

SUZANA SANTI CREMASCO

A Distribuição  
Dinâmica do  
Ônus da Prova

1.4641

LE

S

1

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	1
1. O pêndulo do direito processual e a tônica do processo civil moderno: o processo efetivo e justo .....	1
2. A contextualização e a importância da prova no processo moderno .....	9
3. A distribuição dinâmica do ônus da prova: o tema, sua justificação e delimitação .....	15
<b>II. O ÔNUS DA PROVA</b> .....	23
1. Conceito: a necessária distinção entre ônus e obrigação .....	23
2. Estrutura e finalidade .....	28
2.1. O ônus subjetivo: regra de conduta para as partes .....	29
2.2. O ônus objetivo: regra de julgamento para o juiz .....	31
2.3. Apontamentos: regra de conduta ou de julgamento? .....	33
3. A distribuição do ônus da prova .....	38
3.1. Fundamento .....	38
3.2. As teorias "estáticas" existentes sobre a distribuição do ônus da prova .....	41
3.2.1. A teoria que impõe ao autor o ônus de provar .....	42
3.2.2. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que afirma .....	45
3.2.3. A teoria que impõe ao autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à sua exceção .....	49
3.2.4. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que alega fato anormal .....	49
3.2.5. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que pretende inovar .....	51
3.2.6. A teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a natureza dos fatos .....	53
3.2.7. A teoria que impõe a cada parte o ônus da prova dos pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável .....	55
3.2.8. A teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a posição das partes em relação ao efeito jurídico perseguido .....	57
4. A distribuição do ônus da prova consagrada no CPC brasileiro .....	60
5. A inversão do ônus da prova instituída pelo CDC .....	63
<b>III. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	69
1. Apresentação: conceito e características .....	69
2. Fundamentos .....	77
2.1. A busca pela verdade real e a obtenção de um resultado justo .....	79
2.2. Os poderes instrutórios do juiz .....	81
2.3. O princípio da cooperação do juiz e das partes .....	84
3. Aplicabilidade .....	86

3.1. Os critérios para a sua aplicação .....	86
3.2. O momento processual adequado à sua determinação .....	88
3.3. O problema da carga superveniente .....	92
4. A adoção da teoria no processo civil brasileiro .....	94
4.1. A inexistência de óbice na atual legislação: a interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos do CPC .....	94
4.2. A orientação da jurisprudência e da doutrina .....	98
4.3. A consagração da teoria no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos .....	111
<b>IV. CONCLUSÃO .....</b>	<b>119</b>
<b>V. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>123</b>

## I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 1. O pêndulo do direito processual e a tônica do processo civil moderno: o processo efetivo e justo

Durante um longo tempo, o processo foi tido pelos estudiosos da ciência jurídica como parte integrante, simples capítulo do direito material, sem qualquer independência ou autonomia em relação a ele.

Nesse período, o que se tinha era um total sincretismo entre o direito e o processo e “não havia uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles”.<sup>1</sup>

Jurisdição, ação e processo eram conceitos indissociavelmente ligados à noção de direito subjetivo material, numa visão nitidamente plana da ordem jurídica então em vigor.<sup>2</sup> O processo, em verdade, nada mais era do que um modo de exercício de direitos subjetivos que se dava através de uma sucessão encadeada de atos que formavam o procedimento; a ação, o próprio direito subjetivo quando violado, e a jurisdição, o mecanismo responsável pela sua tutela.<sup>3</sup>

Em meados do século XIX, porém, dois ensaios publicados por juristas da Escola Pandectista foram responsáveis por colocar em xeque tais concepções, reiteradamente sustentadas no curso da história desde o Direito Romano.

O primeiro – *A Actio do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Atual*<sup>4</sup> –, de autoria de Bernhard Windscheid e datado de 1856, foi responsável

1 Dinamarco, Cândido Rangel, Reflexões sobre direito e processo, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 432, out. 1971, p. 23.

2 Dinamarco, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, 5ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 18.

3 *Idem, ibidem.*

4 *Die Actio des Römischen Zivilrechts vom Standpunkt des Heutigen Rechts.*

por oferecer as bases para a desvinculação e o reconhecimento de autonomia entre o direito de ação e o direito subjetivo material ao estabelecer as diferenças de conceito, conteúdo, forma e sistema entre a *actio romana* e a ação do direito moderno.<sup>5</sup>

O segundo – *A Teoria das Exceções e os Pressupostos Processuais*<sup>6</sup> –, escrito por Oscar von Büllow, em 1868, cuidou de individualizar e sistematizar<sup>7</sup> a

5 Partindo da observação de que o sistema romano era um sistema de ações e não de direitos como o sistema moderno e que, na verdade, a noção trazida pela *actio romana* era muito mais próxima da noção de pretensão, Windscheid abriu caminho para que se concluísse que a ação moderna “não é instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz, não tem por objeto o bem litigioso, mas prestação jurisdicional” (Dinamarco, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade*, cit., p. 18), delineando, pois, os primeiros contornos quanto a existência de dois planos distintos na ordem jurídica: o formal e o substancial. O ensaio de Windscheid foi contestado pouco tempo depois por Theodor Muther, que, em trabalho de 1857, intitulado *Zur Lehre von der Römischen Actio dem Heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen – Eine Kritik des Windscheidschen Buches*, ou *A Doutrina da Actio Romana do Moderno Direito de Ação, da Litiscontestação e da Sucessão Singular nas Obrigações – Uma Crítica ao Livro de Windscheid*, voltou a aproximar as noções da *actio romana* com a ação moderna, por entender que a existência de um direito subjetivo seria um pressuposto comum a ambas. Esse segundo ensaio deu ensejo à conhecidíssima polêmica sobre o conceito e a natureza da ação e os inúmeros debates que se seguiram foram responsáveis por evidenciar e consolidar que, “a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, a ação cria outros dois direitos públicos: a) um para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e b) outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou” (Theodoro Jr., Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. 1, nº 51, pp. 60-61). E essa constatação quanto à existência de um direito subjetivo dissociado do direito lesado, apto a provocar o exercício da atividade jurisdicional, foi a grande responsável pela construção do moderno conceito de ação. Sobre a ação, cf. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações*, 1ª ed., São Paulo, RT, 1970-1978, vols. I a VII.

6 *Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*.

7 A utilização do vocábulo *sistematizar* para referir-se ao trabalho desenvolvido por Büllow decorre do reconhecimento de que não foi ele quem propriamente criou a noção de relação jurídica processual, distinguindo-a da relação jurídica de direito material. A referência inicial é feita na obra de Bethmann-Hollweg, como o próprio Büllow reconhece no ensaio publicado:

“Somente o profundo olhar de Bethmann-Hollweg (*Civilprozess des gem. Rechts (Processo Civil do Direito Comum)*, t. 1, pp. 22 e 103) não escapou [a realidade do processo como relação jurídica distinta da relação de direito privado]. Porém passa por cima, em poucas linhas, sem nenhuma fundamentação ou exame mais preciso e sobretudo, não extrai as

relação jurídica processual, demonstrando que ela era uma realidade completamente distinta da relação jurídica de direito material, na medida em que ambas não só surgiam em momentos diferentes, como também tinham objeto, sujeitos e pressupostos próprios, específicos de cada qual e impossíveis de serem confundidos.<sup>8</sup>

A partir daí, o processo foi reconhecido como ramo autônomo da ciência do direito e os seus entusiastas concentraram-se em pesquisar e conceituar os seus elementos e pilares fundamentais, proporcionando-lhe “método e objetos próprios, de molde a libertá-lo, por completo, da sua até então incômoda condição de mero apêndice do Direito Privado”.<sup>9</sup>

Observou-se, então, a ocorrência de um movimento pendular, por meio do qual o direito processual abandonou o extremo do sincretismo com o direito material em que estava inicialmente inserido para, gradativamente, alcançar o outro extremo, caracterizado por sua absoluta autonomia conceitual e existencial.

conseqüências por ele expostas supra. Por isso, sua idéia aparentemente singela, mas na verdade importantíssima ficou sem considerar e, por isso, o mesmo autor secundariamente fixa sua atenção na confirmação do que expôs precedentemente” (*A Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais* [tradução Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2003, p. 5). Cândido Rangel Dinamarco vai mais longe ao afirmar que a referência à idéia de relação jurídica processual e sua configuração triplíce já havia sido aventada, entre os glosadores do direito romano, por Búlgaro (*judicium est actus trium personarum iudices, actoris, rei*) e, mais tarde, também pelas Ordenações do Reino que diziam que “três pessoas são por direito necessárias em qualquer juízo, juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda” (L. III, XXX, pr) (*A Instrumentalidade* cit., p. 19).

8 A este propósito cf. Büllow, Oskar von, *A Teoria das Exceções* cit. No referido trabalho, Büllow evidencia que a relação jurídica processual trata-se “de uma relação toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu – e que difere da relação jurídico-material litigiosa por seus sujeitos (a inclusão do juiz), por seu objeto (os provimentos jurisdicionais) e por seus pressupostos (os pressupostos processuais)” (Dinamarco, Cândido Rangel, *O futuro do processo civil*, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 336, out.-dez. 1996, p. 28).

9 Theodoro Jr., Humberto, A reforma do código de processo civil brasileiro. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, Porto Alegre, vol. 2, 2000, p. 13. Quanto a este aspecto, anota o autor que:

“O moderno direito processual teve sua primeira pedra de sustentação no reconhecimento dos pandectistas de que, diante da lesão de um direito subjetivo, não ocorria a simples reação deste em face da agressão, mas surgia uma nova relação jurídica, que não mais se travava entre as partes, mas entre a vítima da violação jurídica e o Estado e que tinha como objeto a tutela jurisdicional” (*idem, ibidem*).

Teve início, assim, um período riquíssimo de definição de conceitos, aprimoramento de institutos e construção de estruturas bem ordenadas<sup>10</sup> que fez com que o processo evoluísse e se transformasse num mecanismo autônomo de composição de litígios, “num dos mais civilizados instrumentos que já se inventaram”,<sup>11</sup> para, através da realização da vontade concreta da lei, solucionar o conflito de interesses existente entre os litigantes e, por conseguinte, restabelecer a paz e a ordem social.

Afastado do direito material em razão da fase autonomista na qual o processo se encontrava, faltava aos processualistas (e, via de conseqüência, ao próprio direito processual) a consciência e o comprometimento com a necessidade de orientar o processo – instrumento de composição de litígios e de pacificação social – para o alcance de resultados justos<sup>12</sup> ou, na clássica lição de Chiovenda, para garantir “de forma prática e, na medida do possível, a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”.<sup>13</sup>

Por conseguinte, não raras vezes, ao final do processo, culminava-se por declarar o direito subjetivo das partes apenas em abstrato. Sem se preocupar com a veracidade, a efetividade ou a justiça da decisão, o que se tinha, na verdade, era uma tutela meramente formal, por vezes ficcional de direitos, capaz de fazer do preto, branco, e do quadrado, redondo, mas sistematicamente inábil em promover alterações concretas no mundo dos fatos.

O isolamento, a autonomia e a depuração da técnica do processo – fundamentais para a sua construção, consolidação e o seu desenvolvimento enquanto ciência<sup>14</sup> – geraram, no correr dos anos, excessos bastante indesejáveis tanto do

10 Dinamarco, Cândido Rangel, *O futuro cit.*, p. 27.

11 Barbosa Moreira, José Carlos, *Notas sobre o problema da efetividade do processo*, in *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Rodrigues Marques*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 204.

12 Dinamarco, Cândido Rangel, *O Futuro cit.*, p. 27.

13 Chiovenda, Giuseppe, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. I, p. 110:

“Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire.”

14 Neste ponto, justa e precisa é a observação de Barbosa Moreira quando diz que “não há que censurar a geração dos estudiosos que durante anos lavraram, com instrumentos de uma técnica incessantemente aperfeiçoada, o terreno do processo. Era necessário, e foi útil, que o fizessem. Ninguém deve subestimar o proveito que se tirou, e ainda hoje se tira, do produto desse labor. Não é coisa desprezível podermos trabalhar sobre estruturas sólidas, empregar

ponto de vista social, quanto, e porque não dizer, do próprio direito, que, ante a deficiência do seu instrumento, já não mais conseguia alcançar a sua própria finalidade.

Atrelado a um conceitualismo, um formalismo e um tecnicismo que se revelaram extremos, imerso em um academicismo dogmático sem precedentes e, ainda, sem qualquer preocupação com objetivos e resultados ou com os anseios da sociedade, o processo esteve ameaçado de “esterilizar-se em jogos verbais”<sup>15</sup> e de transformar-se num verdadeiro fim em si mesmo.

As marcas deixadas na sociedade e nos juristas ao longo de um dos séculos mais agitados da história no que diz respeito aos aspectos social, político, econômico, cultural e tecnológico, como o foi o século XX, fizeram, porém, com que, pouco a pouco, houvesse uma “tomada de consciência de que o processo não poderia se contentar com uma autonomia científica limitada à pesquisa e conceituação das suas figuras jurídicas fundamentais”.<sup>16</sup>

Constatou-se, então, que a preocupação com a técnica e a precisão conceitual só se justifica enquanto vinculada à consecução de determinados fins.<sup>17</sup> Desse modo, não se podia “transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual”,<sup>18</sup> sob pena de tornar o processo um instrumento inócuo. “O processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”.<sup>19</sup>

Operou-se, assim, uma profunda reflexão sobre os objetivos e os fins do processo. E muito mais do que um mero instrumento de realização da vontade concreta da lei, ele começou a ser visto como um mecanismo de efetiva realização da tutela dos direitos subjetivos perseguidos pelas partes e declarados pelo Poder Judiciário ao final da atividade jurisdicional.

linguagem precisa, lidar com conceitos bem definidos, saber como se articulam as peças do mecanismo. Muitas e boas razões temos todos para ser gratos aos nossos antecessores pelo legado que dele recebemos (Os novos rumos do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 78, abr.-jun. 1995, p. 134).

15 Barbosa Moreira, José Carlos, *Os novos rumos cit.*, loc. cit.

16 Theodoro Jr., Humberto, *A reforma cit.*, p. 7.

17 Bedaque, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 19.

18 *Idem, ibidem*.

19 *Idem*, p. 16.

Não mais um mecanismo qualquer, mas um instrumento necessariamente preocupado e comprometido com a obtenção de um resultado efetivo e justo, na exata medida em que isso representa, ou seja, um resultado que não só outorga o direito ao seu titular, mas é igualmente capaz de realizar todos os fins e produzir todos os efeitos a ele inerentes.<sup>20</sup>

A busca pelo processo efetivo e justo tornou-se, portanto, preceito, ou melhor, garantia fundamental que dá a tônica e norteia todo o processo moderno, lançando as bases de “um método para formulação ou para aplicação do direito que tende a garantir a excelência do resultado, vale dizer, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa”.<sup>21</sup>

Ao fazê-lo, provocou a ocorrência de um novo movimento pendular na história do direito processual, em sentido diametralmente inverso ao primeiro.

Através dele, o processo vem afastando-se do extremo da autonomia irrestrita – para o qual foi levado no final do século XIX e no qual se manteve durante toda a primeira metade do século XX – e, aos poucos, aproximando-se do extremo em que se encontra o sincretismo com o direito material.

20 A este propósito, Humberto Theodoro Jr. tem passagem ímpar, na qual diz: “O que o século XX reclamava eram resultados práticos, individuais e coletivos, que dessem à função jurisdicional do Estado uma presença efetiva de idealizador e realizador prático da Justiça. O processo tinha que ser não apenas científico, mas eficiente e justo. Tinha que se apresentar perante a sociedade como instrumento ágil e confiável de eliminação de litígio, apto a proporcionar resposta concreta, caracterizada, a um só tempo, pela fidelidade à vontade da lei e pela preocupação de adaptá-la aos valores e aspirações em confronto dentro do conflito jurídico. O processo, na consciência da comunidade social, e na convicção dos juristas do final de nosso século, tem de ser um sistema comprometido com o justo, no exato sentido que a sociedade empresta a essa idéia. O século XX se encerra, portanto, convencido de ter imposto ao Direito processual os rumos da instrumentalidade, mas não apenas a ser simples realizador da vontade concreta da lei. O processo que lega ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a justa composição. A garantia do devido processo legal, herdada dos séculos anteriores, tornou-se em nosso tempo a garantia do processo justo” (A reforma cit., loc. cit.).

21 Camelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, tradução Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEJA, 1973, vol. I, nº 1, p. 22: “La voz del proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta.”

A ponta sincretista, porém, muito pouco ou quase nada se assemelha àquela que o direito processual deixou para trás nos confins de 1868.

O sincretismo do direito contemporâneo não contesta a existência concomitante do direito material e do direito processual ou a autonomia científica, atualmente inequívoca, de ambos enquanto ramos da ciência do direito. Mas reconhece que há entre um e outro uma aproximação, uma relação de interdependência necessária, em razão da qual é possível dizer que o direito material sem o processo é manco, porquanto desprovido do instrumento responsável por garantir a sua efetivação sempre que violado; e o direito processual, sem o direito material que o preenche e em relação ao qual ele atua, torna-se inócuo e não tem qualquer razão de ser.<sup>22</sup>

Direito e processo são hoje mecanismos complementares de tutela do jurisdicionado que se encontram em pleno aperfeiçoamento, com vistas a atingirem os fins a que se destinam.<sup>23</sup>

22 A relação de interdependência entre o direito processual e o direito material é desenhada de forma singular por José Roberto dos Santos Bedaque, quando afirma:

“O direito processual é a ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins. Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de se transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas meios adequados para a defesa de seus interesses” (*Direito e Processo cit.*, pp. 12-13).

23 Quanto a este aspecto, não poderíamos deixar de anotar a existência de corrente “neoprivatista” do processo no Direito Europeu – notadamente na Itália, com Cipriani, e na Espanha, com Montero-Aroca – que combate de forma veemente o processo de resultados, que conta com a participação e a colaboração efetiva das partes e, ainda, com a outorga de poderes ao juiz. Sustentam que na busca por um processo efetivo e justo, ocorre “uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial, assevera-se, é típico de legislações autoritárias, emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento, um modelo ‘garantístico’ do processo repele juizes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão” (Barbosa Moreira, José Carlos, O neoprivatismo no processo civil, in *Temas de Direito Processual: Nona Série*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 88). Tal concepção, a nosso

Especificamente no tocante ao direito processual, longe de simplesmente abandonar os conceitos, a técnica e os seus institutos jurídicos fundamentais,<sup>24</sup> seu aperfeiçoamento tem decorrido de um movimento no sentido da reconstrução, a partir da revisitação dos elementos que compõem o processo, que possibilitam uma releitura vanguardista do conteúdo e a readequação da função que cada um deles exerce dentro da relação processual.

O mesmo se observa em relação aos sujeitos do processo – partes e juiz – que têm a sua conduta e o seu papel revistos, remodelados e norteados por novos princípios – como o da efetiva participação do magistrado e o do dever de colaboração, de cooperação dos litigantes – sempre e cada vez mais com o intuito de possibilitar o alcance do real escopo do instrumento.

Essa releitura do processo como um todo e do “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar”<sup>25</sup> integra a terceira das três grandes ondas renovatórias descritas por Mauro Cappelletti

---

ver, não tem como prosperar. A uma porque a história já demonstrou que o privatismo do processo conduz a resultados que muitas vezes não são satisfatórios e por meio dos quais o processo não consegue alcançar aquele que é o seu fim último e maior, qual seja, a tutela do direito material dos litigantes. A duas porque a intervenção do órgão judicial de forma direta no feito não necessariamente conduz ao autoritarismo, até porque os limites para a sua atuação vêm expressamente delineados na lei e podem ser objeto de controle pelas partes. E a três porque a função exercida pelo juiz no processo – julgamento do conflito de interesses posto a sua apreciação – pressupõe que o julgador esteja seguro quanto aos fatos nos quais a controvérsia se embasa, de forma a poder bem aplicar o direito, e para estar seguro quanto aos fatos, o julgador deve ter acesso às provas de que eles ocorreram. Se as partes não o fazem é mais que lógico que o magistrado possa fazê-lo, de modo a colher elementos que lhe permitam julgar a causa, sem que tal fato importe, absolutamente, em quebra de garantias processuais dos litigantes ou imparcialidade do julgador, que inclusive não tem como saber, a priori, em favor de quem a sua intervenção atuará.

24 Neste ponto, mais uma vez, precisa é a observação de Barbosa Moreira: “O tecnicismo exacerbado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o direito seja tratado atecnicamente é abrir a porta ao diletantismo frívolo, quando não ao mais desbragado charlatanismo. Sabemos todos em que excesso de aviltamento caíram, vítimas sem cerimônia de amadores despreparados, alguns setores da ciência jurídica mais acessíveis a esse gênero de impostura” (O transitório e o permanente no direito, in *Reflexões sobre Direito e sobre Processo*, Rio de Janeiro, 1992, p. 5).

25 Bedaque, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo cit.*, p. 56.

como essenciais à ampliação da garantia de acesso à justiça e à obtenção de resultados justos e efetivos pela atividade jurisdicional.<sup>26</sup>

Nesse novo cenário, alguns institutos processuais adquirem particular importância, porquanto se revelam indispensáveis ao alcance da efetividade, da instrumentalidade e da justa composição do litígio. É o que ocorre, por exemplo, com a prova e com os demais institutos a ela afins.

## 2. A contextualização e a importância da prova no processo moderno

Nas suas variadas modalidades, a existência de pessoas – físicas ou jurídicas – entes e bens é sempre marcada por uma sucessão permanente e encadeada de fatos. Destarte, grosso modo, “tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente, são fatos”.<sup>27</sup> E mesmo o mundo no qual vemos acontecerem os fatos, em verdade, nada mais é do que “a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar”.<sup>28</sup>

Tomada essa concepção, é consequência inevitável a constatação de que todo direito subjetivo potencialmente reclamável em juízo pelo jurisdicionado tem sua origem, necessariamente, em fatos. Não em fatos quaisquer, mas em fatos jurídicos, isto é, naqueles fatos, em princípio, comuns que o legislador – por razões de política legislativa ligadas à possibilidade de que venham interferir ou afetar a vida em sociedade – destaca e regula, criando, em relação a eles normas jurídicas que, ante a sua caracterização, prevêem a ocorrência de consequências específicas.<sup>29</sup>

Nesse contexto, “é o fato jurídico que, em princípio, estribado no direito, dá azo a que se crie relação jurídica capaz de submeter certo objeto ao poder de de-

26 Por meio das três grandes ondas renovatórias busca-se, respectivamente: a) a ampliação dos mecanismos de assistência judiciária ao jurisdicionado; b) o reconhecimento dos direitos e interesses metaindividuais e o desenvolvimento de instrumentos de legitimação e tutela aptos a assegurá-los; e c) a facilitação do acesso à justiça, por meio de alterações de diversas ordens, que englobam desde a estrutura dos órgãos do Poder Judiciário até o reexame de institutos clássicos de direito processual e de direito material. A propósito, cf. Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *Acesso à Justiça*, tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris Editor, 1988.

27 Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico*, 5ª ed., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 8.

28 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Bosch, 1972, t. I, p. 3.

29 Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato cit.*, loc. cit.

terminado sujeito”,<sup>30</sup> reconhecer ou desconstituir vínculos existentes, ou ainda, ordenar que se faça ou se deixe de fazer.

Sempre que o autor traz a sua pretensão para ser apreciada pelo Poder Judiciário, ele o faz escorado em fatos que alega terem acontecido e cuja narrativa vem inserta na sua petição inicial. “É com fundamento num fato, e dele extraindo as conseqüências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença”.<sup>31</sup> Do mesmo modo, também o réu, quando chamado a responder a ação ajuizada pelo autor, apresenta nos autos afirmações que sustenta estarem embasadas em fatos que ocorreram, para delas tirar determinadas conclusões, via de regra, no sentido da improcedência do pleito formulado.

É com base nessas afirmações, nas assertivas trazidas aos autos pelas partes, que o juiz deve promover a adequação dos fatos descritos às normas pertinentes, com vistas a extrair a sua conclusão, solucionando, pois, o litígio existente.

Sendo as afirmações formuladas pelos próprios litigantes, porém, não é raro encontrar, no feito, versões conflitantes sobre se ocorreu, como ocorreu e quais as conseqüências decorrentes de um determinado fato – o mesmo fato – na medida em que são narrados de forma completamente diversa por autor e réu.

Assim, para que o direito das partes integrantes do processo seja declarado, ou seja, para que o juiz resolva o conflito de interesses existente e profira sentença, não basta que ele conheça as alegações dos litigantes no sentido de que o fato no qual se funda a ação se deu desta ou daquela forma. É indispensável que ele se convença delas e se convença de forma justificada.

Isso ocorre porque a afirmação do juiz na sentença sobre como o fato ocorreu é a premissa básica sobre a qual ele assentará a sua conclusão. Essa, por sua vez, será responsável pela produção dos efeitos na esfera jurídica do jurisdicionado. Enquanto tal e na medida do possível, portanto, ela “necessariamente deverá corresponder à verdade”.<sup>32</sup>

Para que o juiz forme a sua convicção acerca da relação controvertida, de modo a enquadrá-la corretamente na norma jurídica correspondente, é indispensável, portanto, que ele se certifique sobre a veracidade dos fatos alegados. Vale

30 Covello, Sérgio Carlos, *A Presunção em Matéria Civil*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 1.

31 Amaral Santos, Moacyr, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., atual., Rio de Janeiro, Forense, 1989, vol. IV, p. 1.

32 *Idem, ibidem*. A este propósito, registra oportunamente Manuel Galdino da Paixão Jr. que: “Para que o pedido e sua impugnação sejam examinados de maneira que atenda aos interesses das partes, deverá o julgador firmar-se em certo quadro que ele tomará como verdadeiro” (*Teoria Geral do Processo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 261).

dizer: “para o juiz não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência ou inexistência; por outras palavras, o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes”,<sup>33</sup> o que se dá através das provas.

As provas são, pois, o mecanismo de que dispõem as partes para demonstrar em juízo a ocorrência ou a não ocorrência dos fatos alegados e da veracidade de suas proposições, e, assim, convencerem o julgador em torno de cada qual. Consistem, de fato, “numa soma de meios probatórios realizados por um conjunto de atos praticados por, pelo menos, uma das partes litigantes ou requerentes em juízo, que quer fazer operar no espírito do julgador a certeza de sua ou de suas afirmações, com a finalidade precípua que é a de obter êxito na demanda, através da comprovação daquelas alegações”.<sup>34</sup>

Lança-se aqui um conceito “essencialista” de prova, a nosso ver, suficiente aos escopos do presente trabalho, na medida em que alcança os dois aspectos fundamentais à definição do instituto, quais sejam: a) o aspecto objetivo, que engloba os meios postos à disposição do jurisdicionado para demonstrar os fatos afirmados (documentos, testemunhas, perícia, etc) no processo; e b) o aspecto subjetivo, que se refere à influência que o conjunto probatório colacionado provocará no convencimento do julgador.<sup>35-36</sup>

33 Amaral Santos, Moacyr, *Comentários cit.*, p. 2. Sobre a necessidade do juiz de certificar os fatos alegados pelas partes e, via de conseqüência, a exigência das provas no processo, aponta Eduardo Cambi que “os fatos não são um *dado*, mas, ao contrário, *algo* a ser investigado, *construído*, no processo, a partir do resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, em colaboração com o juiz, e da valoração a ser atribuída a essas provas” (*Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, São Paulo, RT, 2001, p. 52).

