, notadamente o *contraditório* e a *motivação*, que já foram tidos como *antídotos* para esses males jurídicos.

Apesar destas possíveis críticas à doutrina da prova compartilhada, esta já se encontra consagrada em alguns sistemas jurídicos, como, por exemplo, na Alemanha, Espanha, Uruguai e Argentina, sendo o último tido como o berço desta análise moderna do *onus probandi*, cujo precursor foi JORGE W. PEYRANO, apesar de seus ideais já terem sido lançados anteriormente, pelo jurista inglês BENTHAM.

Dito isso, após termos exposto os pilares e todos esses pontos controvertidos da pretensa teoria, passamos a tratar de sua possível adaptação aos ordenamentos centrais da presente dissertação, quais sejam o brasileiro e o português.

No direito brasileiro a dinamização do ônus probatório já se encontra bastante difundida. Por meio de uma análise sistemática, a doutrina passou a reconhecer a sua compatibilidade, visto que os princípios basilares da teoria já estão devidamente consagrados.

Assim, partindo desta premissa, os tribunais passaram a adaptar a norma do art. 333 do CPC às peculiaridades do caso concreto, o tendo feito em diversos casos, como em julgados em que a prova de fatos negativos era impossível ou extremamente difícil para a parte onerada, além de processos que tratavam de responsabilidade civil médica, ações de alimento, abandono afetivo, relações de consumo, Direito Previdenciário e Ambiental e Laboral.

Desta maneira, levando em consideração este avanço da carga dinâmica no sistema brasileiro, fora introduzido dispositivo no projeto de novo CPC, que está em vias de aprovação, no qual o objeto desta dissertação estará positivado. Todavia, o referido art. 358 não está isento de críticas, por não esclarecer que esta técnica só poderá ser utilizada de forma excepcional e quando houver *probatio diabolica* para a parte *a priori* onerada.

Este estágio avançado da teoria não é encontrado no ordenamento português. Neste sistema, a distribuição do encargo, presente nos art. 342º e seguintes do CC, é feita de forma deveras rígida e sua possível flexibilização não é vista com bons olhos pela maior parte da doutrina.

Entretanto, expomos, através de uma análise sistemática e axiológica, do mesmo modo que a teoria fora extraída do direito brasileiro, que esta também é possível de ser aplicada pelos tribunais lusitanos, notadamente pela força que o princípio da cooperação possui neste mundo jurídico.

Nesta linha, passamos a demonstrar alguns julgados em que houve uma dinamização *implícita* do ônus, em especial nos casos em que o objeto da prova era um fato

negativo, dado a sua natural dificuldade de produção, além de outro que o fizera através do dever de auxílio do tribunal para com a parte onerada.

Por fim, demonstramos um caso de responsabilidade civil médica em que a tutela não foi bem prestada, por conta da impossibilidade probatória dos pacientes frente aos profissionais de saúde, que por sua posição possuem melhores condições de produzir os meios de prova, o que aduz a necessária expansão desta flexibilização para outras searas do direito português.

Assim, restou comprovada a importância da temática escolhida para esta dissertação, pois é com a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova que será possível a justa composição do litígio em casos em que existiam obstáculos ao pleno exercício do direito à prova.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Daniel Fernando. *Cargas probatorias dinámicas y proceso penal*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- AGUIAR JR. Ruy Rosado. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor. n. 16. São Paulo: RT, 1995.
- AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ALONSO, Carlos Miguel. *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. XXXIII. Coimbra: Coimbra Editora. 1957.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *O ônus da prova nas ações declaratórias negativas*. Revista de Processo. n. 4. São Paulo: RT, 1976.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais. *Direito Processual Civil*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.
- ANDRADE, André Gustavo C. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões*. Revista de Direito do Consumidor. n. 48. São Paulo: RT, 2003.
- ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil* 2. ed. Buenos Aires: La Rocca, 1998.
- _____. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 28 nov.2012.
- _____. *O indício e a prova no direito processual*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil aspectos relevantes: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Ônus da prova e suas modificações no processo civil brasileiro*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.
- _____.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 10. ed. Vol. II. São Paulo: RT, 2012.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *La prueba en el proceso civil*. 7. ed. Pamplona: Civitas, 2012.

_____. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

BARBERIO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: ¿qué debe probar el que no puede probar?*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BARROSO, Darlan. *Manual de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 2. ed. Vol. 1. Barueri: Manole, 2007.