34 Campo, Hélio Márcio, *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 18.

35 É de se destacar, porém, que ao longo da história do processo o conceito foi objeto de exame por alguns dos maiores juristas, pátrios e alienígenas, que lhe reconheceram significado

36 Outra observação pertinente, aqui, diz respeito à relativa controvérsia existente entre os processualistas acerca de qual seria o objeto da prova: se os fatos ou as afirmações das partes. Em verdade, entendemos tratar-se de discussão um tanto quanto sem razão de ser, tendo em vista que, a despeito da prova visar à verificação da veracidade ou não das alegações trazidas pelos litigantes, não há como negar que o conteúdo dessas afirmações, aquilo que as embasa, são os fatos ocorridos. Nesse ínterim, e com esteio nas lições de Lopes da Costa, “tanto faz referir a prova à verdade dos fatos como à verdade das afirmações. Os aspectos são inseparáveis” (*Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1943, vol. 2, p. 256).

Valendo-se dos meios de prova adequados<sup>37</sup> e do procedimento probatório<sup>38</sup> posto à sua disposição, autor e réu – como num verdadeiro quebra-cabeça – promovem a reconstrução nos autos de eventos ocorridos no passado, criando um modelo da realidade, de forma a possibilitar o acerto dos fatos pelo magistrado.<sup>39</sup> As provas servem, portanto, “para iluminar o juiz quanto às ques-

Continuação da nota 35

tríplice como atividade (procedimento probatório), meio (instrumento do qual as partes se valem para provar o fato no processo) e resultado (valoração da prova pelo juiz, de forma a produzir a sua convicção). Por todos, cf.: Castro Mendes, José de, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1957. Outrossim, certo é, também, que “juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, a representação que dele deriva (mais especificamente, a convicção do juiz)” (Cambi, Eduardo, *Direito cit.*, p. 47).

37 O art. 332 do CPC dispõe que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Os “meios legais” vêm definidos nos arts. 342 a 443 do Código e são, respectivamente, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documentos, testemunhas, perícia e inspeção judicial. Os “moralmente legítimos” não encontram pré-fixação legal e devem ser aferidos caso a caso. Exemplo corriqueiro, embora polêmico, seriam as gravações telefônicas autorizadas pela Justiça. O uso dos meios de prova varia de acordo com o fato a ser provado, devendo a parte utilizar-se daquele que seja mais adequado a sua demonstração em juízo. Nada impede, inclusive, que, reputando conveniente, oportuno ou necessário, a parte lance mão de mais de um meio de prova para provar um único fato.

38 Entre os arts. 342 e 443 do CPC, vários são os dispositivos que disciplinam minuciosamente o procedimento de produção e colheita dos meios de prova ali indicados. Tais regras formam o chamado procedimento probatório e sua observância é obrigatória pelas partes e pelo magistrado, de forma a garantir que “a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença” (Theodoro Jr., Humberto, *Curso cit.*, nº 415, p. 473).

39 É matéria quase uníssona entre os doutrinadores o fato de que o destinatário das provas é o juiz, a quem toca o exame acerca da veracidade das afirmações e fatos envolvidos no litígio. Não obstante, Moacyr Amaral Santos faz um apontamento interessante ao dizer que o juiz é o principal destinatário do complexo probatório, reputando que, na verdade, as provas também se dirigiram às partes, “que, igualmente, precisam ficar convencidas, a fim de acobardarem como justa a decisão” (*Comentários cit.*, p. 3).

tões de fato<sup>40</sup> versadas no processo, auxiliando e justificando a formação do seu convencimento.<sup>41</sup>

Mas não quanto a qualquer questão. Não quanto a qualquer fato. Apenas aqueles que sejam controvertidos, relevantes e necessários à compreensão e julgamento da lide pelo julgador é que devem ser objeto de prova. “O processo deve buscar a verdade dos fatos, desde que sobre ele paira alguma controvérsia relevante, a qual exija que a dúvida seja eliminada”.<sup>42</sup>

Ao possibilitar ao juiz a reconstituição dos fatos ocorridos e, por conseguinte, a aferição acerca da veracidade ou não das afirmações trazidas a juízo pelas partes, as provas se apresentam como vetores cuja boa utilização é indispensável para o alcance de resultados verdadeiros e justos.

Tal circunstância revela-se ainda mais evidente diante da regra segundo a qual não é dado ao julgador valer-se de elementos extra-autos para justificar a sua convicção no julgamento da lide. Aquilo que não está no processo ou, mesmo estando, tenha sido obtido em discordância com o regramento processual, não existe (*quod non est in actis non est in mundo*).

A partir do momento em que o compromisso maior do processo passou a ser com a justa composição do litígio, as partes e, porque não dizer, o próprio Poder Judiciário não mais se contentam com a obtenção de uma verdade meramente formal, sistematicamente responsável por promover uma tutela estéril de direitos. Por conseguinte, a pesquisa em torno da real ocorrência dos fatos alega-

40 Cambi, Eduardo, *Direito cit.*, p. 49.

41 O convencimento do magistrado acerca de veracidade ou não de uma dada proposição não pode se dar de forma arbitrária. Deve o julgador não só examinar os elementos probatórios trazidos pelas partes, mas também valorá-los, valendo-se, entre nós, do sistema da persuasão racional, por meio do qual, a despeito de apreciar as provas livremente, não lhe é dado seguir suas impressões pessoais. Deve tirar “a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram” (Amaral Santos, Moacyr, *Comentários cit.*, pp. 13-14).

42 *Idem*, p. 59. Fatos irrelevantes para o deslinde da causa ou, ainda que relevantes, sejam notórios, incontroversos, confessados ou estejam sob o pálio de alguma espécie de presunção, não devem ser objeto de prova para serem tidos como demonstrados, em razão da previsão expressa, quanto aos fatos relevantes, contida no art. 334 do CPC.

dos pelas partes tornou-se imperativa, na medida em que “a apuração dos fatos, tão exata e completa quanto possível, é pressuposto de um julgamento justo”.<sup>43</sup>

Nenhuma decisão escorada na verificação deficiente – porque tendenciosa, precária ou incorreta – dos fatos nos quais se funda a ação pode ser reputada como justa ou em consonância com a nova tônica do processo. E não pode porque afastada da apuração e da constatação da verdade que, hoje se sabe, são requisitos essenciais, *conditio sine qua non*, para a obtenção de um resultado correto e efetivo. “O acertamento verdadeiro dos fatos é uma condição necessária, embora não suficiente, para que se possa dizer que a decisão judicial é justa”.<sup>44</sup>

Desse modo, nos dias atuais, mais do que nunca, as provas adquirem uma importância crucial dentro do processo, não só porque balizarão, como outrora já ocorria, a decisão do juiz, mas porque essa decisão deverá ser, necessariamente, adequada à verdade dos fatos, porquanto só assim estará apta a provocar alterações concretas no mundo real. Não o fazendo, acaba-se por provocar a frustração e a descrença do jurisdicionado com a atividade jurisdicional, o processo e a realização da justiça, o que, em médio e longo prazo, traz impactos sociais e políticos gravíssimos.

Em última análise, pode-se dizer que, na seara do processo moderno, atento à instrumentalidade e aos seus corolários – efetividade e processo justo – a prova desempenha hoje uma função ímpar, qual seja, a de “legitimação social do exercício do poder jurisdicional”.<sup>45</sup> Daí que, “impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”,<sup>46</sup> alcançando o processo, assim, os verdadeiros escopos a que se propõe.

43 Barbosa Moreira, José Carlos, Notas sobre o problema cit., p. 213. No mesmo sentido, há passagem singular de Eduardo Cambi, na qual observa “só por meio das provas tem o juiz acesso a conhecimento dos fatos e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios” (*Direito cit.*, p. 22).

44 *Idem*, p. 78.

45 *Idem*, p. 57.

46 Barbosa Moreira, José Carlos, Notas sobre o problema cit., loc. cit.

### 3. A distribuição dinâmica do ônus da prova: o tema, sua justificação e delimitação

Sem embargo do que há de subjetivo e quiçá de arbitrário em toda e qualquer escolha, se existe um ponto dentro da teoria da prova que, diante dos novos rumos da ciência processual, merece ser examinado com maior atenção e cuidado por parte de legislação, doutrina e jurisprudência, esse ponto é, inequivocamente, a distribuição do ônus probatório no processo.

É certo que, consoante já se assentou, “ao comodista, bastaria a assertiva de que existe disposição legal expressa no ordenamento pátrio a respeito, não havendo porque discorrer sobre a questão”.<sup>47</sup>

Não obstante, quando o cenário no qual se está inserido é o da instrumentalidade, por meio da qual se busca a realização de um processo justo e efetivo, com resultados reais e concretos, e quando o novo escopo do processo impõe uma participação ativa do juiz na instrução e um dever geral de colaboração das partes, não é difícil constatar que a disciplina da carga probatória trazida pelo art. 333 do Código de Processo Civil, por vezes, revela-se falha, inviabiliza por completo a reconstrução dos fatos objeto do litígio e, por conseguinte, o correto e justo desate das controvérsias trazidas à apreciação do Poder Judiciário.

E o é porque o regramento estabelecido pelo legislador para predeterminar a quem toca o encargo de provar vale-se de critérios apriorísticos de política legislativa que não só desconhecem, como não tomam em consideração – porque, a toda evidência, não têm como tomar – as particularidades e as especificidades de cada caso concreto. Vale dizer: não levam em conta as condições sociais, econômicas e culturais das partes, o conteúdo da controvérsia e o tipo de litígio existente, a modalidade de prova a ser produzida, o objeto a ser provado e mesmo a possibilidade prática ou não de a parte realizar a prova demandada, todos eles elementos de fundamental importância para a determinação adequada do *munus*. Ou seja, não têm em consideração um fator essencial: a capacidade e a aptidão da parte a qual se impõe o ônus de provar para efetivamente observá-lo.

Some-se a isso o problema da relativa “comodidade” que a distribuição pré-fixada do ônus da prova é capaz de criar, quanto à marcha processual e à

47 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatórias Dinâmicas: Considerações sobre sua Aplicação ao Direito Processual Civil e Trabalhista Brasileiro*, Dissertação de Mestrado desenvolvida sob orientação do Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2006, p. 16.

atividade instrutória, naqueles litigantes que, em princípio, não têm para si o encargo de provar o fato objeto da controvérsia, não têm interesse em fazê-lo e, evidentemente, não o farão, mesmo quando detêm condições para tanto.<sup>48</sup>

Não se desconhece, aqui, a regra inserta, no direito pátrio, no art. 130 do CPC, que impõe ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, e, tampouco, os inúmeros esforços empenhados pela doutrina em prol do uso efetivo dos poderes instrutórios do juiz.<sup>49</sup> Mas não há como não reconhecer a insuficiência e os percalços criados pelo regramento contido no art. 333 do CPC para a atual conjuntura processual e para o alcance da verdade real e do resultado justo, mesmo quando os preceitos contidos no dispositivo são reputados apenas como regras de julgamento para o juiz (e não de conduta para as partes).

Ao estatuir que o ônus da prova compete, *a priori*, ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o enunciado do art. 333 do CPC define, em prin-

48 Exemplo clássico, embora já superado, quanto a esse aspecto é a conduta do pai, réu na ação de investigação de paternidade, quando, sob a égide do Código Civil de 1916, era convocado para fornecer material genético para o exame de DNA. À luz do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova da paternidade tocava ao filho, autor da investigação. Não era raro ver o pai se recusar a participar do exame, valendo-se das mais variadas e esfarrapadas desculpas, e ver a ação julgada improcedente por insuficiência de provas, porquanto o filho, mesmo impossibilitado de produzir a prova sem a participação do pai, não cuidou de cumprir com o encargo probatório que, por lei, lhe tocava. Tal situação só começou a mudar quando doutrina e jurisprudência passaram a entender que a recusa do pai em realizar o DNA gerava contra ele a presunção da paternidade, regra esta que, posteriormente, acabou positivada no art. 232 do Código Civil de 2002.

49 Veja-se, a este propósito, Bedaque, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, RT, 2001; Barbosa Moreira, José Carlos, Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, nº 48, out.-dez. 1985, pp. 111-118; Barbosa Moreira, José Carlos, A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 43-56; Barbosa Moreira, José Carlos, Breves Reflexiones sobre la Iniciativa Oficial en Materia de Prueba, in *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 79-86; Lopes, João Batista, Iniciativas Probatórias do Juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC, *Revista dos Tribunais*, nº 716, jun. 1995, pp. 41-47; Theodoro Jr., Humberto, Os Poderes do Juiz em Face da Prova, *Revista Forense*, vol. 263, Rio de Janeiro, set. 1978, pp. 39-47; Theodoro Jr., Humberto, Processo Civil Brasileiro. Prova. Princípio da Verdade Real. Poderes do Juiz. Ônus da Prova, in *La Prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echeandía*, Bogotá: Universidad Libre, 2002, pp. 209-227, entre outros.

cípio, os contornos da atuação das partes e do próprio magistrado na atividade probatória, sobretudo quando o que se tem em conta é a letra seca da lei.

Esses limites podem acarretar obstáculos graves à instrução do processo, dando margem a injustiças flagrantes, como é o caso da sentença que decide contra os interesses de autor ou réu, alegando o descumprimento do encargo probatório, sem se atentar, por exemplo, para a impossibilidade prática de o litigante prejudicado produzir a prova reclamada nos autos.

Já há algum tempo, os operadores do direito vêm observando as dificuldades e as injustiças decorrentes da aplicação pura e simples do comando do art. 333, ou, em termos mais gerais, da adoção de critérios predeterminados, estáticos e imutáveis de distribuição probatória.

Tal constatação deu ensejo à inserção de disciplina específica para a distribuição da carga probatória em algumas legislações especiais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, que contempla expressamente a previsão de inversão do ônus da prova sempre que presentes os requisitos legais para tanto.<sup>50</sup>

Mas não deve ser só, até porque a impossibilidade prática de produção da prova e do cumprimento do encargo pré-fixado é passível de ocorrer em qualquer modalidade de ação, inclusive aquelas de cunho consumerista.<sup>51</sup>

50 Além do CDC, que disciplina a matéria nos arts. 6º, VIII, 38 e 51 e que será objeto de exame oportunamente, Sandra Aparecida Sá dos Santos noticia a existência de pelos menos dois outros diplomas legislativos no qual a inversão foi prevista: a) a Medida Provisória nº 2.172-32, de 23.08.2001, que disciplina o encargo "nas ações visando à nulidade do negócio jurídico, [nas quais] incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação"; e b) a Lei nº 10.403, de 08.01.2002, "que altera as Lei nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24.07.1991, sendo que a primeira dispõe sobre a organização de seguridade social, e a segunda sobre os planos de benefícios da previdência social, prevê a inversão do ônus da prova nos pedidos de aposentadoria" (*A Inversão do Ônus da Prova*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2006, pp. 97-98).

51 A título de ilustração confira precedente real oriundo de ação de indenização ajuizada por um casal contra empresa fabricante de preservativos, na qual postularam o ressarcimento de danos morais e materiais decorrentes do rompimento do preservativo que haviam usado em relação sexual ocorrida três anos antes do ingresso da ação e que acarretou a gravidez da varoa. Requerida e determinada a inversão do ônus da prova em desfavor da empresa, por se tratar de relação de consumo, ficou a seu cargo provar: a) o não uso, pelo casal, da relação alegada, de preservativo por ela fabricado; ou b) o seu não rompimento nesta relação; ou ainda c) o seu rompimento por razões outras que não viciou o defeito do produto; enfim, a

É, hoje, crescente a tendência, muito bem sucedida no direito espanhol e no direito argentino, de flexibilizar o critério apriorístico de repartição de encargos probatórios e os limites por ele estabelecidos para, valendo-se do uso dos poderes instrutórios do juiz e do princípio da cooperação das partes com o processo para o alcance de um resultado justo, lançar mão de uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por meio dela, o encargo será determinado pelo magistrado caso a caso, a partir do exame e do cotejo daquelas circunstâncias que lhe forem peculiares, sempre de forma a fomentar o processo com um conjunto probatório tal que permita ao julgador reconstruir, o mais próximo possível da realidade, o quadro fático sobre o qual ele irá julgar.

Ainda que de forma tímida e não raras vezes distorcida, a orientação já encontra adeptos no direito pátrio, tanto na doutrina,<sup>52</sup> quanto na juris-

ausência nexa entre a gravidez alegada e eventual falha do preservativo por ela fabricado. Em que pese a absoluta impossibilidade prática da empresa produzir a referida prova, não só por força do lapso temporal transcorrido, mas, também, porque os fatos se passaram dentro da esfera íntima do casal, à qual ela não tinha qualquer acesso, a ação foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, tendo sido reconhecida a responsabilidade da fabricante, na medida em que descumpriu o encargo probatório que lhe tocava. Levados os autos ao tribunal, a sentença foi reformada, à unanimidade, pela turma julgadora, que reconheceu tratar-se, na espécie, de prova 'diabólica', impossível de ser realizada pela parte. Na oportunidade, assentou-se que, "no caso específico, não há como se admitir que a inversão do ônus da prova conduza às conclusões postas na sentença. Não havia, e não vai haver nunca, como o fabricante de preservativo vigiar cada relação sexual em busca de perceber, em primeiro lugar, se nela se valem as pessoas envolvidas do uso de preservativo. Em segundo lugar, se o preservativo utilizado foi por ela fabricado. E, em terceiro lugar, se esse preservativo foi utilizado adequadamente. A mim me parece impossível que pudesse a primeira apelante [empresa] fazer prova de que o preservativo por ela fabricado tenha sido, de fato, utilizado na relação sexual da qual, felizmente e finalmente, veio à luz a criança beneficiada com a decisão de primeiro grau" (TAMG, Ap. Cível n.º 2.0000.00.414.639-8/000, Comarca de Juiz de Fora, 5ª Câmara Cível, Relª Desª Eulina do Carmo Almeida, j. 27.05.2004. *DJMG* 03.08.2004).

- 52 A propósito, cf.: Câmara, Alexandre Freitas, Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.º 31, out. 2005, pp. 9-18; Dall'Agno Jr., Antônio Janyr, Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 788, jun. 2001, pp. 92-107; Marinoni, Luiz Guilherme, Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.º 862, ago. 2007, pp. 11-21; Carpes, Artur, A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo, *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.º 39, jan./jun. 2006, pp. 5-14.

prudência.<sup>53</sup> Outrossim, ganhou também o plano legislativo ao ser adotada de forma expressa pelos autores do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro<sup>54</sup> para a tutela dos direitos metaindividuais, na mesma linha do que já previu anteriormente o Código-Modelo da Ibero-América.<sup>55</sup>

É nesse contexto, pois, que surge o presente trabalho, com o qual se busca: a) analisar e sistematizar a distribuição dinâmica do ônus da prova em seus aspectos intrínseco e extrínseco; e b) avaliar a possibilidade e a adequabilidade de sua adoção pelo direito processual civil brasileiro, em face da sistemática jurídica em vigor e dos anseios do meio social no qual ela será inserida.

De início, faremos um estudo sobre o instituto do ônus da prova, de forma a precisar o seu conceito, estrutura e finalidade, construindo, assim, as bases para o exame da distribuição dinâmica da carga probatória, objeto central do presente estudo.

Nessa oportunidade, e porque igualmente relevante e pertinente ao desenvolvimento das idéias e à apuração acerca da sua aplicabilidade no direito pátrio,

- 53 A propósito, cf.: STJ, REsp. n.º 803.995/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22.08.2006, *DJU* 18.09.2006; STJ, REsp. n.º 69.309/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996, *DJU* 26.08.1996; TJRS, Apelação Cível n.º 597083534, Sapucaia do Sul, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 03.12.1997, *DJ* do dia; TJRS, Agravo de Instrumento n.º 7000004028/Canoas, 2ª Câmara de Férias Cível, Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agno, j. 13.10.1999, *DJ* do dia; TARS, Agravo de Instrumento n.º 192219190, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, j. 13.10.1999, *DJ* do dia; TARS, Agravo de Instrumento n.º 196253504, Arroio do Meio, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Bertran Roque Ledur, j. 27.03.1997, *DJ* do dia; TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0702.06.289.424-2/002, Comarca de Uberlândia, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Maia Viani, j. 03.07.2007, *DJMG* 20.07.2007; TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0145.07.403.861-6/003, Comarca de Juiz de Fora, 13ª Câmara Cível, Relª Desª Cláudia Maia, j. 25.10.2007, *DJMG* 09.11.2007; TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0471.07.083.696-3/001, Comarca de Pará de Minas, 13ª Câmara Cível, Relª Desª Cláudia Maia, j. 25.10.2007, *DJMG* 01.12.2007; TJRJ, Apelação Cível n.º 2008.001.08926, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 07.03.2008. Os acórdãos do STJ estão disponíveis em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Os acórdãos do TARS e do TJRS estão disponíveis em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Os acórdãos do TJMG estão disponíveis em [www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br). Os acórdãos do TJRJ estão disponíveis em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Todos os acessos foram feitos em 20.03.2008.

- 54 Disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito Processual, [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br), acesso em 20.03.2008. O Anteprojeto foi entregue pelo IBDP no Ministério da Justiça em 31 de janeiro de 2007 e ainda encontra-se em tramitação perante aquele órgão.

- 55 Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, *Revista de Processo*, São Paulo, n.º 121, mar. 2005, pp. 133-148.

abordaremos ainda a questão relativa à distribuição do ônus da prova e as principais teorias clássicas (estáticas) existentes a seu respeito, bem como a disciplina adotada no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, passaremos à apresentação e ao estudo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o que será feito em quatro módulos distintos.

No primeiro deles, faremos uma apresentação da teoria, examinando o seu conceito e características fundamentais, com vistas a determinar em que consiste a carga dinâmica da prova e para quais escopos ela está voltada e, assim, conseguir individualizá-la, destacá-la e diferenciá-la de outros institutos aparentemente afins, como é o caso da inversão do ônus da prova, já consagrada em alguns diplomas nacionais.

Num segundo momento, discutiremos os fundamentos que embasam e justificam a existência e a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório, com destaque para a busca da verdade real e para a obtenção de resultados justos, os poderes instrutórios do juiz e o dever de cooperação das partes, fundamentos esses que, a nosso ver, inserem a teoria na esteira do processo civil contemporâneo.

No terceiro módulo, trabalharemos a aplicabilidade da distribuição dinâmica, definindo os critérios para a sua adoção, bem como o momento processual adequado para a sua determinação pelo julgador, tendo como norte os princípios e garantias fundamentais do processo, notadamente a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz.

Ainda no campo da aplicabilidade, analisaremos o problema da dinâmica superveniente, decorrente de alterações substanciais em relação às circunstâncias – de fato ou de direito – com base nas quais os encargos probatórios foram inicialmente fixados e quais os impactos que essas modificações podem acarretar no curso da instrução.

Por fim, no quarto e último módulo, sustentaremos a possibilidade de adoção da distribuição dinâmica no processo civil brasileiro,<sup>56</sup> o que se dará sob três

56 Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que a restrição do exame ao processo civil se deu, exclusivamente, por opção quando da limitação do objeto de estudo do trabalho. A guisa de informação, porém, não se pode deixar de anotar, na esteira das lições de Fernanda Rochael Nasciutti, que, na seara sempre vanguardista do processo do trabalho, a teoria da carga dinâmica vem sendo adotada, já há algum tempo, com bastante êxito e resultados promissores. No âmbito do processo penal, por sua vez, a disciplina relativa ao ônus da prova tem contornos extremamente peculiares que, a despeito de não afastarem de plano a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica, impõem – por prudência, ciência, técnica e cautela – que afirmações em um ou outro sentido sejam

enfoques distintos, a saber: a) a inexistência de qualquer impedimento no texto legal em vigor e a desnecessidade de que se promovam alterações legislativas, desde que se proceda a uma interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos do Código de Processo Civil que disciplinam a atividade instrutória; b) os precedentes jurisprudenciais existentes, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que já contemplam a aplicação da teoria, mormente nos casos de responsabilidade profissional e de contratos bancários; e c) a consagração da carga dinâmica na seara legislativa, ao ser inserida como regra no texto do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, ainda em tramitação perante o Ministério da Justiça.

Ao longo do trabalho e, sempre que oportuno, nos valeremos – a título de ilustração e de forma a encontrar parâmetros que sejam à primeira vista adequados – das experiências vivenciadas pelo direito estrangeiro, notadamente o argentino, nos últimos anos, sem que tenhamos com isso, absolutamente, o intuito de pôr em prática a essência do direito comparado, com todas as nuances e particularidades a ele inerentes.

Como se vê, o tema do presente trabalho é extremamente rico, e são inúmeras as indagações que ele desperta. Procuraremos, nesta sede, enfrentar cada uma delas, não com a pretensão de esgotá-las – missão que sabemos ser verdadeiramente impossível quando o objeto em exame é ainda tão incipiente na ciência do direito – mas, ao menos, de forma a lançar aqui as bases para o debate que, estamos convencidos, mais cedo ou mais tarde, deverá necessariamente ocorrer.

precedidas de estudos pormenorizados, à luz dos princípios específicos que norteiam aquele ramo processual. Basta ver que, no processo penal, embora a atividade instrutória do juiz seja regida pelo princípio inquisitivo, tendo este o dever de participar ativamente da colheita das provas, o réu tem a seu favor princípios como a presunção de inocência, cujos impactos na distribuição dos encargos probatórios são inequivocamente significativos e não podem, *a priori*, ser desconsiderados para a formulação de uma pretendida Teoria Geral do Processo (*Cargas Probatórias Dinâmicas* cit., pp. 21-23).

## II. O ÔNUS DA PROVA

### 1. Conceito: a necessária distinção entre ônus e obrigação

Etimologicamente, o vocábulo “ônus” deriva do latim *onus* e contempla a noção de carga, fardo ou peso.<sup>1</sup> Talvez por isso, no sentido comum, venha definido, indistintamente, como “encargo; obrigação; ou dever”.<sup>2</sup>

Ao longo da história do direito, por muito tempo, o conceito jurídico de ônus também esteve atrelado ao de outros institutos. Ora equiparado à noção de dever, ora à de direito subjetivo, ora à de interesse e sempre à de obrigação, apenas a partir do século XX, a idéia de ônus enquanto figura específica, autônoma, distinta das demais passou a se delinear de forma clara.

O desenvolvimento do conceito teve início na Alemanha e na Áustria, diante da incongruência sentida pelos doutrinadores daqueles países quando a noção de ônus da prova herdada do Direito Romano – e ali identificada como a obrigação (ou a necessidade) de provar para obter êxito no processo – era colocada em cotejo com as noções de poderes instrutórios e de critérios de valoração da prova pelo juiz.<sup>3</sup>

Constataram os doutos que, se o ônus da prova era obrigação que tocava às partes, em princípio, a mais ninguém seria dado fazê-lo, sendo impossível, portanto, conferir ao magistrado poderes para determinar a realização de provas no sentido de complementar ou aperfeiçoar o conjunto probatório já colacionado

1 Amaral Santos, Moacyr, *Comentários cit.*, p. 21.

2 Borba, Francisco S., organizador, *Dicionário Unesp de Português Contemporâneo*, São Paulo, Editora Unesp, 2004, p. 992.

3 Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus da Prova no Direito Processual Civil*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, RT, 2001, p. 21. A referida obra contempla trabalho amplo sobre o conceito de ônus e, mais especificamente de ônus da prova, ao longo da história. O mesmo ocorre em Echandía, Hernando Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, tomo I, que recomendamos para um estudo mais aprofundado sobre a questão.

aos autos. Além disso, reputando-se o ônus (ou a necessidade) de provar como uma obrigação, a partir do momento em que as provas eram trazidas para dentro do processo pelas partes, tal obrigação estaria satisfeita, os litigantes teriam cumprido a prestação que lhes competia e, enquanto tal, não poderiam sofrer os prejuízos (ou as sanções) decorrentes da valoração posterior dessas provas por parte do julgador.

Desde então, a necessidade de distinção entre os institutos ganhou espaço nos demais países europeus, na Itália de Francesco Carnelutti,<sup>4</sup> principalmente. E, nos dias de hoje, na seara da ciência do direito, a noção de ônus – instituto fundamental tanto para a teoria geral, quanto para o direito processual – goza de plena autonomia conceitual, não se confundindo mais com nenhuma outra modalidade de situação jurídica, mormente com a de obrigação.<sup>5</sup>

A obrigação é, grosso modo, o vínculo jurídico em razão do qual uma pessoa pode exigir da outra uma determinada prestação, economicamente apreciável ou não.

Trata-se de figura atrelada ao direito material, na qual dois sujeitos encontram-se ligados entre si por um liame – de origem legal ou negocial – que estabelece a sujeição de um em relação a outro e torna imperativo o cumprimento da prestação devida pelo devedor, que pode ser coercitivamente exigido pelo credor.

O devedor não tem margem de escolha quanto à execução da obrigação que é sempre devida. Nesse contexto, o seu inadimplemento mostra-se inadmissível, na medida em que atenta contra a ordem jurídica posta – para a qual o cumpri-

4 O destaque aqui decorre da contribuição ímpar que Carnelutti deu para o reconhecimento do ônus como figura autônoma no direito, quando escreveu sobre as chamadas situações jurídicas, enunciando a existência e distinguindo seis figuras, com funções e características próprias e específicas de cada qual, entre eles, o ônus e a obrigação. Na oportunidade, assentou o processualista italiano que a diferença entre ônus e obrigação se fundamenta na “diversa sanção cominada a quem não realiza um ato: existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus” (Giacomo P. Augenti, in Carnelutti, Francesco, *A Prova Civil*, 2ª ed., tradução da 2ª edição do original italiano por Lisa Pary Scarpa, Campinas, Bookseller, 2002, pp. 255-256). O conceito foi continuamente trabalhado por ele próprio e por outros estudiosos a partir das bases que foram lançadas, até se consolidar, de forma inequívoca, a distinção entre ônus, obrigação e das demais modalidades de situações jurídicas. A propósito, cf.: Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, pp. 24-36.

5 *Idem*, p. 56.

mento é necessário – caracteriza ato ilícito e, em consequência, é passível de sofrer sanções de natureza jurídica ou pecuniária.

Nos dizeres de Gian Micheli:

“Na obrigação, o devedor se limita a agir em conformidade com a norma jurídica, pois esta última não lhe concede liberdade para determinar o seu comportamento, mas lhe impõe um dever ser que requer cumprimento e cuja transgressão é um ato contrário ao direito, isto é, um ilícito jurídico”.<sup>6</sup>

Ao exigir o adimplemento da obrigação por parte do devedor, impondo penas no caso de seu inadimplemento, o direito objetivo, na verdade, nada mais faz do que tutelar os interesses do credor que, ao contrair a obrigação, tem a expectativa e a garantia prévia de que – por bem ou por mal – ela será de alguma forma cumprida.

Diversa, por sua vez, é a disciplina do ônus, porquanto ele não está atrelado a nenhum vínculo de sujeição, que, de forma cogente, imponha ao sujeito o desempenho obrigatório de uma conduta. Há, aqui, apenas a descrição pela norma de um dado comportamento, ao qual ela empresta determinados efeitos, favoráveis ou não ao agente.

Fica a critério exclusivo do interessado – por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia – decidir acerca da realização do ato. O destinatário do comando tem liberdade ampla e irrestrita para decidir se irá ou não atendê-lo, não podendo a parte contrária, o juiz ou quem quer que seja impor que ele o faça, seja por que razão for.

A observância do preceito, em princípio, traz benefícios apenas para aquele que o atendeu, já que o comando normativo tem por escopo a consecução de interesses e a tutela de direitos da própria parte e de mais ninguém.<sup>7</sup> “O que rege a

6 Micheli, Gian Antonio, *L'Onere della Prova*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1966, pp. 100-101: “Nell'obbligo invece la valutazioni della propria condotta da parte del soggetto si limita al determinarsi in conformità alla norma giuridica, poiché quest'ultima non gli concede la libertà di atteggiare il proprio comportamento, ma gli impone un dover essere, che richiede adempimento, e la cui transgressione integra un atto contra jus, cioè un illecito giuridico.”

7 Há notícia na doutrina quanto à existência de apontamento no sentido de que, em se tratando de ônus processual, também o processo e a atividade jurisdicional seriam beneficiados com a observância pela parte do comando previsto na norma legal (a propósito, cf. Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, pp. 20-37). Esse, inclusive, seria um dos motivos para que determinadas condutas, como é o caso da produção de provas ou da apresentação de contestação,

categoria do ônus é um interesse próprio do sujeito ou uma conveniência prática, não um vínculo ou uma necessidade jurídica. Afinal, não há uma sujeição, pois nada obriga o beneficiário dos efeitos normativos a realizar o ato jurídico, tendo a parte contrária apenas uma expectativa de que o ato não seja realizado, para vir a ser beneficiada".<sup>8</sup>

Diante da liberdade de escolha franqueada ao destinatário da norma descritiva, o seu desatendimento não se configura como ato ilícito, não estando, em consequência, sujeito a sanções. Na verdade, o descumprimento do ônus é perfeitamente lícito, porquanto inerente à própria natureza do instituto.

Não obstante, ao deixar de realizar o ato contemplado pela norma, o sujeito submete-se às consequências previstas para a sua inobservância, que podem ou não ser contrárias aos seus interesses. Ao não promover a conduta descrita, a parte aceita o risco de vir eventualmente a suportar efeitos desfavoráveis, decorrentes da inércia ou da passividade com que laborou.

Como aponta Hernando Echandiá:

"Podemos definir o ônus como o poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma em benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis".<sup>9</sup>

---

fossem descritas como ônus e não como simples faculdade. Não há como negar, porém, que tais benefícios seriam indiretos. Favorecido principal e direto com o atendimento ao preceito normativo é a própria parte a quem o comando se destina.

8 Cambi, Eduardo, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, São Paulo, RT, 2006, p. 315.

9 Echandiá, Hernando Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, t. I., p. 401:

"Podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."

No mesmo sentido é, entre nós, a definição de Eduardo Cambi, para quem:

"O ônus pode ser definido como a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para satisfação de um interesse próprio, não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir a sua observância, visto que o seu não-cum-

No curso do processo, vários são os ônus com que autor e réu têm que lidar diuturnamente. Destarte, "as partes devem executar certos atos, adotar determinadas condutas, afirmar fatos e fazer petições, tudo isso dentro dos limites de tempo e lugar que a lei processual assinala, se quiserem obter êxito e evitar prejuízos como resultado do processo".<sup>10</sup>

O ônus da prova é uma dessas condutas. Por mais necessária e indispensável que a prova seja, por mais que seja recomendável e importante que o julgador tenha acesso a ela, as partes não têm efetivamente a obrigação de provar, e a ninguém é dado exigir-lhes isso.

Entretanto, porque sem o conjunto probatório o magistrado não tem condições de modelar a realidade dos fatos ocorridos, de forma a promover o acerto de queles que foram objeto de afirmações trazidas pelas partes, o legislador impõe a autor e réu um ônus, qual seja: o de trazer aos autos as provas dos fatos afirmados por cada qual, sob pena de que eles não sejam reconhecidos como verdadeiros e, conseqüentemente, de que a causa venha a ser julgada em seu desfavor.

Nesse íterim, o ônus da prova nada mais é do que "a conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz".<sup>11</sup> Ou, em outras palavras, o encargo que a parte tem de trazer aos autos os elementos probatórios necessários à formação da convicção do magistrado, em relação aos fatos alegados.

Se a parte o faz, preenche uma das condições para que a causa venha a ser julgada a seu favor, o que, ressalte-se, não necessariamente terá de vir a ocorrer. Nesse ponto reside, inclusive, uma especificidade do ônus da prova em relação ao ônus da teoria geral do direito:<sup>12</sup> o seu cumprimento não acarreta automaticamente uma consequência benéfica ao sujeito. A sua tão-só observância não é sinônimo de julgamento favorável da pretensão. "Realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional

---

primento pode acarretar apenas consequências desfavoráveis para a pessoa beneficiada" (*A Prova cit*, p. 315).

10 Echandiá, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 375:

"Las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, afirmar hechos y hacer peticiones, todo ello dentro de los límites de tiempo y lugar que la ley procesal señale, si quieren obtener buen éxito y evitarse perjuicios como resultado del proceso."

11 Theodoro Jr., Humberto, *Curso cit.*, nº 421, p. 478.

12 Cambi, Eduardo, *A Prova cit*, loc. cit.

plena”,<sup>13</sup> o que está atrelado a inúmeros outros fatores, inclusive a valoração do conjunto probatório pelo juiz.

Em contrapartida e considerando que a prova dos fatos alegados é um dos pressupostos para que se tenha êxito na ação, se a parte não cumpre o encargo determinado, ela aumenta substancialmente o risco do seu insucesso. Fica a mercê da sorte de que as provas necessárias venham a ser produzidas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo magistrado<sup>14</sup> ou, simplesmente, suporta o pior dos efeitos da falta de provas que é a improcedência da sua pretensão.

Isso porque, sendo o ônus da prova também regra de julgamento, como adiante se verá, se na prolação da sentença o juiz verificar a ausência de prova quanto a fato crucial para o deslinde da controvérsia, em regra, julgará a ação contrariamente àquele a quem tocava o encargo de comprová-lo.

Daí o conceito de ônus da prova formulado por Hernando Echandía, para quem:

“Ônus da prova é uma noção processual que contém a regra de julgamento por meio da qual se indica ao juiz como deve julgar quando não encontra no processo provas que lhe dêem certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão e, indiretamente, estabelece a qual das partes interessa a prova de tais fatos para evitar conseqüências desfavoráveis”.<sup>15</sup>

## 2. Estrutura e finalidade

O conceito de ônus da prova de Hernando Echandía transcrito no tópico anterior nos fornece, de modo preciso, os dois aspectos ou perspectivas estrutu-

13 *Idem*, p. 316.

14 Para afastar as conseqüências decorrentes do descumprimento do ônus da prova pela parte responsável, basta que os elementos probatórios, por outras vias, tenham sido colacionados aos autos. Tal ocorre por força do princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, segundo o qual, a partir do momento em que a prova é trazida para os autos, ela se desvincula de quem a produziu, passa a pertencer ao processo, podendo os demais sujeitos da relação processual dela se valerem para imprimir-lhes os efeitos pertinentes.

15 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 406: “Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla re juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.”

rais, sob os quais o instituto deve ser examinado e dos quais decorrem as suas finalidades essenciais.

Embora contemple uma noção unitária e global, na medida em que há só um ônus da prova, trata-se, verdadeiramente, de uma figura complexa que abrange, de um lado, o *a) ônus subjetivo*, por força do qual deriva uma regra de conduta para as partes, e, de outro, o *b) ônus objetivo*, em razão do qual tem origem uma regra de julgamento para o juiz.

### 2.1. O ônus subjetivo: regra de conduta para as partes

Um dos traços mais marcantes do instrumento processual é, sem dúvida, o seu caráter dialético. Por meio dele, autor e réu lançam-se em debates em torno das afirmações trazidas por cada qual, de forma a extrair delas as conseqüências jurídicas que melhor lhes aprouver, tendo como último e principal escopo convencer o julgador acerca da procedência ou da improcedência da pretensão pedida na petição inicial.

Para além das discussões e do êxito fundado na argumentação, o convencimento do magistrado, como outrora já se assentou, passa, necessariamente,<sup>16</sup> pelas provas produzidas no curso da instrução processual. É o conjunto probatório colacionado aos autos que permite ao julgador promover o acertamento e criar a certeza em torno dos fatos alegados pelas partes que, a toda evidência, têm interesse no seu reconhecimento como verdadeiro.

Com efeito, “o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o próprio litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro. É esse interesse que estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o julgador mediante as provas de que o fato realmente ocorreu. Assim, o desejo de vencer o litígio cria, no litigante, a necessidade de pesar os meios de que se pode valer em seu trabalho de persuasão e de esforçar-se para que esses meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa”.<sup>17</sup>

O ônus subjetivo é, nesse contexto, o aspecto do ônus da prova que distribui entre demandante e demandado o encargo de produzir as provas dos fatos ne-

16 Ou pelo menos quando se está diante de causas que não versem sobre matéria exclusivamente de direito. E, quanto a este aspecto, já assentou oportunamente Barbosa Moreira que: “Pouquíssimas são as causas que se podem decidir mediante a solução de puras questões de direito, e a insuficiência de elementos probatórios é o escolho em que maior risco de naufragar corre boa quantidade de postulações talvez fundadas” (Notas sobre o problema cit, p. 213).

17 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, p. 322.

cessários ao julgamento da ação, apontando – a partir de critérios determinados e que serão discutidos mais adiante – quais os fatos que devem ser provados por cada qual, com vistas a obter uma decisão favorável.

Ou, nos dizeres de Leo Resenberg é:

“O ônus que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante a sua própria atividade, se quer evitar a perda do processo”.<sup>18</sup>

O ônus subjetivo estabelece, pois, com quais dos litigantes se relacionam os fatos a serem provados e, a partir daí, a quem compete provar determinado fato, quem deve promovê-lo, ou, ainda, a quem interessa que se produza certa prova, indicando, com isso e por consequência, aquele que será afetado na sentença pela falta da prova respectiva.

Assim, a função do ônus subjetivo é determinar uma regra de conduta que deverá ser adotada pelos litigantes se almejarem obter êxito na ação, regra essa que presidirá e norteará a atividade das partes, no curso da instrução.

É que, embora cada parte seja livre para trazer ou não aos autos a prova dos fatos contidos nas suas afirmações, se não o faz e o fato que fica sem prova integra o *thema probandi*, o litigante pode sofrer “consequências desfavoráveis, eis que diminui as suas chances de poder convencer o juiz de que tem razão”.<sup>19</sup>

Desse modo, autor e réu têm conhecimento, *a priori*, daquilo que deve ser provado por um e por outro, “como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”<sup>20</sup> e quais as possíveis consequências que provêm do seu eventual descumprimento.

Decorrência do ônus subjetivo é o caráter concreto que a perspectiva contempla, haja vista que entre os vários fatos alegados pelas partes, aponta aqueles

18 Rosenberg, Leo, *La Carga de la Prueba*, tradução por Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, EJE, 1956, p. 15:  
“La carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.”

19 Cambi, Eduardo, *A Prova cit., loc. cit.*

20 Arruda Alvim, José Manoel, *Manual de Direito Processual Civil*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1996, vol. 2, p. 429.

que devem ser objeto de prova para que se obtenha vitória na ação, o que é feito sempre caso a caso.<sup>21</sup>

## 2.2. O ônus objetivo: regra de julgamento para o juiz

Embora a vinda das provas relativas aos fatos afirmados pelas partes seja a conduta desejada e esperada, pode ocorrer que os elementos probatórios necessários à instrução do feito, por qualquer razão, não sejam colacionados aos autos e, por conseguinte, o magistrado não tenha condições de modelar a realidade ocorrida, promover o acertamento dos fatos objeto do litígio e, tampouco, formar o seu convencimento em torno da controvérsia, de modo a decidi-la.

Ocorre que o nosso ordenamento, tal qual se dá com todos aqueles de linhagem romano-germânica, veda ao juiz a possibilidade de não proferir decisão, de se abster de solucionar o conflito de interesses, ainda que não tenha certeza acerca dos fatos controvertidos.

O juiz deve julgar. O juiz tem que julgar, “sendo-lhe vedado pronunciar *non liquet*. Dessa forma, mesmo que o juiz não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide”.<sup>22</sup>

Mas julgar como? Valendo-se das regras de distribuição do ônus da prova, que, sob a perspectiva objetiva, enunciam uma regra de julgamento por meio da qual, uma vez ausente a prova sobre fato fundamental ao desfecho da controvérsia, a sentença de mérito será desfavorável àquele litigante a quem tocava o ônus de prová-lo.

O ônus objetivo visa, assim, impedir, proibir a proclamação do *non liquet*, “regulando a decisão sobre fato incerto e desconhecido”.<sup>23</sup> O juiz, de modo a assegurar a prestação de tutela jurisdicional, reputará sucumbente aquele litigante que não comprovar os fatos que, pelas regras de distribuição do ônus da prova, deveria fazê-lo.<sup>24</sup>

21 Echandiá, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 409:

“El aspecto concreto es reconocido por todos los autores, porque es consecuencia lógica de su carácter subjetivo, esto es, de considerar la noción desde el punto de vista de las partes vinculadas por ella, y, por tanto, de su distribución, en virtud del interés en obtener la decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, o sea, a la cuestión sustancial debatida en los respectivos procesos, que depende precisamente de los hechos concretos que en estos se afirman.”

22 Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, p. 135.

23 Echandiá, Hernando Devis, *Teoría General cit., loc. cit.*:

“Es decir, [el aspecto objetivo], regula la decisión sobre el hecho incierto o desconocido.”

24 Cambi, Eduardo, *A prova cit., loc. cit.*, p. 322.

Como observa Leo Rosenberg:

“As regras sobre o ônus da prova (...) ajudam o juiz a formar um juízo, afirmativo ou negativo sobre a pretensão que se faz valer, apesar da incerteza com relação às circunstâncias de fato, porque lhe indicam o modo de chegar a uma decisão em semelhante caso. A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nessa instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação sobre fato importante”.<sup>25</sup>

Trata-se de perspectiva de caráter abstrato, já que a regra de julgamento é geral para todos os casos e todos os processos em que a ausência ou insuficiência de prova ocorra, não havendo qualquer espécie de distinção em razão de partes envolvidas ou da natureza da pretensão discutida.<sup>26</sup> “Ela indica ao juiz como deve decidir na falta de convencimento sobre os fatos, ou seja, contra quem deve considerar a falta ou a insuficiência de prova, quaisquer que sejam o litígio e o processo”.<sup>27</sup>

Outrossim, é uma regra aplicável apenas e tão-somente nos casos de ausência de provas sobre os fatos em relação aos quais versa a ação, quando o juiz não tem outros meios para reconstruir a realidade, convencer-se e proferir uma decisão justa.<sup>28</sup> O ônus objetivo não é um meio de prova ou um método de valoração da prova, mas um critério subsidiário e prévio que se põe à disposição do julgador, a fim de que ele possa decidir.

25 Rosenberg, Leo, *La Carga cit.*, p. 2:

“Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.”

26 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 410.

27 *Idem, ibidem*:

“Le indica al juez cómo debe decidir, a falta de convencimiento sobre los hechos, o sea, en contra de quién debe considerar la falta o la insuficiencia de las pruebas, cualesquiera que sean el litigio y el proceso.”

28 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, loc., p. 329.

Um critério válido e necessário, que evita surpresas para as partes e o arbítrio do magistrado, eis que as regras do jogo são conhecidas por todos de antemão. Mas um critério que nem sempre conduz a uma decisão justa, porque, é de se reconhecer, da constatação de que o fato não foi provado por quem deveria, não decorre, necessariamente, que ele não tenha existido ou que a afirmação lançada não seja verdadeira.

Há, aqui, o estabelecimento de uma presunção pelo ordenamento que privilegia a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e a pacificação social ao impor a obrigatoriedade da prestação de tutela sempre que a atividade jurisdicional é provocada, de forma a promover o encerramento do litígio, ainda que em detrimento da justiça e da verdade da decisão prolatada.<sup>29</sup>

### 2.3. Apontamentos: regra de conduta ou de julgamento?

A secção do ônus da prova nos aspectos subjetivo e objetivo não é assente na sistemática processual, e um número significativo de autores consagrados<sup>30</sup> preleciona a existência apenas da perspectiva objetiva no processo moderno.

Para tanto, entendem que o critério subjetivo mostrou-se insuficiente ao longo da história, sobretudo quando em cotejo com o princípio da aquisição da prova pelo processo, os poderes instrutórios do juiz e os critérios de valoração da prova para a formação do convencimento. E que, além disso, as questões pertinentes ao ônus só se verificam quando do julgamento da controvérsia, no momento em que o juiz constata a inexistência de prova relativa a fato relevante e, por conseguinte, deve valer-se da regra de julgamento.

A partir do momento em que se compreende que, para o cumprimento do encargo probatório, ou ainda, para o afastamento das conseqüências desfavoráveis decorrentes do seu descumprimento, basta que a prova do fato tenha sido colacionada aos autos, pouco importando por quem; a partir do momento em que a lei processual confere ao magistrado poderes para determinar a complementação ou o aperfeiçoamento do conjunto probatório já existente, se ele não for suficiente para a formação do seu convencimento; a partir do momento em que tal convencimento deve se dar de forma motivada, após a valoração e o sopesamento da prova produzida; a partir do momento em que “nem toda a diligência e a energia empreendidas pela parte na instrução são, *de per se*, suficientes para

29 *Idem, ibidem*.

30 Por todos, cf. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1997, t. IV, pp. 270-271.

lhe garantir sucesso no desfecho do processo, de forma correlata, sua total inércia não implica necessariamente o seu sucumbimento”,<sup>31</sup> poderia se pensar na “relatividade existente entre a atividade probatória das partes e o resultado do processo”<sup>32</sup> e, por conseguinte, na possível irrelevância da perspectiva subjetiva do instituto.

Como registra, de forma categórica, Pontes de Miranda:

“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”.<sup>33</sup>

E, ainda, Gian Micheli:

“Se chegará a considerar unitariamente o fenômeno do ônus da prova sob o perfil da regra de julgamento, que dá ao juiz o poder de se pronunciar em qualquer caso, inclusive quando lhe restaram ignorados fatos relevantes da controvérsia (...). Desse modo, qualquer contraposição artificiosa entre o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo é nitidamente superada, deslocando-se o centro de gravidade do estudo da atividade processual das partes, voltada a conseguir um resultado útil, para a atividade de julgamento do juiz”.<sup>34</sup>

31 Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, p. 134.

32 *Idem, ibidem.*

33 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Comentários cit., loc. cit.*

34 Micheli, Gian Antonio, *L'Onere cit.*, p. 112:

“Per tale via, se giungerà a considerare unitariamente il fenomeno dell'onere della prova, sotto il profilo della regola di giudizio, che dá al giudice il potere di pronunciare in ogni caso, anche quando gli siano rimasti ignoti fatti rilevanti della controversia (...). In tal modo ogni artificiosa contrapposizione tra aspetto obbiettivo e subbiettivo è nettamente superata,

Os fundamentos comportam censura.

É certo e não se recusa aqui a finalidade essencial do ônus da prova como regra de julgamento, como critério norteador e balizador da conduta do magistrado ao se deparar com a ausência de prova em relação a fato relevante para o desate da lide; mas é igualmente certo também que, mesmo no processo moderno, não há como perder de vista a perspectiva subjetiva do ônus da prova.

As regras relativas à distribuição do ônus da prova continuam a orientar a atividade das partes, diante do conhecimento prévio de “a quem toca provar o que” ou “quem tem interesse em provar o que”. A ordem jurídica aponta para os litigantes de quem é o risco de sucumbir em caso de ausência de prova deste ou daquele fato, observando, assim, o princípio da segurança e também estimulando as partes à produção das provas respectivas, de modo a convencerem o julgador, obterem uma decisão favorável e não ficarem à mercê da própria sorte nos autos.

Nesse contexto, as partes – e o seu comportamento na instrução – permanecem como destinatários das normas relativas à distribuição dos encargos probatórios no processo.

Acresça-se a isso, o fato de que o ônus da prova estabelece regras de conduta em relação a alguém e, igualmente, também em relação a alguém prevê as consequências para o caso do descumprimento do encargo e posterior insuficiência de prova. Há sempre um sujeito envolvido. Há sempre alguém que será responsável pela produção da prova e alguém para suportar o ônus respectivo. “A noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque não é uma categoria jurídica que pode ser concebida sem um titular”.<sup>35</sup>

Mesmo o aspecto objetivo do ônus da prova encontra-se intimamente ligado ao aspecto subjetivo, sendo a ele inerente, duas faces de uma mesma moeda. Basta ver que “a falta de certeza, que determina ao juiz aplicar o ônus da prova em sentido objetivo, é inseparável do risco que pesa sobre a parte que não produz os fatos necessários para a aplicação da norma jurídica invocada e dependente da verificação concreta desses fatos duvidosos”.<sup>36</sup>

spostando il centro di gravità dello studio della attività processuale delle parti, rivolta a conseguire un risultato utile, alla attività di giudizio del giudice.”

35 Cambi, Eduardo, *A Prova cit., loc.*, p. 317.

36 *Idem*, p. 318.

Não se pode perder de vista, outrossim, que o princípio da aquisição da prova pelo processo, os poderes instrutórios do juiz e os critérios de valoração do conjunto probatório não têm o condão de elidir, suprimir ou substituir, notadamente *ab initio*, o ônus das partes e a importância da atividade probatória por elas exercida, que permanece essencial para o desfecho da lide e submetida aos mesmos riscos no caso de inobservância do preceito.

É claro que se trata de fatores capazes de atenuar os efeitos do ônus no caso concreto, porquanto possibilitam a vinda da prova aos autos e a conseqüente satisfação do encargo, mas jamais têm o condão de afastá-lo por completo, como já se afirmou. Cuida-se, na verdade, de elementos complementares que atuam de forma sucessiva: ônus subjetivo, iniciativa probatória do juiz, valoração da prova e ônus objetivo, sempre com vistas a permitir o alcance de um pronunciamento judicial final o mais adequado possível.

Por outro lado, é de se ter em conta, ainda, que qualquer interferência no ônus da prova que for provocada terá repercussão não só no aspecto subjetivo, mas também e fundamentalmente, no aspecto objetivo, porquanto a regra de julgamento poderá deixar de ser aplicada.