BAZZANESE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. Revista de Processo. Vol. 205. São Paulo: RT, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: El Foro, 2003.

BEZERRA, J. Miguel; VARELA, Antunes; NORA, Sampaio. *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: Estudos sobre o Processo Civil*. Vol. III. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANTOARIO, Diego Martinez Ferverenza. *Poderes do juiz e princípio do contraditório*. Revista de Processo. Vol. 195. Ano 36. São Paulo: RT, 2011

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CARDOSO, Oscar Valente. *O direito à prova como um direito fundamental*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 74. São Paulo: Dialética, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. 2. ed. Vol. II. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Jurídico, 2006.

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

CASTRO, Artur Anselmo. *Lições de processo civil*. Vol. 4. Coimbra: Atlântida, 1968.

CHIAPPINI, Julio O.; PEYRANO, Jorge W. *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 4. ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2012.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho. *O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004*. Revista de Processo. Vol. 138. São Paulo: RT, 2006.

COSTA JÚNIOR, Lucas Danilo Vaz. *A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional do processo*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 12. Belo Horizonte: *De jure*, 2009.

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

CUNHA, Maurício Ferreira; TAVARES, Fernando Horta. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. Revista de Processo. Vol. 195. São Paulo, RT, 2011.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. Revista dos Tribunais. Vol. 788. Ano 90. São Paulo: RT, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIEGO, Rosa Gómez de Liaño; GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño. *Ley de Enjuiciamiento Civil: notas e doutrina de tribunales*. 1. ed. Pamplona: CIVITAS, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DUARTE, Bento Herculano. *Elementos de Teoria Geral da Prova*. In: DUARTE, Bento Herculano e DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil aspectos relevantes: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Método, 2006.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5. ed., Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editores, 1981.

FAURE, Miryam Balestro. *La dinámica de las cargas probatorias: una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIALHO, António José. *Simplificação e gestão processual*. In. BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Código de Defesa do Consumidor anotado*. São Paulo: Rideel, 2009.

FREITAS, José Lebre. *A igualdade de armas no direito processual civil português*. Revista O Direito. n. 124. Lisboa: Associação Promotora de O Direito, 1992.

_____. *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____; MACHADO, António Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MACHADO, António Montalvão; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GAULIA, Cristina Tereza. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 40. São Paulo: RT, 2001.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova e a Constituição*. In. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Labor S.A., 1936.

GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño; DIEGO, Rosa Gómez de Liaño. *Ley de Enjuiciamiento Civil: notas e doutrina de tribunales*. 1. ed. Pamplona: CIVITAS, 2008.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil anotado*. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011.

GOUVEIRA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. Revista Julgar. n. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 6. São Paulo: Dialética, 2003.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. n. 4. Padova: CEDAM, 1966.

GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. n. 9. Ano VII. Campos dos Goytacazes: FDC, 2006.

_____. *As provas no processo ambiental*. Revista de Processo. n. 128. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Nuno Lemos. *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*. Revista Julgar. nº. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

KARAM, Munir. *Ônus da prova: noções fundamentais*. Revista de Processo. n. 17. São Paulo: RT, 1980.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LEGUISAMÓN, Héctor E. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 47. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Pires; VARELA, João de Matos Antunes. *Código Civil Anotado*. 4. ed. Vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

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

_____. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*. Revista de Processo. n. 116. Ano. 29. São Paulo: RT, 2004.

_____; LOPES, Mara Elizabeth de Castro. *Novo Código de Processo Civil e a efetividade da jurisdição*. Revista de Processo. n. 188. São Paulo: RT, 2010.

LOPES, Mara Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Novo Código de Processo Civil e a efetividade da jurisdição*. Revista de Processo. n. 188. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____; PINTO, Rui; FREITAS, José Lebre. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; PINTO, Rui; FREITAS, José Lebre. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004*. Revista de Processo. Vol. 138. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; _____. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; _____. *Processo de Conhecimento*. 10. ed. Vol. II. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

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

MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, João Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961.

_____. *Direito Processual Civil*. Vol. III. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1970.

MÉNDEZ, Susana Pazos. *Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil*. In: LLUCH, Xavier Abel; JUNOY, Joan Picó (dir.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor 2007.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e exceção no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2009.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. *O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo. n. 114. São Paulo: RT, 2004.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. Revista de Processo. n. 16. Ano 4. São Paulo: RT, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; _____. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Voltaire de Lima. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. n. 31. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Temas de direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de direito processual Civil – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O problema da “divisão do trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos*. Revista de Processo. n. 41. Ano 11. São Paulo: RT, 1986.