Se autor ou réu não cuidaram de cumprir com o ônus que lhes tocava, e o magistrado – preocupado com a obtenção da verdade, para proferir um resultado justo – vale-se da prerrogativa legal que lhe confere poderes para determinar a produção de provas e ordena, por exemplo, que se faça uma perícia ou que se colha o depoimento de uma dada testemunha, o que culmina por promover o accertamento dos fatos alegados, evidentemente que essa conduta trará impactos para o julgamento da controvérsia. O juiz julgará a lide não com base no preceito que determina o desprovimento da pretensão daquele que não prova os fatos em que ela se fundamenta (*ônus objetivo*), mas com amparo naquilo que constatou com a prova cuja realização foi determinada de ofício.

Por fim, equivocada também é a afirmação de que as regras relativas ao ônus da prova só teriam importância quando do julgamento do processo, em sendo constatada a insuficiência de provas por parte do julgador.

Para ficar apenas no direito pátrio, na atual disciplina do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que, como será analisado oportunamente, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que versem sobre direito do consumo, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias de experiência”, a questão tem relevância antes mesmo do início da fase instrutória, já no despacho saneador.

Há, de fato, a necessidade de o fabricante ter prévia ciência do encargo que deve cumprir, de forma a garantir a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurados no art. 5º, LV, da Constituição Federal.<sup>37</sup> “O juiz não só pode, como deve determinar a quem incumbe a prova já na fase de saneamento, quando não está preocupado em reunir argumentos para sentenciar, mas em estruturar o melhor modo de se buscarem elementos para ter condições de instruir-se a respeito da causa”.<sup>38</sup>

A ciência prévia da distribuição dos encargos probatórios terá igual importância e pela mesma razão também na aplicação da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, não mais prevalecendo, portanto, a alegação de que, no moderno processo civil, o ônus só teria importância quando da prolação de

37 A questão relativa ao momento em que a inversão do ônus da prova deve ser determinada no curso do processo não é pacífica. Há autores que sustentam que a inversão deverá ser determinada já na petição inicial, de forma a garantir a ampla defesa dos direitos do consumidor, mas, em contrapartida, evitar que o fornecedor alegue cerceamento de defesa ou impossibilidade de produção de prova (cf. Nogueira, Tânia Lis Tizzoni, *A Prova no Direito do Consumidor*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 1999, p. 127; e Cunha, Belinda Pereira da, Ônus da Prova no Código do Consumidor: Necessidade da Inversão Prévia em Face das Liminares de Antecipação de Tutela, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 46, abr.-jun. 2003, p. 317). Há aqueles que defendem que a inversão deve se dar na sentença, na medida em que, como regra de juízo, o ônus da prova só poderia ser aplicado quando do julgamento da ação, no caso de insuficiência das provas produzidas. Ademais, qualquer determinação sobre a distribuição dos encargos probatórios em momento anterior importaria em prejulgamento da causa, na medida em que a comprovação dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor também dependem de provas (cf. Grinover, Ada Pellegrini et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 735; Nery Jr., Nelson, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 1, maio 1992, p. 217; e Santos, Sandra Aparecida Sádós, *A Inversão cit.*, p. 277). E por fim, aqueles que, como nós, se filiam à corrente que sustenta a necessidade de a inversão do ônus da prova se dar antes do encerramento da fase de instrução, de forma a possibilitar ao réu a chance efetiva de produzir a prova necessária ao cumprimento do encargo que lhe foi outorgado, preservando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal (cf. Barbosa Moreira, Carlos Roberto, O Processo Civil no Código do Consumidor, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 63, jul.-set. 1991, p. 144; Theodoro Jr., Humberto, *Direitos do Consumidor: a Busca de um Ponto de Equilíbrio entre as Garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 148; e Cambi, Eduardo, *A Prova cit., loc.*, p. 318).

38 Cambi, Eduardo, *A Prova cit., loc. cit.*

sentença. Saber “quem deve provar o que” na processualística atual é algo que deve ser objeto de exame e deliberação pelo magistrado já no despacho saneador, inclusive para fins de recolhimento de “despesas que a atividade probatória pode exigir e que devem ser feitas por ocasião de cada ato processual (art. 19 do CPC)”.<sup>39</sup>

Em suma, a despeito de o ônus objetivo constituir o aspecto fundamental, a essência do ônus da prova, que outorga ao juiz a regra de julgamento para impedir o *non liquet*, proferindo sentença mesmo quando não dispõe de elementos para formar seu convencimento em torno dos fatos alegados pelas partes, certo é que o ônus subjetivo, que prevê a distribuição dos encargos probatórios entre os litigantes e estabelece os riscos de sucumbência para o caso de seu descumprimento, estimulando as partes e estabelecendo regras de conduta para a sua atividade probatória, é aspecto igualmente importante na estrutura do ônus da prova, que não pode, nem deve, simplesmente, deixar de ser levado em consideração.

### 3. A distribuição do ônus da prova

#### 3.1. Fundamento

Uma vez definido que o convencimento do julgador deve se formar com base nas provas colacionadas aos autos e, ainda, que aos litigantes seria imputada, em princípio, a responsabilidade, o encargo de produzir o conjunto probatório necessário ao accertamento dos fatos e à solução da controvérsia, tornou-se imperativo estabelecer critérios para dividir o ônus da prova entre autor e réu.

De fato, “desde o Direito Romano sentia-se a necessidade prática de estabelecer critérios para distribuição do ônus da prova entre as partes”.<sup>40</sup> E essa necessidade era decorrente dos dois aspectos fundamentais do instituto – objetivo e subjetivo – embora àquela altura os seus contornos não estivessem descritos de forma tão clara e precisa como no processo moderno.

Já naquela época, fazia-se necessário estabelecer critérios para distribuição do ônus da prova porque, de um lado, deveria haver alguém responsável pela produção da prova e, do outro, alguém que suportaria as consequências respectivas caso as provas não fossem produzidas.

39 *Idem, ibidem.*

40 Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, p. 78.

Desse modo, o primeiro e principal fundamento para que se criasse um regramento específico em relação à distribuição do ônus da prova entre os litigantes foi a necessidade, a precisão, a carência de que ele existisse para possibilitar que o instituto alcançasse todos os seus efeitos e cumprisse com a sua finalidade.

No curso da história, porém, vários e diversificados foram os fundamentos sucessivamente lançados pelos processualistas e agregados ao fundamento essencial da necessidade, de forma a justificar a distribuição.

Assim é que, apenas para ficar entre os autores mais modernos, Giuseppe Chiovenda, após apontar a dificuldade de se estabelecer uma formulação geral e completa sobre o tema, bem como de se encontrar uma justificativa lógica e justa para a distribuição, diz que é “antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova”,<sup>41</sup> acrescentando a isso, a força dos princípios da justiça distributiva e da igualdade entre as partes no processo.<sup>42</sup>

A igualdade dos litigantes perante a lei é invocada por Gian Micheli para fundamentar a divisão do encargo, a partir da constatação do impacto que o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem – editada sob os auspícios dos ideais revolucionários de 1789 e que previu a igualdade de todos os cidadãos – causou, sendo encampado pelo Código Civil Francês de 1804 e tendo influenciado sobremaneira as codificações que se seguiram.<sup>43</sup>

Francesco Carnelutti, sua vez, afirma que o ônus da prova deve ser distribuído “porque o interesse na determinação do fato incerto (na decisão acerca da existência do fato incerto) é recíproco entre as partes (ainda que em direção contrária), de tal maneira que normalmente uma e outra apresentam provas (fontes de prova) destinadas a fazer considerar a sua existência ou a sua inexistência”.<sup>44</sup>

Leo Rosenberg, a seu turno, vale-se das lições de Wach para dizer que “a distribuição adequada e prudente da carga da prova é uma das instituições mais necessárias ou, pelo menos, mais desejáveis da ordem jurídica”.<sup>45</sup> E vai além ao sustentar que a repartição do ônus da prova encontra seu fundamento no princí-

41 Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., tradução da 2ª edição do original italiano por Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller, 2002, vol. II, p. 448.

42 *Idem, ibidem.*

43 Micheli, Gian Antonio *L'Onere cit.*, p. 49.

44 Carnelutti, Francesco, *A Prova cit.*, 40.

45 Wach, citado por Rosenberg, Leo, *La Carga cit.*, p. 85:

“La distribución adecuada y prudente de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias o por lo menos más deseables del orden jurídico.”

pio da segurança jurídica, na necessidade de a lei, previamente, estabelecer a repartição do encargo e as conseqüências do seu descumprimento, não permitindo margem para o arbítrio do julgador.

Outrossim, ressalta que critérios de conveniência e de justiça tornam imperativa a distribuição, eis que concentrar todo o ônus nas mãos do autor – responsável por provocar a atividade jurisdicional, ao levar a controvérsia à apreciação do Poder Judiciário – reduziria, quando não excluiria, *a priori*, a possibilidade de êxito na demanda, deixando-o na dependência da postura do réu, que não teria qualquer preocupação ou compromisso inicial com o processo.

Afirma o autor que “toda a economia nacional se baseia na segurança de poder realizar os direitos privados, e a coletividade tem um interesse urgente em que o credor não somente possa recorrer ao órgão estatal para lhe pedir proteção jurídica, mas também possa obtê-la sem grandes dificuldades”.<sup>46</sup>

Mas, a nosso ver, é Echandía, porque se ampara nessas e em outras razões que foram declinadas ao longo do tempo,<sup>47</sup> quem melhor justifica a necessidade de distribuição do ônus ao afirmar que “o fundamento da carga da prova, como norma de distribuição do risco da falta de certeza, se encontra nos princípios da lógica, da justiça distributiva e da igualdade das partes diante da lei e do processo, isto é, na necessidade de dar a todas as partes uma adequada oportunidade e um guia seguro para a defesa de seus direitos e de sua liberdade”.<sup>48</sup>

46 Rosenberg, Leo, *La Carga cit., loc. cit.*:

“Toda la economía nacional estriba en la seguridad de poder realizar los derechos privados, y la colectividad tiene un urgente interés en que el acreedor no sólo puede acudir al órgano estatal pidiéndole protección jurídica sino que también pueda obtenerla sin dificultades demasiado grandes.”

47 E eles foram muitos. O próprio Rosenberg cita Broadmann e o princípio dispositivo, que determina que uma parte deva fornecer a prova dos autos, mas não consegue apontar qual das partes deve fazê-lo; Schönke e a estrutura contraditória do processo que, antes de mais nada, tem a mesma força do princípio dispositivo; Leonhard e o imperativo lógico que impõe sempre ao autor o ônus da prova, entre outros. A propósito, cf. Rosenberg, Leo, *La Carga cit.*, pp. 86-88.

48 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 432:

“Resumiendo ahora nuestro concepto, creemos que el fundamento de la carga de la prueba, como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza (segundo aspecto de la noción), se encuentra en los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad de las partes ante la ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad.”

Distribuir o encargo probatório entre os litigantes no processo é algo necessário, na medida em que as partes devem ter conhecimento prévio, ou seja, antes do julgamento, de quem é a atribuição de produzir qual prova e, por conseguinte, quem suportará as conseqüências provenientes do seu eventual descumprimento, evitando-se, assim, surpresas decorrentes do arbítrio do julgador.

É, do mesmo modo, algo que encontra fundamento na natureza dispositiva e distributiva do processo e no princípio da igualdade das partes, porquanto distribui equitativamente entre elas a responsabilidade pela produção da prova e os riscos a ela inerentes.

E é, por fim, algo que se ampara na lógica, tendo em vista que, ao repartir o ônus da prova entre os litigantes, aumenta consideravelmente a possibilidade de que os elementos necessários à convicção do julgador sejam efetivamente colacionados aos autos – permitindo-se, portanto, o alcance de uma decisão mais próxima da realidade e, via de conseqüência, mais justa – bem como cria condições aptas a proporcionar uma maior participação e um maior comprometimento de autor e réu para com o processo.

### 3.2. As teorias “estáticas” existentes sobre a distribuição do ônus da prova

Tão numerosas e diversas quanto os fundamentos declinados pelos estudiosos do processo para justificar a distribuição do ônus da prova entre os litigantes são as teorias elaboradas no curso da história com vistas a estabelecer critérios para a repartição prévia do encargo probatório.

Não obstante, valendo-nos aqui novamente das lições de Echandía, poderíamos reunir as principais delas em oito categorias diferentes, cada qual com sua respectiva inclinação, sem que com isso tenhamos qualquer preocupação de natureza temporal ou cronológica e, igualmente, não sem a consciência de quão falhas, insuficientes e imprecisas costumam ser as tentativas de classificação na teoria do Direito.

São elas: *a*) a que impõe ao autor o ônus de provar; *b*) a que incumbe o encargo ao titular da afirmação; *c*) a que exige do autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e do réu a prova dos fatos referentes à sua exceção/defesa; *d*) a que toca o ônus da prova àquele que alega um fato ou circunstância anormal; *e*) a que impõe o encargo a quem inova no processo; *f*) a que tem em conta a natureza dos fatos alegados (constitutiva, impeditiva ou extintiva); *g*) a que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma cuja aplicação se

reclama; e *h*) a que distribui o ônus segundo a posição da parte em relação ao bem jurídico desejado ou o efeito jurídico perseguido.<sup>49</sup>

A despeito das diferenças marcantes, delineadas na pena de alguns dos maiores e mais renomados processualistas da história e que serão objeto de exame a seguir, é possível apontar pelo menos um traço comum entre todas elas: o fato de estabelecerem os critérios para a distribuição do ônus da prova a partir de uma visão estática do processo, determinando de antemão, *a priori*, a quem toca o encargo de provar cada um dos fatos declinados nos autos.

É fundamentalmente por esse traço, que denota a perspectiva estática, fixa e inalterável sobre a qual foram elaboradas, que elas se distinguem da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, como se verá mais adiante.

### 3.2.1. A teoria que impõe ao autor o ônus de provar

As primeiras regras de caráter jurídico acerca da distribuição do ônus da prova entre os litigantes remontam ao Direito Romano<sup>50</sup> e têm seu fundamento principal na posição ocupada por cada parte na relação processual.

De início, a disciplina ali vigente, inserta na máxima *onus probandi incumbit actori*, previa que o ônus da prova tocava ao autor quanto a todo e qualquer fato versado no processo, de modo que, uma vez descumprido o encargo, absolutava-se automaticamente o réu. Ao autor cumpria a prova não só dos fatos constitutivos do seu direito, daqueles fatos sobre os quais embasava a sua pretensão, mas também a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado que, por ventura, pudessem ser oponíveis pelo réu.

Tal regramento criava entraves e embaraços diversos à consecução do direito do autor, que, não raras vezes, via-se sem condições, impossibilitado de produzir provas excludentes de fatos afirmados pelo réu e, ainda assim, em face da ausência dessas provas, culminava por não alcançar o seu pleito, mesmo naqueles casos em que fazia jus a ele.

Em razão disso, a regra acabou sendo abrandada e complementada pela máxima *reus in excipiendo fit actor*, por meio da qual se previu que, em sen-

49 *Idem*, pp. 432-433.

50 A título de informação, anote-se que, quanto ao surgimento das primeiras regras sobre distribuição do ônus da prova no Direito Romano, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico noticia a existência de controvérsia entre os autores – especificamente entre Levy, Gianetto Longo e Pugliese –, decorrente da interpretação de trechos do Digesto sobre em qual período ela teria se dado, se já no período formular ou se apenas no período da *extraordinaria cognitio*. A propósito, cf. Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, pp. 46-50.

do oposta exceção por parte do demandado, este se equipararia ao demandante quanto aos fatos declinados na sua defesa, tendo, portanto e a partir de então, a responsabilidade de prová-los, sob pena de ver desacolhida a exceção.

Nesse contexto, a despeito de afirmar-se que no Direito Romano o ônus da prova cumpria sempre ao autor, na verdade, a teoria distributiva ali a final encampada impunha a cada parte a responsabilidade de provar o fundamento da sua pretensão. Ou, em outros termos, de comprovar aqueles fatos especiais contidos nas suas afirmações e que interessavam a cada qual para ver julgada a causa em seu favor.

Ao autor pertencia o encargo no tocante aos fatos que amparassem o seu pedido, permanecendo integralmente com o *munus* quando o réu vinha a juízo apenas para negá-los, sem afirmar qualquer fato novo para tanto. Ao réu, por sua vez, cumpria provar aqueles fatos nos quais estivesse escorada a sua exceção<sup>51</sup> e nenhum outro mais.

Embora o regramento romano tenha encontrado amparo durante muito tempo no direito europeu – sobretudo devido à atuação dos canonistas e dos juristas da Escola de Bolonha – e ser sim hábil a solucionar um número considerável de demandas, ele não ficou imune a críticas.

A primeira e principal delas reside na impossibilidade de se impor ao autor o encargo de provar todos os fatos – positivos e negativos – em que se ampara a sua pretensão, quando o réu limita-se a negá-la, não opondo qualquer espécie de exceção. Isso porque tal “equivaleria a exigir-lhe também a prova dos fatos extintivos ou impeditivos, posto que a decisão favorável do juiz deve ter em conta não apenas a existência dos fatos que originam ou constituem o direito, senão também a ausência daqueles que podem impedir seu nascimento ou que posteriormente poderiam extingui-lo ou modificá-lo”.<sup>52</sup>

Deixar a carga do demandante, em caso de simples negativa do demandado, a prova de todo e qualquer fato ligado à sua pretensão – seja para constituí-la, modificá-la, impedi-la ou extingui-la – é algo que não só foge aos limites da

51 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 433.

52 *Idem, ibidem*:

“En efecto, no es cierto que el demandante deba probar todos los hechos, positivos y negativos, que sirven de base a sus pretensiones; esto equivaldría a exigirle también la prueba de la ausencia de hechos extintivos o impeditivos, puesto que la decisión favorable del juez debe tener en cuenta no solamente la existencia de los que originan o constituyen el derecho, sino la ausencia de los que pueden impedir su nacimiento o que posteriormente lo hayan podido extinguir o modificar.”

razoabilidade – na medida em que não é razoável ou sequer possível que alguém consiga fazer sempre a prova nos moldes em que reclamada – como cria para o autor um obstáculo seriíssimo para o alcance de êxito na ação, reduzindo consideravelmente e *a priori* essa possibilidade.<sup>53</sup>

Some-se a isso a constatação de que nem todos os fatos que se relacionam à pretensão do autor carecem, necessariamente, de prova, quer porque gozam de presunção legal a respeito, quer porque são fatos notórios entre os envolvidos no processo, ou porque impertinentes ou irrelevantes para o desate do litígio, ainda que tenham sido declinados como fundamento do pedido formulado pelo demandante.<sup>54</sup>

O mesmo se diga em relação ao demandado, e a prova dos fatos em que se funda a exceção, em relação aos quais pode ocorrer ainda que sejam os mesmos afirmados pelo autor – e não outros – só que com conseqüências jurídicas imputadas absolutamente diversas. Ou seja, naqueles casos em que o réu “se limita a reclamar o reconhecimento do efeito jurídico exceptivo que uma norma legal outorga aos fatos lançados pelo autor, sem que necessite aduzir provas”<sup>55</sup> para tanto.

Outrossim, ao equiparar o réu excipiente ao autor para fins de atribuição de encargo probatório, a teoria encontra óbice também na noção moderna de exceção. “Em sentido amplo, exceção abrange toda e qualquer defesa que tenda a excluir da apreciação judicial o pedido do autor, seja no aspecto formal, seja no material”.<sup>56</sup>

A exceção é, portanto, “defesa ou oposição específica à pretensão do demandante, porém, não é uma pretensão do demandado, isto é, o demandado que excepciona não exerce uma ação, mas seu direito de contradicção”.<sup>57</sup>

53 *Idem, ibidem.*

54 *Idem, p. 434.*

55 *Idem, ibidem:*

“Puede ocurrir que la excepción resulte de los mismos hechos afirmados por el demandante como fundamento de sus pretensiones, y entonces aquel se limita a reclamar el reconocimiento del efecto jurídico exceptivo que una norma legal otorga a estos hechos, sin que necesite aducir pruebas.”

56 Teodoro Jr., Humberto, *Curso cit.*, nº 386, p. 437.

57 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 434:

“La segunda máxima, que le asigna carácter de *actor* al demandado que excepciona, es contraria al moderno concepto de la excepción como defensa u oposición específica a la pretensión del demandante, pero no de pretensión del demandado, esto es, que el demanda-

É notadamente por essas oposições que a teoria de distribuição do ônus da prova fundada nas máximas romanas do *onus probandi incumbit actori* e do *reus in excipiendo fit actor* encontra-se hoje há muito superada no processo.

### 3.2.2. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que afirma

Do Direito Romano, o processo herdou outra máxima notória segundo a qual *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, ou, em bom vernáculo, o ônus da prova incumbe a quem afirma e não a quem nega.

Para a teoria que tem essa máxima como norte, pouco importa, para fins de repartição do encargo probatório, qual a posição que cada parte ocupa no processo – se autor ou réu – mas qual delas é responsável pela afirmação ou negação do fato que deve ser objeto de prova. Por meio dela, “se traslada o critério de distribuição da condição processual da parte (demandante ou demandada) ao objeto da prova, segundo seja uma afirmação ou uma negação”.<sup>58</sup>

É única e exclusivamente a circunstância de a parte ter formulado uma afirmação ou uma negação em relação ao fato que deve ser objeto da prova que, nesse caso, define a quem toca a carga probatória. Será sempre responsável pela produção da prova o litigante que for o titular da afirmação do fato, eximindo-se, em contrapartida e por completo, o encargo daquele que simplesmente o negar.

A teoria – que tem em Bethmann-Howlleg<sup>59</sup> seu maior representante – sofre as mesmas críticas que a teoria anterior quanto aos fatos cuja prova não é neces-

do que excepciona no ejercita una acción, sino su derecho de contradicción, y solo formula pretensiones cuando reconvierte.”

58 *Idem, p. 435:*

“Se traslada el criterio de distribución de la condición procesal de la parte (demandante o demandada), al objeto de la prueba, según sea una afirmación o una negación.”

59 Partindo da máxima romana *afirmani incumbi probatio*, sustenta Bethmann-Howlleg que aquele que afirma um direito deve provar a sua existência. O autor enuncia três princípios básicos para nortear a sua teoria, que são: a) a pretensão das partes contempla fundamentalmente as relações jurídicas e não os fatos que a constituem, de modo que são aquelas e não estes que devem ser provados; b) a parte que afirma a existência da relação jurídica tem o encargo de provar os seus requisitos essenciais de constituição, ao passo que a parte contrária tem a responsabilidade de provar os requisitos acidentais que excluem a sua formação e a aplicação do direito; e c) uma vez provada a existência do direito, presume-se a sua continuação, cabendo àquele que alegar o contrário provar a sua extinção. A propósito, cf. Pacífico,

sária no processo e críticas tão ou mais contundentes que aquela que se sustenta na posição ocupada pelos litigantes na relação processual quanto a dois outros aspectos.

Primeiro, porque a determinação acerca da negação ou afirmação de um fato é, sem dúvida, uma questão meramente semântica, não raras vezes ligada à forma como a sua narração foi redigida nas petições apresentadas por autor e réu. “Em muitos casos, quem nega um fato está realmente afirmando o fato contrário”,<sup>60</sup> o que torna esse critério, por si só, ilógico e sem qualquer segurança para as partes.

Segundo, porque, de igual modo e pela mesma razão, a titularidade da afirmação ou negação do fato não indica a maior ou menor possibilidade de produção da prova e satisfação do encargo. “Tanto é possível provar que existe o fato afirmado, como o contrário que está implícito na sua negação, porém essa situação não se altera porque se nega o fato, ao invés de afirmar a sua inexistência”.<sup>61</sup> Qualquer das partes pode ter condições de provar as afirmações e negações de ambas, como não ter de provar as de ninguém, nem as suas próprias, sobretudo quando se valerem do expediente da afirmação e da negação às avessas.

Está, portanto, muito mais na natureza do fato alegado do que na sua afirmação ou negação o critério para promover a distribuição do ônus da prova.

Em face dessa constatação, a teoria segundo a qual a carga probatória toca àquele que afirma viu surgir variações das mais diversas ordens, responsáveis por deslocar o foco do encargo da titularidade pela negação ou afirmação do fato para, por exemplo, a titularidade do interesse na comprovação da afirmação, o que fica claro quando do exame da teoria de Francesco Carnelutti.<sup>62</sup>

Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, p. 86 e Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, pp. 436-437.

- 60 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, *loc. cit.*:  
“En muchos casos quien niega un hecho está realmente afirmando el hecho contrario” (si niego que soy capaz, afirmo que soy incapaz).
- 61 *Idem, ibidem*:  
“Tan posible es probar que existe el hecho afirmado, como el contrario que está implícito en su negación, pero su situación no se altera porque se niegue un hecho, en vez de afirmar su inexistencia.”
- 62 Quanto a este aspecto, uma observação é necessária: quando se procede à leitura das obras de Carnelutti, não é possível se delinear de forma clara qual foi a teoria encampada por ele ou mesmo se ele se valeu de elementos constantes em várias delas de molde a formar um

Para o autor, que vê no instituto um dos mecanismos para o alcance do escopo do processo – no seu entender, a justa composição da lide – é o interesse em que o fato afirmado seja reconhecido como verdadeiro que determina o ônus da prova. E nada mais. “Quem tem interesse em afirmar um fato também tem interesse em pré-constituir a sua prova”.<sup>63</sup>

“Quando um fato é afirmado, cada uma das partes tem interesse em fornecer a prova, uma da existência e a outra da inexistência, e, por isso, o interesse na prova acerca do fato afirmado é bilateral e recíproco. Porém, antes que ele seja afirmado, a coisa varia: e uma parte tem interesse em falar, a outra o tem em calar: precisamente, o interesse em falar é de quem tira benefício do fato, e o interesse em calar, de quem do mesmo deriva prejuízo. Uma vez afirmado que Caio tomou emprestado dinheiro de Tício, um tem interesse em provar que lhe foi tomado, e o outro que não tomou; porém até que o empréstimo não seja afirmado por Tício, Caio tem interesse em calar-se; pela mesma razão, o interesse em afirmar que a quantia emprestada foi restituída, é de Caio e não de Tício. Sendo assim, quem tem interesse em afirmar um fato tem também interesse em reconstituir a prova do mesmo, ou seja, em assegurar sua disponibilidade desde o momento em que o ato se realize para que possa servir no momento de sua apreciação”.<sup>64</sup>

híbrido que lhe fosse peculiar. Assim é que, ao mesmo tempo em que sustenta e justifica o ônus da prova a partir da titularidade do interesse na comprovação da afirmação, ele faz referência também aos critérios da normalidade e da anormalidade do fato alegado, bem como de sua natureza (constitutiva, extintiva ou impeditiva), não sem antes criticar este último no tocante à perspectiva unilateral – e não bilateral – da qual examina a figura da prova. No seu entender, unilateral deve ser o exame no tocante ao interesse na afirmação, jamais no interesse da prova como um todo. De todo modo, temos que o foco principal do trabalho do autor é, sem dúvida, a titularidade do interesse, o que, a nosso ver, bem ilustra a questão das inúmeras variações que surgiram, inclusive no processo moderno, a partir da teoria que pregava a imposição do ônus da prova ao titular da afirmação.

- 63 Giacomino P. Augenti, in Carnelutti, Francesco, *A Prova cit.*, p. 260.
- 64 *Idem*, pp. 260-261.

E conclui:

“Como quem tem interesse em afirmar um fato tem do mesmo modo interesse em procurar e especialmente em reconstituir a prova do mesmo, se esta não se apresenta, significa que o fato não existe: por exemplo, se não se apresenta o recibo, isso quer dizer que o devedor não pagou”.<sup>65</sup>

Embora acrescida do critério da normalidade, por meio do qual as condições normais se presumem, e as condições anormais devem ser provadas por quem as alegue, a noção de interesse na prova do fato contido na afirmação vem inserida também na teoria de Fitting, para quem:

“Se uma afirmação de fato, não demonstrada, deve ser equiparada, pelo juiz, a uma afirmação inexistente ou falsa, suponha-se que um requisito de fato (acontecimento, relação numérica, qualidade) ou não tenha sido provado ou tenha sido declarado falso, e examine-se que influência teria, no caso em apreço, sobre a decisão. Aparecerá, então, sem mais nada, qual a parte que tem um *interesse* na verificação desse requisito e deve assumir, relativamente a ele, o ônus da prova. Por meio deste expediente simplíssimo, evitam-se muitas dificuldades, embora a regra não seja suscetível de aplicação mecânica”.<sup>66</sup>

A adição sucessiva pela doutrina de novos critérios para além daqueles da afirmação e da negação inicialmente previstos na máxima romana *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, dada a sua insuficiência, fez com que, pouco a pouco, as teorias dela decorrentes fossem suplantadas, não havendo mais indícios da sua aplicação no processo civil contemporâneo.

65 *Idem*, p. 261.

66 Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus cit.*, p. 89, citando Soares de Faria, S., *Principais Teorias Relativas ao Onus Probandi*, São Paulo, RT, 1936, p. 57, em tradução de Gianturco, Luigi, *Brevi Note Sulla Teoria Dell'Onere Della Prova*, Ache in Raporto Alle Presunzioni, in Generale, *Commentario Alle Pantette*, Livro XXII, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 408.

### 3.2.3. A teoria que impõe ao autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à sua exceção

A teoria tem em Ricci e Josserand seus principais partidários e prescreve que “quem quer que tenha como base da sua demanda ou exceção a afirmação ou a negação de um fato está obrigado a subministrar a prova da existência ou não existência do fato, toda vez que, sem essa demonstração, a demanda ou exceção não resulta fundada e o juiz não pode admitir demandas ou exceções infundadas”.<sup>67</sup>

Em verdade, como observa Echandía, a proposição não acrescenta nada de novo em relação aos conceitos que se tinham até então, na medida em que o seu enunciado nada mais contempla do que uma variação da teoria segundo a qual o ônus da prova compete ao autor quanto aos fatos relativos à sua pretensão e ao réu quanto aos fatos insertos na sua exceção.<sup>68</sup>

O que se tem aqui é uma releitura daquela outra teoria, sem, no entanto, alterar a sua essência, qual seja, de que o autor deve provar os fatos contidos nas afirmações lançadas na petição inicial, e o réu, aqueles em que se funda a defesa apresentada.

Enquanto tal, sujeita-se a todas as críticas que foram formuladas já naquela oportunidade, não se mostrando apta para valer como regra geral de distribuição dos encargos probatórios no seio do processo.

### 3.2.4. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que alega fato anormal

Partindo do pressuposto de que aquilo que é normal se conhece e se presume para impor ao titular da afirmação que contenha fato anormal o ônus da prova respectiva, a teoria teve seus contornos ensaiados por Fitting e por Lessona, que “recorreram à noção de relações normais e anormais, entendidas aquelas no sen-

67 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 440:

“El principio, por tanto, regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas.”

68 *Idem, ibidem*.

tido de que se regulam como regra geral e estas como as que exigem norma especial, para complementar o critério da afirmação como base do ônus da prova".<sup>69</sup>

Os adeptos da teoria têm como norte a noção de que os fatos que estão de acordo com os padrões normais, habituais ou ordinários das coisas da vida não precisam ser provados, porquanto se presume que todos têm conhecimento deles. Apenas fatos extraordinários que, por qualquer razão, fujam aos parâmetros da normalidade, carecem de prova no processo. E a responsabilidade, o ônus de produzir a prova nos autos será daquele que invocar a ocorrência da anormalidade em seu favor.

Embora represente um avanço em relação aos critérios de distribuição do ônus da prova anteriores, haja vista que não deixa o encargo nas mãos de apenas uma das partes e já reconhece a existência de determinados fatos que não dependem de prova para a sua aceitação no processo, certo é que aponta como critério para a repartição um elemento de cunho notadamente subjetivo, como o é a normalidade.

Mesmo se se considerar que estariam dentro do conceito de normalidade aqueles eventos que estivessem em conformidade com o regramento jurídico respectivo, não há como não reconhecer que o legislador não tem condições práticas de contemplar com disciplina normativa o ilimitado e diversificado rol de situações da vida passíveis de vir a ocorrer.

A situação agrava-se quando se tem em conta que o conceito de normalidade é algo que – queira ou não queira – está atrelado a fatores metajurídicos de natureza cambiante, como é o caso de políticas sociais, econômicas e culturais, que variam, em cada sociedade, de época para época.

Enquanto tal, a possibilidade de vir a existir uma ação ou exceção fundada em fato que não se enquadre nesse regramento, mas também não possa ser reputado, *a priori*, anormal, abre margem à discricionariedade por parte do magistrado e, com isto, para a ocorrência de eventual arbitrariedade, o que não é nada desejável.

Na verdade, “o critério da normalidade ajuda a solução do problema da distribuição do ônus da prova, enquanto o ordenamento jurídico, no caso particular,

69 *Idem, ibidem:*

“Lessona y Fitting recurren a la noción de relaciones normales o anormales, entendidas aquellas en el sentido de que se regulan como regla general y estas como las que exigen norma especial, para complementar el criterio de la afirmación como base de la carga de probar.”

direta ou indiretamente, faça referência a ele”.<sup>70</sup> Em todos os demais casos – que não são poucos – deixa-se nas mãos do julgador a decisão se o fato deve ser tido ou não como anormal, para, então, distribuir o ônus de provar. Sem parâmetros seguros que balizem essa qualificação, porém, cria-se campo fértil para a insegurança do jurisdicionado, que ficará a mercê do talante do julgador.

### 3.2.5. A teoria que impõe o ônus da prova àquele que pretende inovar

Trata-se de uma variação da teoria anterior, na medida em que “por inovação se entende aquilo que modifique a normalidade”,<sup>71</sup> isto é, aquilo que altere a forma como algo era anteriormente conhecido ou aceito, modificando uma situação preexistente, reputada como normal.

A teoria funda-se na preservação do *status quo ante* e impõe o ônus de provar àquele que se valha de um fato novo, que não tenha sido suscitado previamente, para afastar a preservação do estado até então existente. Ao inovar no processo, trazendo algum fato ou informação antes desconhecida pelo adversário e pelo magistrado, o responsável assume para si o encargo de promover a prova respectiva, sob pena de ver rechaçada a sua alegação.

Embora tenha ganhado foros de teoria autônoma da distribuição do ônus da prova apenas no processo moderno, com o avançar do século XX, a teoria da inovação dá guarida às lições que Jeremy Bentham escreveu no apagar das luzes do século XVIII, início do século XIX, quando se valeu dos critérios da preservação do *status quo* anterior e da presunção de liberdade para repartir a carga probatória entre os litigantes.

Bentham, no entanto, o fez com um temperamento fundamental: partidário do utilitarismo filosófico que, grosso modo, estabelece que as pessoas e suas ações podem e devem ser julgadas segundo as consequências e os resultados que alcançarem, invoca essas noções na sua teoria de distribuição do ônus da prova, para prever que a sua imposição deveria se dar, “em cada caso concreto, àquele

70 *Idem*, p. 442:

“Por su parte, Micheli dice que ‘el criterio de la normalidad ayuda también a la solución del problema de la distribución de la carga de la prueba, pero en cuanto el ordenamiento jurídico, en el caso particular, directa o indirectamente, haga referencia a él.’”

71 *Idem, ibidem:*

“En el fondo, por innovación se entiende lo que modifica la normalidad.”

das partes que possa produzir a prova com menos inconvenientes, é dizer, com menos dilações, vexames e gastos”.<sup>72</sup>

Sujeitas às mesmas críticas que a anterior, no tocante ao subjetivismo inerente à noção de inovação, especificamente a teoria moderada de Bentham sofreu oposição contundente de Leo Rosenberg, que criticou abertamente a possibilidade de o ônus da prova ser fixado em cada caso concreto e não estar previamente determinado em lei:

“A questão sobre qual das partes deve arcar com a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação controvertida de um fato importante exige uma contestação baseada em uma regra de direito fixa, abstrata. A ciência não pode – nem deve – deixar de buscar essa regra; a prática tem a necessidade dela e exige da ciência que a procure”.<sup>73</sup>

E são também de Rosenberg as críticas da teoria pura da distribuição do ônus da prova pela inovação, quando afirma, com razão, que nem todo processo sofre uma modificação dos fatos que são inicialmente afirmados. É que, muitas vezes, o que se questiona é a forma como eles ocorreram ou mesmo a consequência jurídica a ser extraída de cada qual. E, nesse caso, a teoria da inovação não explica o porquê da necessidade de repartição do ônus da prova entre autor e réu, como sistematicamente ocorre.<sup>74</sup>

72 Bentham, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tradução de Ossorio Florit, Buenos Aires, EJEJA, 1971, vol. I, p. 239:

“La carga de la prueba debe imponerse, en cada caso concreto, a aquella de las partes que pueda aportarla con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.”

73 Rosenberg, Leo, *La Carga cit.*, p. 91:

“La cuestión de saber qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida necesita una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a buscar esta regla, la práctica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se la procure.”

74 *Idem*, pp. 89-90.

### 3.2.6. A teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a natureza dos fatos

A teoria da distribuição do ônus da prova entre os litigantes em razão da natureza dos fatos a serem provados – se constitutiva, modificativa, extintiva ou impeditiva – tem em Giuseppe Chiovenda o seu maior expoente.

De início, o autor justifica a distribuição do ônus da prova entre demandante e demandado, tendo por base a natureza distributiva do processo, o fundamento da oportunidade e o princípio da igualdade entre as partes, por meio dos quais, na seara probatória, cabe a cada um dos litigantes alegar e provar os fatos que reputarem que devem ser objeto de exame e consideração por parte do julgador.

Em seguida, Chiovenda procede a “uma discriminação das condições de existência de uma relação”<sup>75</sup> jurídica, agrupando-as em dois grandes grupos: a) o das condições específicas da relação, isto é, “aquelas que são próprias, imediatas, essenciais a elas”,<sup>76</sup> consistindo, portanto, em fatos constitutivos da relação; e b) o das condições gerais, comuns a outras relações. “Esses não são fatos constitutivos, senão fatos que devem concorrer com os constitutivos, a fim de que estes possam produzir o efeito que lhes é próprio; sua carência pode constituir um fato impeditivo da relação e dar lugar a uma exceção”.<sup>77</sup>

Ato contínuo, valendo-se dos critérios de distribuição do ônus da prova que se pautam na normalidade ou anormalidade dos fatos a serem provados, sustenta que “as condições normais de validade de todos os negócios, em regra, normalmente, existem; a falta de condições tais é excepcional. Ao revés, as condições específicas de um negócio não constituem uma regra, a carência delas não é excepcional”.<sup>78</sup> Daí que se tem que “provar os fatos singulares específicos (*constitutivos*), não os fatos genéricos, constantes. A falta de um fato normal, constante habitualmente ocorível, é uma anormalidade; a quem tiver interesse cumpre afirmá-la e prová-la (*fato impeditivo*)”.<sup>79</sup>

E, enfim, enuncia a sua teoria, segundo a qual:

75 Chiovenda, Giuseppe, *Instituições cit.*, p. 450.

76 *Idem, ibidem*.

77 *Idem, ibidem*.

78 *Idem*, p. 451.

79 *Idem, ibidem*.

“O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes de produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações ou coincidem com esta ou são inexatas”.<sup>80</sup>

O que se extrai da exposição da teoria é que Chiovenda, em princípio, deixa a cargo apenas do autor o ônus de provar os fatos que constituem o seu direito. A partir do momento em que esses fatos são provados, desponta para o réu o ônus de declinar e provar fatos que, ou concorram para a inexistência dos fatos afirmados pelo autor ou, ao menos, que sejam capazes de afastar seus efeitos.

Enquanto o autor não demonstra os fatos constitutivos, o réu não precisa provar nada, na medida em que *actore non probante absolvitur reus*. “O interesse (e o ônus da prova) do réu surge unicamente quando o não afirmar e o não provar acarretaria prejuízo a ele, e tal acontece quando o autor já provou fatos idôneos para constituir um direito a seu prol, de sorte que o juiz teria de acolher-lhe a demanda, se a parte contrária não afirmasse e provasse fatos que lhe oponham”.<sup>81</sup>

A teoria de Chiovenda, em que pese ter encontrado amparo no ordenamento jurídico de vários países, inclusive do Brasil, não está imune a críticas.

A maior delas cinge-se na dificuldade de se identificar, no caso concreto, as três modalidades de fatos declinadas pelo processualista italiano – constitutivos, impeditivos e extintivos – dada a linha tênue que distingue cada uma delas e, ainda, à possibilidade de que a própria lei imponha ao réu o ônus de provar fatos constitutivos e, inversamente, ao autor, fatos impeditivos ou extintivos, o que não pode ser simplesmente desconsiderado.

Não se pode olvidar, também, que o mesmo fato pode ser constitutivo do direito para uma parte e extintivo do direito para a outra, “como ocorre na posse material de bens alheios, pois para o possuidor é constitutiva de propriedade, se cumpre os requisitos legais, e para o antigo proprietário, é extintiva do seu direito”.<sup>82</sup>

80 *Idem*, pp. 451-452.

81 *Idem*, pp. 448-449.

82 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General cit.*, p. 447: “Un hecho puede ser constitutivo para el derecho pretendido por una parte y extintivo respecto del alegado por la otra, como ocurre con la posesión material de bienes ajenos, pues

O equívoco básico da teoria de Chiovenda – como observa Echandía – “consiste em assinalar o tempo todo ao demandante o ônus de provar os fatos constitutivos e sempre ao demandado os extintivos ou impeditivos. Se se contempla a natureza do fato com independência da situação processual da parte, e se considera o efeito jurídico perseguido ou a norma legal substancial cuja aplicação se reclama, a maioria das objeções que se formularam pode ser descartada”.<sup>83</sup>

### 3.2.7. A teoria que impõe a cada parte o ônus da prova dos pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável

A teoria que impõe a cada uma das partes o ônus de provar os pressupostos de fato contidos nas normas jurídicas que lhes são favoráveis tem em Leo Rosenberg o seu criador e, pode-se afirmar com segurança, contempla, em conjunto com as teorias de Micheli e Echandía, aquilo que há de mais moderno em relação aos critérios distributivos do encargo probatório quando o que se tem em conta é a perspectiva estática do processo.

A grande inovação trazida por Rosenberg em relação às teorias que o antecederam refere-se ao deslocamento do foco da problemática do ônus da prova dos fatos para o direito, a partir do momento em que insere a figura e a produção dos seus efeitos no âmbito da aplicação do direito.

Destarte, prescreve o autor que é dever do juiz – sempre que provocada a atividade jurisdicional – aplicar o direito em cada caso concreto. Para tanto, o magistrado, com vistas a solucionar o conflito de interesses posto a sua apreciação deve observar sempre três fases distintas, a saber: *a)* a do conhecimento prévio das normas que compõem o direito objetivo e que guardam alguma relação com o caso em julgamento; *b)* a do cotejo entre essas normas (ou seus pressupostos fáticos) e aqueles fatos deduzidos em juízo por autor e réu; e *c)* a da verificação – à luz do conjunto probatório colacionado – se os fatos alegados são verdadeiros, para então extrair as conseqüências jurídicas deles decorrentes e decidir.

para el poseedor es constitutiva de propiedad, si cumple los requisitos legales, y para el anterior propietario, extintiva de su derecho.”

83 *Idem*, p. 448:

“El error básico de esta teoría consiste en asignarle en todo tiempo al demandante la carga de probar los hechos constitutivos, y siempre al demandado la de los extintivos o impeditivos. Si se contempla la naturaleza del hecho con independencia de la situación procesal de la parte y se considera el efecto jurídico perseguido o la norma legal sustancial cuya aplicación se reclama, la mayoría de las objeciones que se le han formulado quedan descartadas.”

Esse processo, sustenta o autor, na verdade, se aproximaria de um silogismo, no qual a norma jurídica em que se insere o pressuposto fático que se pretende aplicado constitui a premissa maior, e os fatos concretos, objeto das afirmações lançadas pelas partes e comprovados nos autos, a premissa menor. Do confronto entre ambas extrai-se a conclusão, que contém a decisão que soluciona a controvérsia posta à apreciação do julgador.

O ônus da prova insere-se, exatamente, na premissa menor, na medida em que tem por função primordial nortear o magistrado naqueles casos em que as afirmações das partes não tenham sido objeto de prova, seja por que razão for.

Suportará a conseqüência desfavorável, isto é, a improcedência da pretensão, aquela parte que se beneficiaria com a comprovação do suporte fático da norma aplicável ao caso, ou seja, aquela a quem os efeitos jurídicos seriam favoráveis, acaso preenchido o pressuposto de fato respectivo.

Nos dizeres do próprio Rosenberg:

“Cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável (=da norma cujo efeito jurídico redunde em seu proveito)”.<sup>84</sup>

Sob esse aspecto, a questão que se coloca é: como saber, *a priori*, quem é o beneficiário do suporte fático de forma a determinar o titular do ônus da prova referido? Respondendo a essa indagação Rosenberg diz que essa definição dependerá da espécie de norma diante da qual se está.

E, para tanto, divide o ordenamento jurídico em dois grandes grupos: *a)* aquele que contempla as chamadas normas constitutivas, fundamentais, criadoras de direito, que estão na base da pretensão trazida a juízo pelo autor; e *b)* aquele que contém as normas contrárias, que se opõem às normas constitutivas, excluindo a sua aplicação no caso concreto e que podem ser: *a)* inibitórias ou impeditivas, quando impedem, a princípio, a realização de efeitos ou conseqüências jurídicas pelas normas constitutivas; ou *b)* destrutivas, quando se opõem às normas constitutivas apenas mais tarde, permitindo, portanto, que elas produzam alguma espécie de efeitos que, em seguida, serão aniquilados.

A imposição do ônus a autor ou réu, como se vê, está intrinsecamente atrelada às normas de direito material, e variará, entre os litigantes, conforme cada

84 Rosenberg, Leo, *La Carga cit.*, p. 123:

“Cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (=de la norma cuyo efecto jurídico redunde en su provecho).”

qual tenha a seu favor uma norma constitutiva ou contrária. Em regra, porém, cumprirá ao autor a prova dos preceitos fáticos da norma constitutiva, e ao réu, dos pressupostos das normas impeditivas:

“O demandante deve provar como se realizaram os fatos, os pressupostos do preceito no qual se funda a sua petição, isto é, os pressupostos da norma fundadora (junto com os das normas complementares pertinentes); o demandado deve provar os pressupostos da norma graças a qual trata de conseguir o afastamento da demanda, isto é, os pressupostos de uma norma impeditiva ou destrutiva ou excludente”.<sup>85</sup>

Ao fazê-lo, Rosenberg não nega a classificação de Chiovenda em relação à natureza constitutiva, extintiva ou impeditiva, mas retira-a dos fatos e desloca a sua aplicação para o preceito normativo respectivo.

Outrossim, muito embora Rosenberg demonstre uma preocupação excessiva com o estabelecimento de uma regra de distribuição do ônus da prova geral e abstrata, a teoria por ele proposta acaba por não se afastar, por completo, da determinação do encargo no caso concreto, eis que é apenas caso a caso que se poderá determinar a natureza da norma, bem como aquele litigante que tem interesse na sua aplicação.

### 3.2.8. A teoria que impõe o ônus da prova de acordo com a posição das partes em relação ao efeito jurídico perseguido

Partindo de premissas similares àquelas assentadas por Rosenberg quando da elaboração da sua teoria, o ensaio publicado por Gian Micheli acerca do ônus da prova ressalta a importância da regra de julgamento estabelecida pelo instituto para o processo, vinculando a sua existência à necessidade de que o magistrado profira sentença, ainda quando o conjunto probatório colacionado aos autos é insuficiente ao acerto dos fatos e à formação segura do seu convencimento.

85 *Idem*, p. 130:

“El demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual se funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora (junto con los de las normas complementarias pertinentes); el demandado debe probar los presupuestos de la norma gracias a la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, esto es, los presupuestos de una norma impeditiva o destructiva o excluyente.”

Micheli encampa a teoria de Rosenberg no tocante à importância exercida pelas normas do direito material para a fixação do ônus da prova. Afasta, porém, a noção de que essas são por si só suficientes para a distribuição do encargo probatório, bem como realça a impossibilidade de que se estabeleça um regramento abstrato puro, sem qualquer vinculação com o caso concreto.

Ao lado da disciplina do direito material, o autor evidencia a importância da posição ocupada por cada um dos litigantes na relação processual e dos efeitos jurídicos que buscam alcançar por meio do processo.

Ocorre aqui, em princípio, uma tentativa de afastar a relação entre a parte e o pressuposto de fato da norma que embasava a teoria de Rosenberg, com vistas a afirmar a necessária relação entre a posição ocupada pelo litigante e a consequência que ele visa obter. É fundamentalmente a pretensão formulada – aquilo que a parte quer conseguir com o processo – que deve determinar a distribuição do encargo probatório. E essa determinação não prescinde da correlação entre as normas do direito material e o processo.

Nesse contexto, direito material e direito processual constituem, para Micheli, duas faces da mesma moeda no tocante ao instituto do ônus da prova, sendo ambos imprescindíveis à determinação do encargo em cada caso concreto, embora a posição das partes no processo tenha, a seu ver, o caráter primordial:

“A repartição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação é determinada pelo direito material, enquanto este disciplina a *fattispecie* legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada uma das partes no processo, isto é, a situação processual posta em prática pela parte que formula uma própria demanda em juízo”.<sup>86</sup>

Esse duplo aspecto do instituto – formal e substancial – impede a pre-determinação em caráter abstrato de normas de natureza constitutiva, extintiva ou impeditiva, o que apenas pode ser determinado caso a caso. É que, dadas as

86 Micheli, Gian Antonio, *L'Onere cit.*, p. 438:

“La ripartizione dell'onere del carico della prova paia stabilita precipuamente dalla posizione occupata dalla parte medesima, rispetto all'effetto giuridico richiesto: siffatta relazione è determinata dal diritto sostanziale, in quanto quest'ultimo disciplina la *fattispecie* legale, dal diritto processuale, in quanto si tenga presente il profilo unilaterale, adoto da ciascuna parte nel processo, cioè la situazione processuale posta in essere dalla parte, la quale avanzi una propria domanda in giudizio.”

circunstâncias, a mesma norma que, em um momento tem uma determinada natureza, em outros, pode ter natureza diversa.

Reputando-se o processo como um instrumento de composição de litígio e de realização da vontade concreta da lei, não há como não reconhecer que “a regra do ônus da prova no processo civil não é inteiramente independente da estrutura do processo concreto, não porque a perspectiva formal do fenômeno se distinga, contrapondo-se à perspectiva substancial, mas porque uma e outra se fundem na mesma consideração integral do processo”.<sup>87</sup>

Micheli sustenta, então, a necessidade de que os critérios de repartição do ônus da prova sejam considerados a partir de uma perspectiva mais dinâmica do fenômeno, em contraposição ao panorama totalmente estático que vinha sendo concebido até então:

“A invocação da *fattispecie* da norma favorável não é suficiente para estabelecer um critério unívoco para a repartição do ônus da prova, pois que, desse modo, se contrapõe um ônus da prova concreto a um ônus da prova abstrato, fixado com fundamento na norma de lei abstratamente considerada. Essa avaliação, por assim dizer, estática do fenômeno deve ser substituída, a meu sentir, por uma avaliação dinâmica do mesmo”.<sup>88</sup>

As teorias de Rosenberg e Micheli, em que pesem as diferenças existentes, são, na verdade, teorias bastante similares na essência, contemplando duas formas distintas de expor o mesmo conteúdo.

Basta ver que a relação havida entre a parte e o suporte fático existente na norma cuja aplicação se prevê é a mesma que a relação entre a parte e o efeito

87 *Idem*, p. 465:

“La regola dell'onere della prova nel processo civile non è affatto indipendente dalla struttura del processo concreto (...), non già perchè la prospettiva formale del fenomeno si distingua, contraponendosi alla prospettiva sostanziale di esso, ma perchè l'una e l'altra si fondono nella stessa integrale considerazione del processo, inteso come mezzo per la realizzazione del diritto obbiettivo.”

88 *Idem*, p. 464:

“Il richiamo alla *fattispecie* della norma favorevole non è sufficiente a dare un criterio unívoco per la ripartizione del carico della prova, poichè in tal modo si contrappone ad un onere della prova concreto un onere astratto, fissato cioè in considerazione della norma di legge presa astrattamente. Siffatta valutazione, per così dire, statica, del fenomeno deve essere invece, a mio avviso, sostituita con una valutazione dinamica di esso.”

jurídico perseguido por meio do processo. E o é pela simples razão de que o efeito nada mais é que a conseqüência da norma que, a seu turno, depende da caracterização do pressuposto de fato para incidir.

No tocante à importância da posição processual das partes e à impossibilidade de predeterminação da natureza da norma em abstrato, a teoria de Rosenberg não é de todo inflexível quanto a estas questões, e o autor chega a reconhecer que a qualificação das normas aplicáveis como constitutivas, extintivas ou impeditivas somente poderia se dar no caso concreto.<sup>89</sup>

Foi a partir da aproximação e conciliação de ambas as teorias que HERNANDO ECHANDÍA formulou a regra de distribuição do ônus da prova com maior aceitação na ciência processual nos dias atuais, ao dizer que:

“Corresponde o ônus de provar um fato à parte cuja petição (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável; ou, dito de outra maneira, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja a sua posição processual”.<sup>90</sup>

#### 4. A distribuição do ônus da prova consagrada no CPC brasileiro

A disciplina do ônus da prova no direito codificado brasileiro<sup>91</sup> tem sua primeira regra inserta no art. 209 do Código de Processo Civil de 1939, que dispunha:

89 Echandía, Hernando Devis, *Teoría General civ.*, p. 459.

90 *Idem*, p. 468:

“Corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.”