_____. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual. Vol. 49. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *O juiz e a prova*. Revista de Processo. n. 35. Ano 9. São Paulo: RT, 1984.

_____. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Revista de Processo. n. 53. Ano 14. São Paulo: RT, 1989.

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de Direito Processual – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O processo, as partes e a sociedade*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 5. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. O neoprivatismo no processo civil. Revista de Processo. n. 122. Ano 30. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. *O ônus da prova nas ações de responsabilidade civil médica*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2012.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____; FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 75. São Paulo: Dialética, 2009.

NORA, Sampaio; VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel. *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Presunções e ficções no direito probatório*. Revista de Processo. Vol. 196. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.44.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PALAO, Julio Banacloche. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. n. 50. Madrid: ICADE, 2000.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *O princípio da isonomia aplicado ao Direito Processual Civil*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (cords.).

Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. *A questão da distribuição do ônus da prova*. Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. n. 4. Goiânia: Kelps, 1995.

PEYRANO, Marcos L. *La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEY 1/2000)*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PEYRANO, Jorge W. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*. Revista de Processo. n. 185. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____; WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. Revista de Processo. n. 217. São Paulo: RT, 2013.

PIMENTA, Paulo; MACHADO, António Montalvão. *O novo processo civil*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

PINTO, Rui; MACHADO, António Montalvão; FREITAS, José Lebre. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MACHADO, António Montalvão; FREITAS, José Lebre. *Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

QUEMADA, Vicente Herce. *La carga de la prueba*. Separata del Boletín Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. n. 6, 1962.

RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

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

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *A prova em Direito Civil*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *O direito fundamental de facilitação da defesa em juízo dos consumidores*. Revista de Processo. n. 193. São Paulo: RT, 2011.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SANTOS, Igor Raatz. *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. Revista de Processo. Vol. 192. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica*. Revista dos Tribunais. n. 924. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2009.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Provas: direito probatório material*. Lisboa: [s. n.], 1962.

_____. *Anotação sobre o Acórdão de 29 de julho de 1969 do Supremo Tribunal de Justiça*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. n. 103. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

_____. *Anotação sobre o Acórdão de 28 de julho de 1972 do Supremo Tribunal de Justiça*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. n. 106. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, 6º, VIII)*. Revista de Processo. n. 146, São Paulo: RT, 2007.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SILVA, João Batista de França. *O direito à prova no processo civil brasileiro*. Revista Direito e Liberdade. Vol. 13. ano 2, Natal: ESMARN, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 6. ed. Vol. 11. São Paulo: RT, 2003

SOUSA, Miguel Teixeira. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: LEX, 1995.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 2000.

SOUZA, Artur César. *Justo processo ou justa decisão*. Revista de Processo. n. 196. Ano 36. São Paulo: RT, 2011.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Note per una riforma del diritto delle prove*. Rivista di Diritto Processuale. Vol. XLI. Padova: CEDAM, 1986.

_____; MICHELI, Gian Antonio. *A prova*. Revista de Processo. n. 16. Ano 4. São Paulo: RT, 1979.

_____. *Presunzioni, inversion, prova del fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XLVI. Milano: GIUFFRÈ, 1992.

_____. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n. 2. Ano 60. Milano: GIUFFRÈ, 2006.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. Revista de Processo. Vol. 195. São Paulo, RT, 2011.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TEIXEIRA, Paulo Duarte. *O poder de gestão no processo experimental*. In: BRITO, Rita. *Regime Processual Civil Experimental: Simplificação e gestão processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

TEPSICH, María Belén. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios em busca da verdade real*. Revista Dialética de Direito Processual. n. 80. São Paulo: Dialética, 2009.

VARELA, João de Matos Antunes; LIMA, Pires. *Código Civil Anotado*. 4. ed. Vol. I. Coimbra: Cimbra Editora, 1987.

_____; NORA, Sampaio; BEZERRA, J. Miguel. *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 10. ed. Vol. I. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (cords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.) e WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

XAVIER, Trícia Navarro. *O “ativismo” do juiz em tema de prova*. Revista de Processo. Vol. 159. São Paulo: RT, 2008.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique Oliveira. *Revelia e direito à prova*. Revista de Processo. n. 185. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Revista de Processo. n. 205. São Paulo: RT, 2012.

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