91 Antes da edição do CPC de 1939, o regramento pátrio submeteu-se, inicialmente, às Ordenações do Reino portuguesas, que previam que o ônus da prova incumbia àquele que afirmasse o fato de que pretendia deduzir o direito (Ordenações, Livro 3º, Título 52). Em seguida, submeteu-se à disciplina do Decreto-Lei nº 737/1850, que nada dispunha acerca da matéria. Além disso, a disciplina esteve regulamentada também pelos Códigos de Processo Civil Estaduais. No caso de Minas Gerais, a regra foi inserta no art. 255 da Lei Estadual n.º 830, de 07.09.1922, que impunha o ônus da prova àquele litigante que alegava o fato, salvo a existência de presunções de direito. A propósito, cf. Amaral Santos, Moacyr, *Prova*

“Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º. Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º. Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.”

A despeito de não primar pela melhor técnica legislativa, a redação do artigo nos dá conta de que, já naquela oportunidade, o legislador pátrio adotou, na integralidade, a teoria da distribuição da carga probatória criada por Chiovenda, fundada na natureza dos fatos que deveriam ser objeto de comprovação, e levando em consideração, ainda, a posição ocupada por cada qual no processo.

Assim é que impôs ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito – sempre que ele fosse apenas negado pelo réu na contestação (§ 1º) – e, do réu, exigiu a prova dos fatos extintivos ou obstativos de efeitos ao direito do autor e que viessem alegados na defesa (§ 2º).

Embora não haja referência expressa no texto quanto aos fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, certo é que se trata de espécies do gênero fatos obstativos, uma vez que a sua ocorrência, evidentemente, impede a consecução do direito do autor.

O deslocamento da carga de provar do autor para o réu sempre que alegados na defesa fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado na inicial ocorre não só em razão da maior facilidade que se presume que cada qual tem para produzir a prova de suas alegações, mas, fundamentalmente, porque, nesse caso, o demandado admite, reconhece como verdadeiro o fato que embasa a pretensão do demandante e, de forma a obstar a produção dos efeitos jurídicos dele decorrentes, invoca fatos novos e diversos, até então desconhecidos no processo.

Ao lançar na contestação fatos de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva, o réu, na verdade, exime o autor da prova dos fatos por ele invocados, livrando-o do ônus respectivo.

A razão de ser da sistemática fica evidente quando se examina a própria definição de cada uma das modalidades. Fatos constitutivos são aqueles que “têm a

eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica e, geralmente, também a função de identificar os seus elementos".<sup>92</sup> Fatos extintivos são aqueles que, por qualquer razão, põem fim à relação jurídica existente. Fatos impeditivos são aqueles que "impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio e que constitui a sua razão de ser".<sup>93</sup> E fatos modificativos "são os que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual são posteriores, têm a eficácia de modificá-la".<sup>94</sup>

Como se percebe, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos se relacionam de forma intrínseca com o fato constitutivo, tendo a sua própria definição afirmada em relação a ele, podendo se falar na existência de um vínculo de dependência, quando não de prejudicialidade entre eles. Só há sentido em qualificar um fato como extintivo, modificativo ou impeditivo quando está em relação com um outro fato que deu origem a uma dada situação, o fato constitutivo.

Em face da fortíssima influência da doutrina italiana na formação e no desenvolvimento do direito processual civil brasileiro ao longo da segunda metade do século XX, o regramento previsto no CPC de 1939 foi mantido na íntegra pelo Código de Processo Civil de 1973, atualmente em vigor, tendo havido apenas um aprimoramento na enunciação do preceito que, agora, a teor do art. 333, estatui:

"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."

A orientação do CPC de 1939 foi conservada, inclusive, em relação à localização da regra dentro do Código, na seção relativa às disposições gerais em matéria de prova, evidenciando o privilégio – não se sabe se consciente ou inconsciente do legislador – ao aspecto subjetivo do ônus da prova em detrimento do aspecto objetivo.

Tanto assim que a norma vem inserta em meio àquelas que norteiam a atividade das partes, não havendo qualquer referência a ela no capítulo destinado ao julgamento do feito. O ônus objetivo, no entanto, permanece, sem dúvida,

92 Amaral Santos, Moacyr, *Comentários cit.*, p. 28.

93 *Idem, ibidem.*

94 *Idem, ibidem.*

plenamente aplicável como regra de julgamento, até porque constitui uma das perspectivas essenciais do instituto, como outrora já se assentou.

O legislador de 1973 inova, porém, ao inserir no dispositivo do art. 333 um parágrafo único que, por via transversa, autoriza a distribuição do ônus da prova, pelos litigantes, de maneira diversa daquela estabelecida no *caput*, por meio de convenção anteriormente firmada entre eles, desde que a alteração da disciplina legal: a) não recaia sobre direito indisponível da parte; ou b) não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, caso em que a disposição será reputada nula.

Trata-se, sem dúvida, do primeiro indicativo de que a sistemática de repartição do encargo probatório no direito brasileiro não é imutável e inflexível, compatilizando-se perfeitamente com a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, como mais adiante se verá.

##### 5. A inversão do ônus da prova instituída pelo CDC

A disciplina do ônus da prova encampada pelo processo civil brasileiro desde 1939, por meio da qual se impõe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, ganhou temperamento com a edição e entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A regra geral,<sup>95</sup> na legislação especial, vem inserta no art. 6º, VIII, que, ao declinar os direitos básicos do consumidor, incluiu entre eles a facilitação da sua defesa em juízo, prevendo a possibilidade de ser determinada "a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência".

A previsão, embora não raras vezes venha sendo distorcida na prática, tem seu fundamento no princípio da isonomia e visa reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, compensando a situação de inferioridade processual na qual eventualmente se encontre o consumidor em relação ao fornecedor, propiciando àquele um benefício legal, no tocante ao encargo de provar.

95 Diz-se regra geral tendo em vista que o CDC ainda contempla disposições acerca do ônus da prova no art. 38 – "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina" – e no art. 51, VI – "são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor".

Isso ocorre porque, dependendo da questão a ser dirimida em juízo, ao consumidor podem faltar condições tanto de ordem técnica, quando de ordem prática, que o impeçam de produzir a prova relativa ao fato constitutivo do seu direito. “Obrigar uma dessas partes a provar determinados fatos para que possa obter a proteção dos seus direitos substanciais significaria negar-lhe acesso à tutela jurisdicional, porque a demonstração dessas alegações seria extremamente difícil ou, mesmo, praticamente impossível”.<sup>96</sup>

Promove-se, então, a inversão do ônus da prova, transferindo a responsabilidade e o risco do seu eventual descumprimento para o fornecedor, dispensando, eximindo o consumidor de promover a prova do fato em que se funda a sua pretensão, restabelecendo-se, assim, a paridade de armas entre os litigantes. “Inverte-se o ônus da prova para evitar a injustiça de se proporcionar a vitória da parte mais forte, pela extrema dificuldade ou impossibilidade de a mais fraca demonstrar fatos que correspondem ao normal andamento das coisas ou quando isso pode ser mais facilmente comprovado pela parte contrária”.<sup>97</sup>

De acordo com o regramento previsto no art. 6º, VIII, a inversão do ônus da prova não é automática, ou seja, não ocorre pela simples razão de se ter em voga um processo de natureza consumerista. A sua determinação está condicionada ao juízo do julgador acerca da ocorrência de verossimilhança da alegação contida na petição inicial<sup>98</sup> e à constatação acerca da hipossuficiência do consumidor, em face das regras da experiência, que, se presentes, tornam imperativa a inversão.

96 Cambi, Eduardo, *A Prova cit*, p. 410.

97 *Idem, ibidem*.

98 Muito embora no texto do art. 6º, VIII, seja expresso o uso da partícula ‘ou’ como elemento de ligação entre os pressupostos exigidos para a inversão do ônus probatório, dando a entender, portanto, que a inversão do ônus da prova dependeria da presença alternada de qualquer um dos dois elementos – verossimilhança das alegações ou hipossuficiência –, há, na doutrina, autores que sustentam posição bastante interessante, junto a qual nos filiamos, no sentido de que, em que pese o caráter alternativo – e, portanto, exclusivo – inerente à expressão, os requisitos contidos no inciso seriam, em verdade, cumulativos, eis que, no seu entender, a verossimilhança da alegação deveria estar sempre presente, de forma a evitar situações absurdas, que podem vir a ocorrer a partir do momento em que se leva em consideração apenas o critério da hipossuficiência. É o que se extrai das lições de Antônio Gidi, para quem: “Verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de o mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderá acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo, preliminarmente, em face da sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que,

O requisito da verossimilhança refere-se ao convencimento do julgador acerca da plausibilidade de que o fato narrado pelo autor tenha, efetivamente, ocorrido. “Formada pelos vocábulos *vero* (de verdadeiro, real, autêntico) e *simil* (de semelhante, similar), o termo *verossímil* traz a noção de algo que se assemelha à verdade, que tem a aparência de verdadeiro”.<sup>99</sup>

Não se exige, para a sua verificação, a presença de elementos probatórios – como ocorre, por exemplo, com a necessidade da apresentação de prova inequívoca para a concessão da tutela antecipada. Basta que os fatos descritos estejam enquadrados entre aqueles que o magistrado sabe, normalmente ou ordinariamente, acontecer, contemplando, portanto, indícios de que a afirmação trazida pelo consumidor seja plausível, ou seja, possível de ser verdadeira.<sup>100</sup>

nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal” (Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 13, set.-dez. 1996, p. 34).

99 Andrade, André Gustavo C. de, A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor – O Momento em que se Opera a Inversão e outras Questões, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 48, out.-dez. 2003, p. 91.

100 Quanto a esse aspecto, é oportuno ressaltar que existem autores que sustentam a co-relação existente entre o juízo de verossimilhança e a prova ou ao menos seus indícios em torno da afirmação, não dispensando, portanto, que ela esteja presente, de forma a se caracterizar o pressuposto da inversão. É o que sustenta, por exemplo, André Gustavo de Andrade, quando afirma:

“Não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor. O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprova (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptio hominis* realizada pelo julgador. Mas sem esse indício mínimo, não há onde extrair a verossimilhança da alegação” (*idem*, pp. 92-93). A nosso ver, a presença do elemento probatório, em caráter indiciário, que sirva como ponto de partida para a prova a ser produzida pela parte contrária, deve estar presente de forma a promover a inversão do ônus respectivo, sem, contudo, impor-se ao adversário uma prova diabólica, tal como ocorreu na ação de indenização proposta contra a fabricante de preservativos outrora citada no presente trabalho. É que, embora a previsão se dê com vistas a facilitar a defesa do consumidor em juízo, em face das dificuldades que podem ser enfrentadas por ele para a produção da prova do fato constitutivo do seu direito, não pode atribuir ao *ex adverso* o encargo de produzir uma prova impossível, da qual ele nunca irá se desincumbir. Deve existir um parâmetro,

O critério da hipossuficiência, por sua vez, está atrelado à condição de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, condição esta que dificulta, quando não impede, o cumprimento do encargo probatório que inicialmente lhe tocava, qual seja, o de comprovar os fatos que embasavam a sua pretensão, constitutivos do seu direito.

Por inferioridade deve-se entender a situação de desvantagem na qual se encontra o consumidor tanto no que diz respeito à relação jurídica de direito material, quanto à relação jurídica de direito processual.

Ela decorre não só de aspectos econômicos – como inicialmente apontaram, a nosso ver, equivocadamente os autores do anteprojeto do CDC<sup>101</sup> – mas, fundamentalmente, da deficiência técnica que se evidencia a partir da contraposição das circunstâncias que apresentem, respectivamente, consumidor e fornecedor e que têm origem “em fatores como o acesso à informação, grau de escolaridade, poder de associação e posição social”.<sup>102</sup>

---

um ponto de partida seguro no qual se escora a inversão. O que não se pode exigir é que o consumidor traga algum elemento probatório contundente e inequívoco – tal qual ocorre na verossimilhança das alegações exigida para a concessão de tutela antecipada – porquanto isto é algo que pode criar um entrave significativo para a incidência do preceito, o que não nos parece ser a *ratio* contida no dispositivo que, ademais, não contempla tal exigência para que o deslocamento do encargo se opere.

101 Nas primeiras edições do trabalho que editaram, os autores do projeto do CDC sucessivamente afirmaram que, para fins de inversão do ônus da prova, era considerado hipossuficiente “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Tal entendimento, porém, foi alterado nas edições mais recentes, nas quais os autores reconheceram que “em algumas hipóteses é suficiente que o consumidor seja dispensado dos gastos com a prova para que ele tenha a proteção necessária. Porém, analisadas várias situações hipotéticas que podem ocorrer na experiência concreta, aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador”, para, ao final, adotar as lições de Cecília Matos e dizer “a hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros”. Cf. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 734.

102 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, p. 416.

É essencialmente a incapacidade técnica do consumidor no tocante à controvérsia trazida à apreciação do juiz que justifica e impõe a inversão do ônus da prova no caso concreto. Jamais a tão-só condição econômica ou financeira do interessado.

Como ressalta Eduardo Cambi:

“O Código de Defesa do Consumidor pretende resguardar os direitos dos consumidores, em geral, desde que se encontrem em situação vulnerável no mercado de consumo, não necessariamente o consumidor pobre. Portanto, a noção de *hipossuficiência* está ligada à idéia de *facilitação da defesa do consumidor em juízo* e diz respeito tanto à dificuldade econômica quanto às deficiências técnicas do consumidor, em poder desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito”.<sup>103</sup>

Uma vez presentes os requisitos previstos no art. 6º, VIII, do CDC, o julgador tem o dever de determinar a inversão do ônus, não sem antes proceder a sua expressa declaração no processo,<sup>104</sup> de forma motivada, franqueando ao fornecedor a prova do fato respectivo e não comprometendo, assim, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

103 *Idem*, p. 417.

104 Trata-se de regra legal cuja incidência, no caso concreto, depende do convencimento do magistrado acerca da existência ou não dos requisitos que justificam a inversão, não se operando de *per se*. “A inversão de que trata o art. 6º, VIII, do CDC resulta, necessariamente, de ato judicial, praticado no processo entre consumidor e fornecedor: não pode ser diversa a exegese da cláusula ‘a critério do juiz’, presente no dispositivo. Não se cuida, portanto, de inversão que decorra diretamente da lei, como se passa nas hipóteses nas quais o próprio Código, dispensando o consumidor da prova do defeito (...) transfere ao fornecedor o encargo de demonstrar que o defeito inexistente” (Barboza Moreira, Carlos Roberto, *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 86, abr.-jun. 1997, p. 299). No mesmo sentido, cf. Theodoro Jr., Humberto, *Direito do Consumidor cit.*, p. 147; Cunha, Belinda Pereira da, *Ônus da Prova cit.*, p. 316; Moraes, Voltaire de Lina, *Anotações sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 31, jul.-set. 1999, pp. 66-67; entre outros.

### III. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

#### 1. Apresentação: conceito e características

Não é possível determinar, com precisão, em que momento da história do direito processual civil as teorias de distribuição prévia e abstrata do ônus da prova entre os litigantes viram surgir uma teoria de distribuição dinâmica dos encargos probatórios, baseada nas peculiaridades do caso concreto, e não há consenso sequer entre os doutrinadores sobre o local em que ela realmente despontou para o processo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Assim é que, embora se tenha sempre presente que a sua sistematização teria se dado na Argentina, no final do século XX, a doutrina ressalta a aplicação expressa da distribuição dinâmica dos encargos probatórios pelo BGB, na Alemanha, já no início do século passado, ao adotar, para o ônus, a nomenclatura – *beweisumkehr* – que nada mais significa que trânsito cambiante (ou em sentido contrário) da prova. Além de ter sido claramente adotada pelos §§ 282, 285, 831, 891 e 892 do BGB, a carga dinâmica encontra respaldo também da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão para os casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de esclarecimento e comunicação nos negócios jurídicos, de condições gerais de contratação, de direito do trabalho, de contratos financeiros e de direito ambiental. Outrossim, há notícias também acerca da adoção ampla da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Tribunal Supremo da Espanha, que há muito prevê a flexibilização dos encargos probatórios, em razão da obrigação das partes de colaborar com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e da obtenção de um resultado justo, sobretudo nos casos de concorrência desleal e de publicidade ilícita. Reconhecendo a insuficiência do critério de repartição do ônus previsto no art. 1214 do Código Civil Espanhol – que impunha a prova da obrigação àquele que reclamava o seu cumprimento e a de sua extinção àquele que lhe opunha –, duramente criticado não só em razão da incorreção técnica decorrente da referência à prova das obrigações e não dos fatos, mas também ante a ausência de referência aos fatos impeditivos e modificativos, doutrina e jurisprudência trataram de aperfeiçoá-lo, ao longo do tempo. Não obstante, nos trabalhos de elaboração da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, no final da década de 1990, previu-se, inicialmente, a manutenção dos critérios clássicos de distribuição, o

Ao longo do tempo, como vimos, várias foram as teorias criadas e desenvolvidas pela pena de alguns dos maiores processualistas de que se tem notícia e voltadas a enunciar e justificar a repartição do ônus da prova de uma ou de outra forma, com base nesta ou naquela razão.

Em comum, quase todas elas – à exceção da teoria de Jeremy Bentham e, quiçá, da teoria de Gian Micheli – tinham o traço da rigidez, ou seja, a imposição às partes de um encargo fixo e imutável dentro do processo, definido a partir de critérios os mais diversos, em razão dos quais seus respectivos criadores buscavam justificá-lo e trabalhavam com o intuito de fazê-lo prevalecer.

Tais critérios, exatamente porque predeterminados de forma rígida e abstrata e, portanto, estática, não levavam em consideração a necessidade – e tanto menos as particularidades e especificidades – de cada caso concreto. Em razão disso, não raras vezes mostravam-se falhos, insuficientes e inadequados à produção da prova que se pretendia ver nos autos e, por conseguinte, inaptos para o alcance de um resultado justo e efetivo, capaz de promover alterações concretas no mundo dos fatos. E mais ainda: não raras vezes levavam o magistrado a situações de perplexidade tal em que o conjunto probatório colacionado aos autos – porque formado de modo deficiente – era contrário ao seu próprio convencimento, previamente construído a partir da verossimilhança das alegações trazidas pelas partes ao processo.

Foi talvez a partir da necessidade sentida – embora não desenvolvida – por Micheli de que a distribuição do ônus da prova deveria ser feita por meio de uma valoração dinâmica em substituição a uma concepção abstrata e estática

---

que acarretou uma grande mobilização da comunidade jurídica local, liderada por juízes espanhóis, que oportunamente propôs um *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, defendendo a distribuição da carga da prova em função da proximidade ou domínio do fato por cada uma das partes. Este conteúdo acabou prevalecendo no texto final, dando origem ao enunciado do art. 217 da Lei nº 1/2000, que encampa expressamente a possibilidade de deslocamento do ônus da prova em razão do critério da maior facilidade em produzi-la, não sem antes manter o critério tradicional. A distribuição dinâmica insere-se, assim, como critério complementar e subsidiário. Sobre a adoção da teoria da distribuição dinâmica na Alemanha e na Espanha, cf., respectivamente: Carbone, Carlos Alberto, *Cargas Probatorias Dinámicas: Una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 210-211; e Peyrano, Marcos L., *La Teoría de Las Cargas Probatorias Dinámicas en la Flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley nº 1/2000)*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 187-189.

do fenômeno,<sup>2</sup> isto é, com a atenção dos operadores para as particularidades de cada caso concreto, a fim de que se aprimorasse a instrução e, por conseguinte, a formação do convencimento, que se lançou o primeiro facho de luz em torno da importância da questão, muito embora Jeremy Bentham, em pleno século XIX, já sustentasse essa posição.

Mas foi apenas no final do século XX que juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, valendo-se da teoria de James Goldschmidt acerca da situação jurídica processual,<sup>3</sup> delinearam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, batizada, entre eles, de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*.<sup>4</sup>

2 Micheli, Gian Antonio, *L'Onere cit.*, p. 464.

3 A propósito cf.: Goldschmidt, James, *Principios Generales del Proceso*, s/ tradução, Buenos Aires, EJE, 1961, vol. I, e Peyrano, Jorge W., *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 13-15.

4 Já em meados do século XX, mais precisamente em 1957, porém, é possível encontrar na jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, na Argentina, precedente envolvendo a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova – ainda que sem referência expressa à teoria –, no qual o Tribunal impôs a um funcionário público a prova da ilegitimidade de seu enriquecimento, por entender que ele estaria em melhores condições que o Estado de produzir a prova respectiva. Mas somente no início da década de 1990, o tema ganhou espaço na doutrina – inclusive com menção em congressos de relevo, como as *Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*, em 1992, o *XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, em 1993, no qual, a teoria foi tida como doutrina já recebida pela Comissão Processual Civil e Comercial do país. Com a divulgação e o aprofundamento do trabalho da doutrina, sempre com a coordenação do Professor Peyrano, em 1997 a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* voltou novamente os olhos para a teoria da carga dinâmica, quando, ao julgar caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico, impôs o ônus da prova quanto a adequação e correção dos procedimentos utilizados durante a cirurgia ao cirurgião e ao hospital no qual ela se realizou, por entender que teriam melhores condições de produzir a prova quanto a este aspecto. Desde então, a *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas* tem sido amplamente aplicada e aceita pela comunidade jurídica, não obstante o art. 377 do *Código Argentino de Procedimiento Civil y Comercial para La Nación* imponha o ônus da prova “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”. Entretanto, mesmo em sede legislativa, alguns códigos de província, como é o caso do *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa* já vêm adotando expressamente a carga dinâmica, o mesmo ocorrendo com o *Proyecto del Código de la República Argentina Unificado con el*

Contraopondo-se ao fundamento das teorias clássicas e estáticas de repartição dos encargos probatórios – abstração e predeterminação – a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário. Adapta-se aos casos particulares, para, atendendo às circunstâncias específicas de cada qual, impor o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva. “A distribuição se dá de forma dinâmica, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes)”.<sup>5</sup>

Nos dizeres de Jorge W. Peyrano:

“A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”.<sup>6</sup>

*Código del Comercio*. A propósito, cf.: Baracat, Edgar J., Estado Actual de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba con Especial Referencia a Antecedentes Jurisprudenciales y a la Materia Juzgada, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 273-275; e Peyrano, Jorge W., La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 86.

5 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, p. 342.

6 Peyrano, Jorge W., *Nuevos Lineamientos cit.*, pp. 19-20: “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, *verbigracia*, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento

A teoria da distribuição dinâmica, como se vê, não leva em consideração, para a fixação dos encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto de prova. O foco, aqui, é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Assim é que, a partir do exame das circunstâncias particulares de cada caso, o magistrado define, *in concreto*, qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus respectivo e, por conseguinte, o risco decorrente do seu eventual descumprimento.

A teoria parte do pressuposto de que “deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não se compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”.<sup>7</sup>

Ao propor a dinamicização do ônus da prova, seus criadores, em momento algum negam a necessidade da existência das normas estáticas e abstratas de distribuição que atuam – e que continuarão a atuar – pelo menos em princípio.<sup>8</sup>

A nova teoria não subverte nem elimina a técnica tradicional de repartição dos encargos probatórios, mas representa um *plus* para crescer e aprimorar o sistema clássico de distribuição.

O que se apresenta é uma teoria voltada aos escopos modernos do direito processual, mormente à efetividade, à verdade e à obtenção de resultados justos, e que parte dos princípios da boa-fé, da cooperação e da solidariedade – princípios que são uma das grandes fontes do Direito. O que se propõe é uma teoria que, naqueles casos em que o litigante ao qual incumbe a produção de uma dada prova não tem condições de fazê-lo, ao passo que o outro litigante inicialmente desincumbido o tem, autoriza ao magistrado, atento às peculiaridades do caso e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas

como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.”

7 Dall’Agnol Jr., Antônio Janyr, *Distribuição Dinâmica cit.*, p. 102.

8 Tanto assim que, quanto a este aspecto, afirma Jorge W. Peyrano: “A renglón seguido, se ha buscado destacar que su aplicación es procedente sólo in extremis; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del *onus probandi* genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas” (*Nuevos Lineamientos cit.*, p. 21).

mãos daquele que tem melhores condições para cumpri-lo. Tem-se, assim, uma complementação, um aperfeiçoamento da disciplina de distribuição dos encargos probatórios, tendo como norte os ditames que regem o processo civil moderno.

Com efeito, “parece de uma lógica irrefutável para qualquer pessoa com senso comum que um magistrado não pode privar que uma fonte de prova chegue ao processo quando teve em suas mãos os elementos para fazer surgir à luz os fatos da realidade, nem tampouco pode deixar de valorar as circunstâncias em que se encontrava cada parte ou a sua capacidade real e concreta de promover a produção da prova, baseando-se em uma rígida (estática) concepção das regras do ônus da prova. A decisão judicial que recaia neste processo só estará sustentada sobre o anfibológico dogma da verdade formal. Essa atitude do órgão jurisdicional do Estado não só é moralmente reprovável, senão que corresponde a um uso absolutamente irregular das normas processuais, o que seguramente violentará o princípio da congruência e conduzirá, necessariamente, a uma decisão profundamente injusta e atentatória à essência da função judicial”.<sup>9</sup>

A teoria da distribuição dinâmica preocupa-se, pois, com a tutela final que será outorgada aos jurisdicionados, com a sua efetividade e justiça. E, porquanto pressuposto necessário para a sua obtenção, com a vinda da prova do fato controvertido aos autos, pelas mãos daquele que tiver “conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade na sua demonstração”,<sup>10</sup> evitando, inclusive, “que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia”.<sup>11</sup>

9 Rambaldo, Juan Alberto, *Cargas Probatorias Dinámicas: un Giro Epistemológico*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 31:

“Parece de una lógica irrefutable para cualquier persona con sentido común que un magistrado no puede privar que una fuente de prueba arribe al proceso cuando tuvo en sus manos los elementos para hacer surgir a la luz los hechos de la realidad, ni tampoco puede dejar de valorar las circunstancias en que se encontraba cada parte en cuanto a su capacidad real y concreta de proveer a su producción basándose en una rígida (estática) concepción de las reglas de la carga de la prueba. La decisión judicial que recaiga en ese proceso sólo estará sostenida sobre el anfibológico dogma de la *verdad formal*. Esta actitud del órgano de la jurisdicción (del Estado) no sólo es moralmente reprochable, sino que se corresponde con un uso absolutamente irregular de las normas procesales, que seguramente violentará el principio de congruencia y conducirá necesariamente a una decisión profundamente injusta y atentatoria contra la esencia de la función judicial.”

10 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, p. 341.

11 *Idem*, p. 342.

Trata-se, portanto, de uma proposta condizente com a natureza instrumental do processo e dos institutos a ele afins, que, ao estimular a produção da prova e o esclarecimento de todos os fatos do litígio, possibilita a descoberta da verdade real, evita a ocorrência de *non liquet* e, ainda, permite que a decisão exarada seja uma decisão efetiva e justa, apta a tutelar adequadamente o direito substancial, a provocar alterações concretas no mundo dos fatos e satisfazer a pretensão do jurisdicionado.

Sem embargo da orientação de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que a inversão do ônus da prova nada mais é que a alteração das regras legais sobre a distribuição do encargo impostas ou autorizadas por lei,<sup>12</sup> a atribuição de caráter dinâmico e, portanto, flexível ao ônus da prova não se confunde com a sua simples inversão.

E isso ocorre porque, na verdade, a distribuição dinâmica do ônus da prova não parte de um critério apriorístico para determinar a sua alteração, mas, na essência, estabelece a cooperação das partes na colheita da prova, distribuindo os encargos de um modo tal que pode ou não ser condizente com a disciplina legal eventualmente existente.

A adoção da carga dinâmica, exatamente porque tem incidência nos casos em que o regramento estático é insuficiente ou inadequado – e, por essa razão, deve ser anteriormente afastado – pressupõe a ausência, para a sua incidência, de uma distribuição prévia e arraigada do encargo entre as partes.

Ao pressupor essa situação e ao prever que a repartição do encargo deverá se dar em momento posterior à instauração da lide, não há sentido em se falar em inversão. É que, se quando da incidência da carga dinâmica, nenhuma das partes tem previamente o encargo probatório, não há como sustentar a inversão de um ônus que, até então, não existia.<sup>13</sup> Vale dizer: para a adoção da teoria da distribuição dinâmica, o critério legal ou clássico de distribuição do *munus* tem sua atuação previamente afastada daquele caso, quanto ao fato que deverá ser objeto de prova. “Só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as particularidades do caso concreto, com base em máximas de experiência, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado”.<sup>14</sup>

12 A propósito, cf. Dinamarco, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, vol. 3, p. 76.

13 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatorias cit.*, pp. 74-75.

14 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, p. 341.

A inversão, por sua vez, pressupõe a existência de uma responsabilidade que é atribuída, *a priori*, a uma das partes e, uma vez presentes determinados requisitos previstos em lei, é imposta de forma cogente<sup>15</sup> à parte contrária.

Para que ela ocorra, não é necessário que o magistrado examine as circunstâncias do caso e decida sobre a oportunidade e a conveniência da inversão. Presentes os pressupostos legais, a inversão – que, tal qual o ônus, também é determinada de forma apriorística e estática – deverá, necessariamente, incidir, não obstante, não independa de expressa declaração do magistrado nesse sentido.

Por outro lado, a inversão, pelo menos no direito brasileiro, decorre de expressa disposição legal – o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é a mais conhecida delas – que, em regra, sempre condiciona a sua incidência a determinados critérios, como, por exemplo, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência, no caso do direito consumerista.

A carga dinâmica, por sua vez, não sofre limitações decorrentes de previsão legislativa e tem uma aplicação mais geral, voltada para todo e qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que um dos litigantes tenha maior facilidade ou esteja em melhores condições de produzir a prova respectiva.

15 Discussões das mais ferrenhas e acirradas na seara do direito do consumidor é a questão acerca do caráter *ope legis* ou *ope iudicis* da inversão do ônus da prova disciplinada no art. 6º, VIII, do CDC. A polêmica tem como ponto de partida a expressão “a critério do juiz”, a que o texto do dispositivo refere-se como mecanismo verificador dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, cuja presença é indispensável para a inversão. De um lado, autores como Antônio Gidi (*Aspectos da Inversão* cit., p. 586) e André Gustavo de Andrade (*A Inversão do Ônus* cit., p. 97), que sustentam que o papel do magistrado é apenas o de constatar a presença dos requisitos legais no caso concreto, sendo de que, se eles se confirmarem, a inversão opera-se de imediato. De outro, autores como Barbosa Moreira (*Notas sobre a Inversão*, cit., p. 299) e Humberto Theodoro Jr. (*Direitos do Consumidor*, cit., p. 147), que entendem que a inversão opera-se em razão de ato do juiz, desde que presentes os pressupostos legais. A nosso ver, diante de uma ação versando sobre relações de consumo, o magistrado, sem dúvida, deve verificar se estão presentes os requisitos legais necessários à inversão do ônus da prova. Uma vez presentes, porém, não poderá recusar a inversão, a partir de critérios outros como oportunidade ou conveniência, na medida em que a inversão revela-se como um direito subjetivo do consumidor. A partir do momento em que a inversão é entendida como um mecanismo de facilitação da prova e de equiparação de armas entre os litigantes no processo, constatada a verossimilhança da alegação escorada em indício de prova e a hipossuficiência do consumidor, a regra é que a inversão deve ser, em princípio, necessariamente determinada. Tal regra, porém, não exclui a possibilidade de adoção da teoria da distribuição dinâmica, acaso esta inversão importe em impossibilidade de produção de prova por parte do fornecedor.

## 2. Fundamentos

Uma teoria que, como a teoria da distribuição dinâmica, se propõe a facilitar a produção das provas necessárias ao acerto dos fatos controvertidos no processo, a aprimorar a formação do convencimento do julgador e, por conseguinte, o alcance da efetividade e da justiça da decisão que será proferida, encontra seu fundamento, senão em todos, certamente nos principais pilares que sustentam o processo civil moderno.

Esses pilares são oriundos do rompimento do processo com a ideologia liberal – individualista e patrimonialista – que outrora o orientava e que era responsável por dar a ele o aspecto eminentemente dispositivo que o caracterizou durante muito tempo.

Nesse processo, “concebido de acordo com a ideologia liberal e de caráter dispositivo, no qual a parte não tem a obrigação ou o dever jurídico de dizer a verdade, onde não tem tampouco, ou poderíamos dizer muito menos, a obrigação jurídica de confessar, onde não tem sequer a obrigação jurídica de responder quando o juiz a chama para comparecer ao processo, onde não deve manter nem mesmo uma conduta fundada na colaboração para o alcance da verdade material, onde não interessa se dita verdade é concebida, e onde, finalmente, alguém vai ganhar e alguém vai perder”,<sup>16</sup> com ou sem razão, um critério apriorístico, estático e imutável de distribuição dos encargos probatórios apresenta-se muito bem adequado.

Isso ocorre porque, dentro do contexto do processo de cunho liberal, não há qualquer preocupação dos operadores do direito com nada além daquilo que foi efetivamente posto pelas partes nos autos, tanto no tocante a questões de fato, quanto à sua prova. Tampouco receio de quais impactos a decisão que vier a ser proferida é passível de provocar, mormente, no mundo real, já que os limites da atuação do processo se exaurem com o fim da atividade jurisdicional.

16 White, Inés Lépori, *Cargas Probatorias Dinámicas*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 62-63:

“Así pues, en un proceso civil concebido de acuerdo a la ideología liberal y de carácter dispositivo, en el cual la parte no tiene la obligación o el deber jurídico de decir la verdad, donde no tiene tampoco, o podríamos decir mucho menos, la obligación jurídica de confesar, donde no tiene siquiera la obligación jurídica de responder cuando el juez lo llama a comparecer al proceso, donde no debe tampoco mantener ante el mismo una conducta fundada en la necesaria colaboración a los fines de acceder a la verdad material, donde no interesa si dicha verdad es obtenida, y donde, finalmente, alguno va a ganar y otro va a perder...”

Quando, porém, os processualistas e, sobretudo, os jurisdicionados não mais se contentam com esta visão, que não atenta para o aspecto dinâmico do processo, que se esquece da natureza da prova e do seu papel no direito processual, que não se preocupa com a justiça e a equidade nas decisões, na qual muitas vezes se ganha pela astúcia e se perde pela desídia; quando a transmutação do preto em branco e do quadrado em redondo não mais atende aos anseios da sociedade, que não só quer, mas precisa que o resultado do provimento jurisdicional seja, na sua essência, justo e efetivo, torna-se necessário mudar de ideologia, de foco, de princípio, de orientação.

O direito processual civil, como um todo, vem passando por essa mudança já há algum tempo e, como não poderia deixar de ser, seus institutos também.

Hoje, o que se tem é uma visão solidarista do processo, segundo a qual, muito mais que um simples mecanismo de composição de litígios, ele se configura como um instrumento de realização da justiça, no exato sentido em que isso representa. Ou seja, um meio do qual as partes se valem de forma a obterem tudo aquilo e precisamente aquilo que têm o direito de obter.

Nesse cenário em que a garantia do devido processo legal cada vez mais dá lugar à garantia do processo justo, a preocupação com a descoberta da verdade real é crescente e torna-se admissível o uso de todos os expedientes lícitos que, de algum modo, possam auxiliar na sua obtenção, para que a conseqüente formação do convencimento do magistrado se dê o mais próximo possível da realidade, assegurando-se, assim, a efetividade e a justiça da decisão.

Aliado a isso, observa-se, também, uma mudança de postura na conduta do juiz – que sai da posição passiva de mero julgador do conflito de interesses e torna-se “um intérprete ativo e criativo, um *problem solver* e *policy maker*, além de assumir, freqüentemente, o papel de um *law maker*”<sup>17</sup> – e, igualmente, das partes, que muito mais do que *ex adversos*, passam a atuar como colaboradores do processo, responsabilizando-se pelo esclarecimento da verdade e, por conseguinte, pelas provas dos fatos respectivos, agindo com a máxima lealdade, probidade e boa-fé.

Esses fundamentos que, repita-se, são os principais pilares de sustentação do processo civil moderno, o são também da teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório. Como já se assentou no direito argentino, “ao conjugar harmonicamente as tradicionais regras de distribuição do ônus da prova com a justiça no caso concreto, os deveres do juiz e os deveres de conduta processual

17 Cambi, Eduardo. *A Prova cit.*, p. 343.

das partes, se obtém as bases ou os fundamentos da doutrina das cargas probatórias dinâmicas”<sup>18</sup>.

### 2.1. A busca pela verdade real e a obtenção de um resultado justo

Quando um jurisdicionado ajuíza uma ação contra um outro, valendo-se, para tanto, do processo judicial, ele o faz, em regra, porque se vê diante de um conflito de interesses, no qual a sua pretensão – que contempla o direito subjetivo reclamado – foi, por qualquer razão, resistida. Assim, quando vem a juízo, o que o jurisdicionado quer do Poder Judiciário é que o dito conflito seja solucionado e sua pretensão, por conseguinte, satisfeita.

Os “processos judiciais não se formam visando à proclamação de teses acadêmicas de direito. Só existem para a tutela de interesses concretos, nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas. São, pois, os direitos subjetivos a matéria prima com que laboram os tribunais e estes direitos, por sua vez, nascem de fatos (*ex facto ius oritur*)”<sup>19</sup>.

Nesse contexto, para que o magistrado tenha condições de compor, de solucionar o conflito de interesses posto à sua apreciação – e fazê-lo de forma justa – é indispensável que ele tenha acesso amplo a todos os fatos que estão no cerne do litígio, bem como das provas respectivas.

É que, como oportunamente se assentou, “as provas são, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas”<sup>20</sup>. Sem que estejam presentes nos autos, o julgador não tem como promover o acerto dos fatos alegados por autor e réu, não tem como conhecer a realidade daquilo que realmente ocorreu, de modo a formar o seu convencimento. Ou o que é ainda mais grave: tem o seu convencimento formado em razão da verossimilhança das alegações trazidas aos autos pelos litigantes quando em cotejo com

18 White, Inés Lépori, *Cargas Probatorias cit.*, p. 68:

“Entonces, al conjugar armónicamente las tradicionales reglas de la carga de la prueba con la justicia en el caso concreto, los deberes del juez y los deberes de conducta procesal de las partes, se obtienen las bases o los fundamentos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.”

19 Theodoro Jr., Humberto, *Prova. Princípio da Verdade Real. Poderes do Juiz. Ônus da Prova e sua Eventual Inversão. Provas Ilícitas. Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA)*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, nº 3, out. nov. dez. 1999, p. 9.

20 *Idem, ibidem.*

as máximas da experiência, mas, no entanto, tal convencimento não encontra amparo no conjunto probatório colacionado, porque inequivocamente formado de modo deficiente e falho pelos litigantes.

Diante disso e diante da impossibilidade de pronunciar *non liquet*, culmina por julgar a causa com base nas regras de distribuição do ônus da prova, impondo o resultado desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir determinada prova e, por alguma razão, deixou de fazê-lo.

Ocorre que nem sempre o litigante que não colacionou a prova necessária ao desate da controvérsia, o fez por simples desídia em relação ao processo. Tanto menos se pode concluir, *a priori*, que, se ele deixou de produzir a prova que lhe competia, certamente não tinha razão quanto a sua pretensão. Esse litigante não só pode ser o titular do direito afirmado, como pode ter deixado de trazer a prova aos autos por absoluta impossibilidade em trazê-la.

Nesse caso, a distribuição dos encargos probatórios fundada nos critérios clássicos – que, no direito brasileiro, referem-se à posição ocupada por cada um dos litigantes no processo e à natureza do fato que deverá ser objeto da prova – revela-se extremamente cruel e em nada contribui para a descoberta da verdade e o alcance de um resultado justo, capaz de produzir alterações concretas no mundo dos fatos, inviabilizando o próprio acesso da parte à justiça.

Com efeito, o que o jurisdicionado pode esperar de um instrumento que não só não dispõe de mecanismos aptos a revelar a verdade, como não o auxilia e não o socorre nessa função e, ainda, lhe impõe um resultado desfavorável mesmo quando é ele – e só ele – quem, à luz dos fatos ocorridos, pode ter razão no conflito ajuizado?

Para o jurisdicionado, o fim natural do processo não pode ser outro senão o alcance da verdade e a obtenção de uma sentença justa, condizente com a realidade dos fatos que ele viveu, jamais um jogo no qual a vitória é determinada pela esperteza e a astúcia de um litigante e a derrota é fruto de desídia ou de dificuldade técnica e probatória do outro.<sup>21</sup>

Num momento em que o direito processual e o processo voltam a sua atenção para a qualidade da tutela jurisdicional que está sendo prestada – com vistas

21 Airasca, Ivana Maria, Reflexiones sobre la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas, in, Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 143:

“El fin natural del proceso es el arribo a la verdad y la obtención de una sentencia justa, ya que el proceso no es una competencia de picardías o malas artes, donde se ganará por la astucia de unos y se perderá por la desidia de otros.”

a permitir que ela outorgue o direito a quem realmente o tem – e o processo começa a se portar como um instrumento de realização da justiça, torna-se indispensável criar mecanismos novos ou, ainda, revisitar e ajustar os mecanismos antigos, de forma a adequá-los a essa nova realidade e fazer com que possam contribuir para a obtenção desses escopos.

Se é por meio da prova que o juiz conhece a verdade, pode modelar a realidade e formar o seu convencimento de modo a proferir uma decisão justa e se é no conjunto probatório que se apresenta no processo que o juiz deve, necessariamente, respaldar a sua convicção, nada como criar meios que facilitem a obtenção e a vinda dos elementos probatórios aos autos.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é um desses meios, na medida em que, ao impor o encargo de provar cada um dos fatos afirmados no processo àquele litigante que melhores condições tem para fazê-lo, aumenta-se, substancialmente, a possibilidade de que a prova necessária à solução da controvérsia venha aos autos e o julgador tenha acesso a ela.

A carga dinâmica tem, pois, o condão de auxiliar no encontro da verdade real, elemento cujo alcance é essencial para que o magistrado consiga proferir uma solução condizente com o seu convencimento e, mais ainda, uma solução justa. E, com isso, a carga dinâmica faz com que a jurisdição consiga desempenhar – de fato e de direito – a mais importante função para a qual ela foi criada, qual seja, a de efetiva pacificação social.

## 2.2. Os poderes instrutórios do juiz

No contexto do processo de cunho liberal, o modelo ideal de juiz que se queria na condução do feito era aquele magistrado “neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu”.<sup>22</sup>

O processo não se preocupava com a satisfação de escopos políticos e, sobretudo, sociais. Portava-se como mero instrumento de realização da vontade concreta da lei, de modo que o magistrado, sempre que se deparasse com alguma controvérsia posta a sua apreciação deveria julgá-la segundo as partes – e apenas as partes – tivessem alegado e provado.

Ao juiz, portanto, não era conferida nenhuma espécie de atividade ou iniciativa probatória. Reservava-se a ele “o papel de observador distante e impassível

22 Theodoro Jr., Humberto, *A Prova cit.*, p. 10.

da luta entre os litigantes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das 'regras do jogo' e, no fim, proclamar o vencedor".<sup>23</sup>

Esse modelo, porém, ao pôr nas mãos de autor e réu toda a responsabilidade pela atividade probatória, não raras vezes, culminava por deixar o magistrado, quando da decisão, completamente desguarnecido, carente de elementos probatórios aptos a possibilitar a formação e a sustentação do seu convencimento e a solucionar o conflito de interesses. E, diante, da impossibilidade de proferir o *non liquet*, o julgador acabava por valer-se das regras de distribuição do ônus da prova, de forma a prolatar a sua decisão.

A insuficiência e a inadequação da disciplina que outorga a atividade probatória exclusivamente às partes foram reveladas ao longo dos anos e, associadas às noções de acesso à justiça, efetividade e processo justo que permearam a ciência processual a partir da segunda metade do século XX, foram responsáveis por mudar tal concepção.

Desde então, o direito positivo dos diversos países – inclusive o do Brasil – passou a “reforçar os poderes do juiz na condução da causa, tanto na vigilância para que o seu desenvolvimento fosse procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio”.<sup>24</sup>

O juiz ganhou, assim, poderes instrutórios, ou seja, passou a ser titular de iniciativa probatória e, tal qual os litigantes, a ter responsabilidade sobre a produção das provas no processo e a zelar pela vinda aos autos, dentro do possível, de todos – todos – os elementos necessários ao accertamento dos fatos objeto do litígio e a formação do seu convencimento.

A razão de ser da outorga de poderes instrutórios ao magistrado está no fato de que ele, sendo o encarregado de julgar a lide e fazê-lo escorado nos elementos probatórios constantes nos autos, é o único sujeito processual em condições de dizer sobre a necessidade ou não da produção da prova respectiva. E de que, “quanto maior a sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará”<sup>25</sup> e maior será a chance de que a decisão prolatada corresponda à realidade e, enquanto tal, seja capaz de realizar a justiça e alcançar resultados efetivos.

23 Barbosa Moreira, José Carlos, Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, nº 48, out.-dez. 1985, p. 111.

24 Theodoro Jr., Humberto, *A Prova cit.*, p. 11.

25 Bedaque, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., rev. Atual. e ampl., São Paulo, RT, 2001, p. 15.

Mesmo diante da expressa adoção dos poderes instrutórios pela legislação – no processo civil brasileiro, pelo art. 130 do CPC – não foram raros os autores<sup>26</sup> que, de início, propuseram uma interpretação limitada e restrita do dispositivo, condicionando a atividade probatória do juiz às regras de distribuição do ônus da prova, ao fundamento de que não se poderia “suprir a inércia probatória do litigante por atividade oficial de buscar elementos de cognição não requeridos nem produzidos a seu tempo por quem tinha o respectivo encargo probatório”,<sup>27</sup> de forma a não comprometer o princípio de tratamento das partes pelo julgador.

O magistrado só poderia valer-se dos seus poderes instrutórios “quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova”,<sup>28</sup> pois do contrário, se estaria abandonando os critérios de distribuição dos encargos probatórios previstos em lei e que se baseiam no princípio da igualdade entre as partes.<sup>29</sup>

Tal orientação comporta censura não só porque confunde a atividade probatória do juiz com a das partes, sem se dar conta de que uma não exclui nem a existência nem a importância da outra, como não promove uma interpretação sistemática e principiológica dos institutos e de seus respectivos dispositivos legais – condizente “com a finalidade do processo, qual seja a efetivação do direito substancial e a pacificação social”.<sup>30</sup>

Quando o escopo do processo passa a ser a busca pela tutela justa e efetiva do direito material postulado, o que, como já se expôs, pressupõe a descoberta e o conhecimento da verdade pelo julgador, a outorga de poderes instrutórios é de extrema valia, pois permite que, de ofício, o magistrado determine a produção e tenha acesso a todo e qualquer elemento necessário à formação da sua convicção, evitando, o máximo possível, a prolação de decisões fundadas apenas na regra de distribuição dos encargos probatórios. A decisão exarada na insuficiência

26 A propósito cf.: Lopes, João Batista, Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, jul.-set. 1984, pp. 35-36: “Por outras palavras, o preceito do art. 130 não está isolado no Código, mas deve ser interpretado em combinação com o art. 333, que dispõe sobre as regras do ônus da prova.”

27 Theodoro Jr., Humberto, *A Prova cit.*, *loc. cit.*

28 Bedaque, José Roberto dos Santos, *Poderes cit.*, p. 116.

29 *Idem, ibidem.*

30 *Idem*, p. 117.

de prova e na improcedência da pretensão daquele que deixou de provar é o que menos se pode desejar quando o que se tem em mente é o alcance de um resultado compatível com os ideais de efetividade e de justiça, porque, via de regra, acaba por não contemplar aquilo que, de fato, se passou.

Os poderes instrutórios e a iniciativa probatória concedida ao julgador, em face do fim a que se propõem, qual seja, vinda do elemento probatório aos autos, não só autorizam, como justificam a adoção da distribuição dinâmica dos encargos processuais.

É que além de nem sempre a atuação *ex officio* do magistrado ser suficiente para atingir o conjunto probatório ideal (ou mesmo necessário) ao julgamento da controvérsia, porque ele pode desconhecer a existência de uma prova chave – como um documento ou uma testemunha, por exemplo – o exame das particularidades de cada caso concreto dá ao julgador condições de afirmar qual dos litigantes está melhor qualificado ou é o mais indicado para a produção da prova daquele fato específico, assegurando a sua produção.

A atuação direta e efetiva do magistrado na instrução – seja por meio do uso de seus poderes instrutórios para determinar a realização de uma dada prova, seja para valer-se da distribuição dinâmica do ônus e trazer a prova do fato aos autos – possibilita que o conjunto probatório colacionado seja o mais adequado possível à solução do caso.

E mais, se depois de valer-se dos seus poderes instrutórios o juiz tocar o ônus da prova de um determinado fato a um litigante que tenha condições de cumpri-lo, o magistrado faz com que, se se tornar necessário o uso da regra de distribuição no julgamento, suporte as conseqüências a parte que por desídia – e não por impossibilidade – não cumpriu com o seu encargo. É que mesmo não sendo a solução ideal, já que não permite a certeza quanto à verdade, pelo menos se aproxima de um critério mais justo, porquanto impõe a conseqüência àquele que não quis – e não que não pôde – cumprir com o encargo.

Os poderes instrutórios do juiz e a distribuição dinâmica do ônus da prova atuam, em verdade, como mecanismos complementares, que não se repelem, nem se excluem. São dois instrumentos sucessivos, igualmente importantes, que são postos à disposição do magistrado de forma a permitir que o conjunto probatório com base no qual ele irá julgar o feito seja o mais completo, adequado e suficiente possível.

### 2.3. O princípio da cooperação do juiz e das partes

Desde que o processo deixou de ser visto como mero instrumento de realização da vontade concreta da lei em favor de um dos litigantes e começou a

ser entendido como mecanismo de composição do litígio, apto à realização da justiça e à obtenção da paz social, não só o juiz adquiriu um papel especial, com a outorga de poderes especiais que garantem uma atuação mais ativa no processo. Autor e réu tiveram a sua posição alterada: de meros litigantes imersos num conflito entre si passaram a ser reputados como agentes colaboradores do Poder Judiciário para a descoberta da verdade e o alcance de resultados justos.

Isto ocorreu porque, no “processo moderno, o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os designios máximos da pacificação social. A eliminação de litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio”.<sup>31</sup>

O processo passou a ser visto como produto da atividade cooperativa das partes e do juiz. Dentro dele, a cada qual é designada uma função específica, que deve ser cumprida da melhor forma possível, a fim de que, ao final, todos alcancem aquele que é o objetivo comum, qual seja, o provimento jurisdicional adequado.<sup>32</sup>

Por força do princípio da cooperação, “as partes têm o dever de se conduzir no processo com lealdade, probidade e boa-fé, o dever de colaborar entre si para desentranhar a verdade dos fatos e o dever de cooperação com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos para que este possa ditar uma sentença justa”.<sup>33</sup> Devem dialogar entre si e com o julgador, de forma a possibilitar o esclarecimento e a prova das suas alegações, pressupostos de uma decisão final que atenda aos ditames da efetividade e do processo justo.

O magistrado, por sua vez, não só deve conduzir o debate processual, estabelecendo um diálogo entre as partes e zelando pelo seu equilíbrio, como tem o dever de esclarecer junto a elas as dúvidas eventualmente existentes quanto às suas alegações, pedidos e posições, o dever de consultar necessariamente as par-

31 Theodoro Jr., Humberto, *A Prova cit.*, p. 13.

32 Didier Jr., Fredie, *O Princípio da Colaboração: uma Apresentação*, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 127, set. 2005, p. 76.

33 Airasca, Ivana Maria, *Reflexiones cit.*, p. 141: “Y también halla su fundamento en el deber que tienen las partes de conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, en el deber de colaborar entre sí para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación con el órgano jurisdiccional para averiguar cómo ocurrieron los hechos para que éste pueda dictar una sentencia justa.”

tes quanto às questões que serão decididas, assegurando, pois, o contraditório, bem como o dever de prevenir, apontando às partes as suas deficiências e franqueando a possibilidade de seu suprimento, de modo a proporcionar o alcance da decisão final.<sup>34</sup>

A distribuição dinâmica funda-se no princípio da colaboração, na medida em que ao repartir os encargos processuais tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem pode efetivamente fazê-lo, mesmo que, por vezes, culmine por impor a um litigante que inicialmente não tenha o ônus do seu cumprimento.

Em melhores condições de produzir a prova – mesmo sem ter, de início, o encargo – o litigante igualmente coopera para com o processo, porque pode fazer com que a prova venha, de fato, aos autos, contribuindo, assim, para a efetividade, justiça e adequação da solução final que será exarada, que poderá ser contrária até mesmo aos seus próprios interesses, não obstante condizente com a verdade e, como tal, passível de restabelecer a ordem e conduzir as partes à pacificação social.

### 3. Aplicabilidade

#### 3.1. Os critérios para a sua aplicação

O principal escopo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, como visto, facilitar a vinda da prova do fato objeto de controvérsia aos autos e, assim, contribuir para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Nesse contexto, o primeiro e principal critério que justifica a aplicação da teoria da carga dinâmica no caso concreto é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pelas regras de repartição clássicas toca o encargo, de produzir a prova respectiva. Ou seja, quando a parte incumbida de trazer a prova aos autos não tiver reais condições de se eximir do seu ônus, prejudicando a instrução do processo.

A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório que inicialmente foi destinado a um dos litigantes pode decorrer das mais diversas razões – social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica ou hierárquica – e não há, pelo menos em princípio, qualquer tipo de distinção ou de gradação entre a natureza da dificuldade ou da impossibilidade de produção da prova e a adoção da distribuição dinâmica. Basta que o entrave na produção da

34 Didier Jr., Fredie, *O Princípio cit.*, pp. 77-79.

prova e no cumprimento do ônus fique demonstrado de forma objetiva para que se preencha o primeiro requisito para a incidência da carga dinâmica.

Mas não é só. A dificuldade ou impossibilidade de produção probatória por parte de um dos litigantes deve encontrar, necessariamente, contrapartida na maior facilidade ou na melhor condição do outro litigante para a sua realização. Deve esse litigante ter condições reais de trazer aos autos a prova do fato controvertido, “não padecendo da mesma impossibilidade que a parte incumbida do ônus pela aplicação da regra geral, pois se, para esta, também a produção da prova for impossível, estar-se-á infringindo o princípio da igualdade entre as partes ao se beneficiar uma em detrimento da outra, sem qualquer justificativa plausível”.<sup>35</sup>

A essência da teoria da distribuição dinâmica é que o ônus da prova deverá tocar “à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade na sua demonstração”.<sup>36</sup>

A referência à maior facilidade na produção da prova do fato controvertido não se confunde, em absoluto, com a maior comodidade de um dos litigantes para o cumprimento do encargo em relação ao outro. O operador deve estar diante de casos em que o alcance do elemento probatório esteja efetivamente comprometido ou inviabilizado caso forem observadas apenas as normas de distribuição clássica do ônus da prova.

O exame em torno das condições de cada uma das partes para produzir a prova necessária e, por conseguinte, da viabilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica em cada caso concreto pode se dar de ofício pelo próprio magistrado – valendo-se, para tanto, dos seus poderes instrutórios – ou ser provocado pelo litigante interessado no deslocamento do ônus. Em um ou outro caso, deverá ser assegurado ao litigante a quem se quiser atribuir o encargo o direito de se manifestar acerca da questão, inclusive de forma a demonstrar se tem ou não condições de cumprir o ônus respectivo. E, de igual modo, a decisão final estará sujeita a recurso por força do princípio do duplo grau de jurisdição.

A distribuição dinâmica da carga probatória poderá se dar em relação a um ou mais fatos controvertidos no processo, estando a sua incidência quanto a cada um deles condicionada à existência de dificuldade ou não na produção da prova a eles relativas. “Com efeito, é perfeitamente viável que, em relação a alguns dos fatos controvertidos, ainda seja possível à parte incumbida do ônus probatório

35 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatórias cit.*, p. 106.

36 Cambi, Eduardo, *A prova cit.*, p. 341.

pelas regras clássicas de distribuição fornecer a prova necessária, não havendo qualquer justificativa para isentá-la de tal produção nestas hipóteses".<sup>37</sup>

Para além da natureza do direito material tutelado ou das regras estáticas de distribuição do ônus da prova existentes para cada modalidade, sempre será possível a adoção da carga dinâmica quando presente a dificuldade probatória de um dos litigantes associada à facilidade probatória do outro em relação a um dado fato controvertido.

### 3.2. O momento processual adequado à sua determinação

Tema tão ou mais polêmico e instigante que os critérios necessários à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova entre os litigantes é, sem dúvida, a definição de qual momento ou fase processual é mais adequada à sua determinação, ao seu pronunciamento pelo juiz.

Tal qual ocorre, no direito brasileiro, em relação à inversão do ônus da prova nas ações de cunho consumerista, a grande discussão aqui se refere à necessidade de indicação, pelo julgador, quanto a sua incidência já na abertura da fase instrutória, no despacho saneador, ou à possibilidade de que ele o faça apenas na fase decisória, quando da prolação da sentença.

A matéria é deveras controvertida e tem como pano de fundo o debate acerca da natureza jurídica do ônus da prova, ou seja, se ele deve ser compreendido como regra de julgamento para o juiz ou regra de conduta para as partes.

É que, uma vez reputado apenas como regra de julgamento, da qual se vale o julgador no momento da decisão, diante da ausência de prova quanto a fato relevante e da impossibilidade de pronunciamento *non liquet*, para proferir a sentença em desfavor da parte que deveria produzir a prova e não o fez, será admitida a distribuição dinâmica apenas nesse momento. Em contrapartida, considerando-se o ônus da prova também como regra de conduta, que orienta a atividade das partes no processo durante a instrução, indispensável será o pronunciamento do magistrado quanto à repartição do encargo probatório de antemão, logo na abertura da fase instrutória, a fim de que os litigantes estejam previamente cientes da sua responsabilidade e dos riscos que poderão ser suportados por cada qual.

Adeptos e ferrenhos defensores da aplicação da distribuição dinâmica apenas na sentença, sem que, para tanto, haja necessidade de qualquer aviso prévio para autor e réu, são exatamente os juristas argentinos.<sup>38</sup> Eles sustentam a sua po-

37 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatorias cit.*, p. 106.

38 A propósito, cf. Peyrano, Jorge. W., *La Doctrina de las Cargas Probatorias cit.*, pp. 88 a 91.

sição, notadamente, com base em dois pilares fundamentais: a) a ciência prévia dos litigantes insertos naquele sistema jurídico sobre a possibilidade de que, em determinados casos, reiteradamente assentados em doutrina e jurisprudência, a distribuição dinâmica venha a incidir, inexistindo, portanto, surpresa na sua aplicação; e b) o fato de tratar-se a carga dinâmica de questão relativa a valoração da prova, na qual o juiz, verificando as circunstâncias do caso e, inclusive, a forma como as partes se conduziram no processo, impõe o ônus – e, ainda, as consequências decorrentes da ausência da prova – a um ou outro litigante.

No direito argentino, o problema relativo à determinação do ônus da prova é deixado inteiramente e de forma categórica por seus operadores para o momento da sentença.<sup>39</sup> Pouco importa, entre eles, se essa determinação é decorrente do ônus legal ou da aplicação da teoria da carga dinâmica, que encontra na sua adoção e na sua ampla difusão por doutrina e jurisprudência<sup>40</sup> fundamento por si só suficiente para justificar a sua incidência apenas na sentença.

A orientação comporta censura.

Em primeiro lugar e antes de tudo, porque o caráter objetivo – do qual decorre a finalidade do ônus da prova como regra de julgamento – e o caráter subjetivo – do qual deriva a concepção do instituto como regra de conduta – são aspectos intrínsecos e igualmente importantes dentro da noção de ônus da prova, duas faces indissociáveis de uma mesma moeda, como outrora já se assentou.

Exatamente porque, para além de nortear a conduta do julgador quando da prolação da sentença, o ônus da prova tem por escopo também orientar e embasar a atividade das partes no curso da instrução, a intenção de repartição

39 A propósito, cf. White, Inés Lépori, *Cargas Probatorias Dinámicas*, in Peyrano, Jorge W. e White, Inés Lépori (coordenadores), 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 51:

"La virtud esencial de toda la normativa sobre la carga de la prueba reside entonces en esta instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe pronunciar, en todos aquellos supuestos en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho de importancia determinante para la resolución. La decisión deberá dictarse, en consecuencia, en contra de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba con respecto a las afirmaciones de hecho no probadas o no debidamente aclaradas en dicho proceso. El juez no tiene otra opción en sus manos y ante el supuesto enunciado deberá decidir siempre en contra de dicha parte. Lo hasta aquí expuesto deja implícitamente demostrado que solamente podrá decidirse sobre la carga de la prueba luego de producidas integralmente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final del proceso, en la sentencia de mérito."

40 E também em alguns textos legislativos, como é o caso do art. 360 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa* e do art. 829 do *Proyecto del Código de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio*.

dos encargos não só pode, como deve ser claramente enunciada e expressamente definida antes do início da fase probatória, de forma a possibilitar o seu conhecimento e, sobretudo, o seu cumprimento por parte dos litigantes.

Ao estabelecerem uma determinada consequência desfavorável no caso de descumprimento do encargo por autor ou réu, as regras de distribuição do ônus da prova, muito antes de simplesmente criarem uma medida de cunho punitivo (ou sancionatório) para aquele litigante que tinha condições de fazer a prova e não o fez, visam incentivar a sua efetiva produção, de forma a auxiliar na formação de um conjunto fático-probatório que mais se aproxime da realidade daquilo que efetivamente ocorreu, possibilitando, assim, a descoberta da verdade e a obtenção de um resultado justo.

Acresça-se a isso que a necessidade de distribuição prévia do encargo probatório de cada qual antes da abertura da fase instrutória, quando ele irá se dar por força da aplicação da teoria da carga dinâmica, decorre ainda do fato de se tratar de uma exceção à regra à qual as partes inicialmente estariam submetidas.

Se há uma regra legal de distribuição do ônus da prova previamente estabelecida, da qual as partes têm conhecimento, na qual acreditam, uma vez afastada a sua incidência no caso concreto, as partes devem ser necessariamente alertadas pelo julgador de qualquer mudança que porventura venha a ocorrer em relação a ela, de forma a não serem surpreendidas na sentença e, o que é mais grave, não tenham sequer a oportunidade de produzir a prova e cumprir com o encargo processual.

Tendo sido transferido para o litigante “um ônus que, para ele, não existia antes da adoção da medida, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade dele se desincumbir”.<sup>41</sup>

Atenta contra princípios e garantias fundamentais do direito processual civil – mormente a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal – a aplicação da distribuição do ônus da prova apenas na sentença. E o faz não só porque impõe à parte um ônus que ela, em princípio, desconhecia ter, mas também porque retira dela – e de forma sumária – a possibilidade de produzir a prova respectiva. A orientação leva ao absurdo de pretender impor às partes o ônus da prova de todos os fatos controvertidos no processo, de modo a evitar que sejam surpreendidas quando do julgamento da ação.

E não se alegue, como se fez no direito argentino, que, em determinados casos a surpresa não existiria, na medida em que as partes estariam cientes do risco de distribuição do ônus em sentido diverso daquele que inicialmente foi

41 Barbosa Moreira, Carlos Roberto, *Notas sobre a Inversão cit.*, p. 305.

colocado, em razão da orientação da doutrina e da jurisprudência existentes em casos semelhantes anteriores.

Isso porque tal posição estabelece uma presunção, a nosso ver, inadequada dentro do processo, porquanto deixa de se ater às particularidades e circunstâncias de cada caso concreto para criar uma regra geral, no sentido de que, em ações que versem sobre esta ou aquela matéria, o ônus da prova será imposto a fulano ou sicrano.

Ao assim proceder, culmina-se por engessar a dinâmica da carga – que não será determinada no caso concreto, ante a constatação que, em relação à prova de um dado fato, autor ou réu tem melhores condições de realizá-la – mas o será de acordo com critérios fixados de forma prévia e abstrata em função de casos ou precedentes anteriores. A carga, destarte, deixa de ser dinâmica e volta a ser estática, perdendo a teoria, senão a sua essência, certamente a sua própria razão de ser.

De igual modo, equivocada é, também, a confusão perpetrada no direito argentino entre ônus e valoração da prova, que, além de conceitos absolutamente distintos, se passam em momentos processuais diversos.

Na verdade, o ônus da prova, enquanto regra de julgamento, é mecanismo cuja atuação se dá em momento posterior à valoração. É somente após proceder ao exame e à avaliação de todas as provas constantes nos autos que o magistrado terá condições de determinar acerca da necessidade ou não de se valer das regras do ônus da prova, com vistas a proferir a sua decisão. É nesse momento – e apenas nesse momento – que o magistrado estará apto a dizer sobre a suficiência ou a insuficiência das provas que foram carreadas. Ao fazê-lo, não estará mais na seara da valoração das provas, mas no campo da decisão.

A repartição do ônus de cada litigante já no início da fase instrutória não encontra nenhum óbice, também, em relação à suposta parcialidade ou tendenciosismo que a conduta do juiz ao distribuir o encargo, poderia revelar, na medida em que o magistrado não tem, *a priori*, como saber o conteúdo da prova que deixou sob responsabilidade de cada qual. A repartição do ônus, em regra, se dará apenas com base na facilidade de produção e de acesso à prova que se pretende produzir. E, não obstante, face ao caráter decisório que inequivocamente possui, estará sujeita a recurso e, por conseguinte, a sua revisão pela instância superior.

Momento adequado para a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, pois, o início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante.

O que não pode ocorrer, entretanto, é a surpresa para a parte que vai sofrer a mutação do ônus da prova. A deliberação judicial terá de ser prévia e constar de

intimação regular, a fim de que aquele litigante ao qual o encargo for atribuído possa desempenhá-lo de forma útil, preservando-se, assim, não só as garantias da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, mas igualmente o princípio da transparência nas relações e determinações processuais, condutor do princípio da segurança jurídica.

### 3.3. O problema da carga superveniente

A fixação do termo inicial da fase instrutória como sendo o momento adequado para a distribuição do encargo probatório entre os litigantes por força da aplicação da teoria da carga dinâmica traz a lume uma indagação relevante: o que fazer quando é fixado o ônus para uma das partes e, no entanto, fatos ou circunstâncias supervenientes ocorrem, dificultando ou impedindo o seu cumprimento?

A questão tem importância, na medida em que o principal critério utilizado para a incidência da carga dinâmica é, como visto, a grande dificuldade ou mesmo a impossibilidade prática – revelada por razões de ordem técnica, informativa, social, econômica, cultural etc. – daquele litigante a quem inicialmente tocava o ônus e, em contrapartida, a maior facilidade que o outro litigante tem na produção da prova respectiva.

Assim, uma vez que a carga probatória é fixada, grosso modo, com base na viabilidade de produção de prova e acessibilidade do litigante a ela, o problema da impossibilidade superveniente merece reflexão acurada, porque, por trás da dificuldade dos litigantes em trazer a prova aos autos, o que está em jogo, muitas vezes, é a descoberta da verdade em relação aos fatos controvertidos no processo e, por conseguinte, a efetividade e a justiça da decisão que será, ao final, prolatada.

A alteração superveniente nas circunstâncias de fato ou de direito que nortearam a distribuição inicial do ônus da prova entre os litigantes com base na teoria da carga dinâmica e que dificultem sobremaneira ou inviabilizem a produção da prova e o cumprimento do encargo não só autoriza, mas torna imperativa a revisão da repartição do ônus entre os litigantes, enquanto não encerrada a instrução.

Isso ocorre, inicialmente, porque o fim último visado pela teoria que prega a distribuição dinâmica da carga probatória é, exatamente, facilitar a obtenção da prova, aumentando a probabilidade de que ela seja efetivamente colacionada aos autos, contribuindo para o esclarecimento dos fatos envolvidos no litígio e a formação do convencimento do julgador.

Desse modo, se, por força da ocorrência de algum fato superveniente, a condição do litigante para produzir a prova que lhe foi destinada é atingida e

alterada, a distribuição do encargo deve ser revista, notadamente de modo a possibilitar a efetiva realização daquela prova para o bem do processo e da decisão do julgador.

O primeiro ponto a se ter em conta, nesse caso, é se a alteração superveniente dos fatos não acarretou, também, a mudança na condição probatória daquele litigante que, em princípio, não a tinha ou a tinha com grande dificuldade.

É que pode ocorrer que a alteração do quadro fático-probatório seja global, atingindo ambas as partes, indistintamente, e criando, por qualquer razão, um quadro propício a que aquele litigante que, inicialmente não tinha uma situação confortável em relação à prova, passe a tê-la, podendo, portanto, arcar com a sua produção.

Em outras palavras, tão logo seja informado pelo litigante que detinha o ônus de produzir a prova que, diante da ocorrência de circunstância superveniente, não poderá fazê-lo, cumpre ao magistrado investigar a situação das partes, verificar se a situação daquele litigante a quem não tocava o encargo foi alterada e impor-lhe o ônus respectivo, desde que este tenha reais condições de suportá-lo.

Outra é a situação, porém, quando o fato ou circunstância superveniente altera a situação do litigante que detém o *onus probandi* por força da aplicação da teoria da distribuição dinâmica e, no entanto, não o faz em relação ao outro litigante que, desde o início, já não tinha como cumprir o encargo, vale dizer, quando a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova torna-se recíproca.

Nessa hipótese, entendemos que deverá suportar os efeitos da eventual ausência ou insuficiência de provas a parte a que, por força de disposição expressa em lei, deveria arcar com o encargo ou, no caso do direito brasileiro, o autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e o réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

É que, mesmo falha e insuficiente em algumas situações, a distribuição legal do ônus da prova contém a presunção do legislador de que aquela parte a quem ele destinou o encargo teria, em regra, melhores condições que o outro litigante de cumpri-lo.

Não é a solução ideal – porquanto ideal era que por força da atribuição do encargo estabelecido, a prova determinada de fato chegasse aos autos –, mas é a solução que nos parece ser a mais acertada e que justifica, inclusive, que, ao lado da distribuição dinâmica, necessariamente co-exista uma disciplina de distribuição estática, prévia e abstrata, que, em casos extremos, permita a solução do litígio com base na regra de julgamento, evitando, por conseguinte, o *non liquet*.

#### 4. A adoção da teoria no processo civil brasileiro

##### 4.1. A inexistência de óbice na atual legislação: a interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos do CPC

Desde a edição do Código de Processo Civil de 1939, a disciplina encampada no direito processual civil brasileiro no tocante à distribuição do ônus da prova tem por base a posição que é ocupada pelos litigantes no processo e a natureza do fato que deverá ser objeto da prova respectiva.

Desse modo e consoante já se assentou, no sistema adotado pelo CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Em que pese tratar-se da regra, o preceito comporta a existência de exceções que o flexibilizam e procuram amenizar as suas insuficiências, exceções estas que tanto são oriundas de expressa disposição legal,<sup>42</sup> quanto são decorrentes de uma interpretação sistemática dos demais dispositivos insertos no CPC para a disciplina da atividade probatória, assim como de uma interpretação condizente com os princípios que norteiam o moderno processo civil. É o que ocorre com a teoria da carga dinâmica.

Um exame atento de todo o regramento trazido pelo legislador para o procedimento de instrução – desde a audiência preliminar, passando pelos poderes instrutórios do juiz, até o modo de produção de algumas modalidades de prova – permite constatar, de forma irrecusável, a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fundada nas particularidades de cada caso concreto e tendo como escopo precípua a efetiva produção da prova que se pretende realizá-la e o conseqüente alcance de um resultado justo.

O primeiro desses dispositivos é o art. 130 do CPC, que impõe “ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

42 Como é o caso, por exemplo, da disciplina de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, quanto ao enunciado do parágrafo único do próprio art. 333, que dispõe:

“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.”

Ao fazê-lo, o artigo estabelece não só a participação ativa do juiz na atividade instrutória, mas permite a ele, através da sua atuação na condução da instrução, alterar o encargo probatório inicialmente existente – e decorrente da regra contida no art. 333 – ao determinar que uma parte traga aos autos uma prova que, em princípio, não lhe competiria trazer, ou ainda, ordenando, de ofício, a realização de provas que deveriam ser produzidas por um ou outro litigante. Tudo isso de forma a aprimorar a instrução do processo e permitir que a sua convicção final se forme e esteja escorada em elementos sólidos.

A lei confere ao juiz, no direito brasileiro, papel fundamental na colheita da prova e o faz porque o magistrado é o seu principal destinatário. É o juiz – e só o juiz – na qualidade de presidente do feito e de quem tem a seu cargo o dever de solucionar a controvérsia posta à sua apreciação – que tem condições de determinar se o conjunto probatório colacionado é ou não suficiente à formação do seu convencimento.

Constatando a falta de elementos de prova quanto a fatos relevantes para a solução do litígio, tem o dever de determinar diligências voltadas a construir, no processo, um quadro fático-probatório tal que mais e melhor se aproxime da realidade daquilo que efetivamente ocorreu.

Só assim o magistrado cria condições para que a sua decisão seja justa e, enquanto tal, seja capaz de pacificar o conflito de interesses existente entre as partes e fazer com que a atividade jurisdicional e o próprio processo alcancem os fins a que se propõem.

Ao conferir poderes dessa ordem ao julgador, não há como negar que o dispositivo exerce influência direta na distribuição dos encargos probatórios previamente estabelecidos no art. 333, abrindo margem para a adoção da teoria da carga dinâmica, sem que isso importe, absolutamente, em violação ou ofensa da ordem legal em vigor.

O uso dos poderes instrutórios pelo juiz não compromete – ou pelo menos não deveria comprometer – a igualdade de tratamento das partes, a qual, por força do art. 125, I, do CPC, tem o magistrado o dever funcional de assegurar. A determinação para que este ou aquele litigante traga aos autos a prova quanto a um dado fato controvertido – prova esta que inicialmente não lhe tocava – não acarreta, por si só, a parcialidade do magistrado, mas denota, em princípio, um compromisso seu com a descoberta da verdade e a prolação de uma sentença justa. A preocupação do juiz deve ser, em princípio, com a obtenção da prova e não propriamente com qual foi o litigante responsável por produzi-la, como, aliás, se depreende de forma clara do enunciado do art. 131 do CPC.

Ao comando do art. 130 do Código, some-se ainda o enunciado do art. 339, segundo o qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder

Judiciário para a descoberta da verdade”, e do art. 332, que prescreve que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Embora a referência que o texto do art. 332 faz a “meio legal ou moralmente legítimo” denote o tipo de prova admitido no processo – e o ônus da prova, como outrora já se afirmou, não é um meio de prova – é certo que, desde que não importe a imposição de um ônus impossível, que implique na produção da chamada prova diabólica, o deslocamento do encargo da parte que inicialmente o tem para a outra que pode produzir a prova com maior facilidade e em melhores condições constitui sim um mecanismo de que dispõe o julgador para a descoberta da verdade e do qual deve se valer para a sua obtenção no caso concreto.

Reforça, ainda, essa concepção, o disposto no art. 331, § 2º, do CPC, por força do qual, uma vez não obtida a conciliação entre as partes na audiência preliminar, “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

É que a decisão do magistrado que determina quais as provas que, em cada caso, são aptas a comprovar os fatos objeto de controvérsia igualmente tem repercussão no ônus determinado *a priori* no art. 333 do CPC. E o tem pelo simples fato de que, ao definir que deve ser produzida esta ou aquela prova, o julgador está, de certo modo, indicando o litigante que será responsável pela prova de qual fato, responsabilidade esta que deverá incidir quando do julgamento do feito, se a prova reclamada não for verdadeiramente produzida.

Essa interferência fica clara quando se tem em conta o procedimento de exibição de documento ou coisa, que é disciplinado nos arts. 355 a 362 do Código. Ao determinar as provas que devem ser produzidas em despacho na audiência preliminar, “o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder” (art. 355) e “não admitirá recusa: I – se o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II – se o requerido aludiu ao documento ou coisa no processo, com o intuito de constituir prova; e III – se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes” (art. 358).

Ou seja, pela sistemática já inserta no CPC para o procedimento de exibição, o juiz pode fazer com que um litigante traga aos autos documentos que, à luz do art. 333 do CPC, não lhe era incumbido trazer, sob pena de admitir-se “como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar” (art. 359).

Ocorre aqui a alteração inequívoca da distribuição dos encargos prevista pela disciplina do art. 333, alteração esta que é determinada, no caso concreto, a

partir da necessidade sentida pelo magistrado quanto à apresentação de um dado documento ou coisa. E essa previsão, bem como a presunção dela decorrente para um dos litigantes, é oriunda da impossibilidade de que a parte contrária o faça. De nenhum outro fundamento mais.

Mas para além de cada um desses dispositivos já invocados – aos quais poderíamos adicionar outros, como, por exemplo, o dever de boa-fé contido no art. 14 do CPC – a adoção da teoria da carga dinâmica da prova no direito pátrio encontra razão de ser também em dois princípios fundamentais, que norteiam todo o processo civil moderno, inclusive o brasileiro, quais sejam: a efetividade e o processo justo.

São notadamente esses dois princípios, para os quais a doutrina e a jurisprudência nacional têm voltado os seus olhos e envidado esforços na sua aplicação desde a última década do século XX, que justificam a divulgação e a adoção de uma teoria de distribuição dos encargos probatórios que tem como fundamento principal a facilitação da obtenção da prova no processo, de forma a proporcionar um resultado final que seja justo e efetivo, porque condizente com a realidade dos fatos que ocorreram.

A partir do momento em que estabelece o ônus da prova das partes no processo levando em consideração as condições – sociais, econômicas, culturais, hierárquicas, técnicas, de informação, de acesso, etc. – que cada um dos litigantes tem para a produção da prova respectiva, facilita-se a sua realização e, em conseqüência, a probabilidade de que venham aos autos todos os meios necessários à demonstração dos fatos que são objeto de controvérsia e à formação do convencimento do julgador.

Essa questão reforça a possibilidade de adoção da teoria à luz do art. 333, na medida em que vai ao encontro da vedação contida no inciso II do parágrafo único do mesmo dispositivo, que, em relação a convenções que versem sobre o encargo, impede a alteração da disciplina legal do ônus da prova sempre que ela “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Se a intenção da distribuição dinâmica é exatamente a de facilitar a produção da prova, não há sentido em que, por meio dela, imponha-se ao autor ou ao réu um encargo muito difícil, quando não impossível de se cumprir, inviabilizando o próprio acesso à justiça e o alcance de todos os princípios a ele correlatos. É indispensável, para que incida a teoria da carga dinâmica, que o litigante a quem se impõe o ônus tenha condições – e condições efetivas – de assumir e de cumprir com o encargo determinado, porque, do contrário, não só não há qualquer razão de ser para a adoção da teoria, como se corre o risco de ferir o princípio da igualdade entre as partes.

Na verdade, da aplicação da teoria da distribuição dinâmica ao processo civil brasileiro como complementação à disciplina inserta no art. 333, o que se tem é o seguinte:

“Verificando que, em razão dos fatos controvertidos ou da situação específica das partes em relação a estes, a adoção da regra insculpada no *caput* do artigo 333 do Código de Processo Civil pátrio resultará na impossibilidade probatória do fato – vez que a parte a princípio incumbida do ônus não terá meios de produzir a prova necessária e que a outra tem reais e concretas possibilidades de assumir tal ônus – o juiz pronunciará a aplicação da *teoria da carga dinâmica das provas*, afastando a incidência do artigo 333 do CPC ao caso concreto e advertindo as partes da adoção da teoria e das conseqüências que resultarão de tal aplicação quanto ao resultado do processo”.<sup>43</sup>

A decisão do juiz quanto à adoção da teoria pode se dar de ofício ou a requerimento da parte interessada; deve ser necessariamente motivada – como, aliás, exige o art. 93, X, da CF/1988 para qualquer espécie de decisão – e não está atrelada a todos os fatos que são objeto da controvérsia, podendo se dar, perfeitamente, quanto a apenas um ou alguns deles, em relação ao(s) qual(is) esteja presente a dificuldade ou impossibilidade de produção de prova.

A despeito da desnecessidade de que se promova a alteração do regramento jurídico existente no CPC para que se possa adotar na sistemática jurídica brasileira a distribuição dinâmica do ônus da prova, encontra-se em curso no Congresso Federal um Projeto de Lei da lavra do Deputado Manoel Alves da Silva Júnior acerca da questão. Por meio dele, propõe-se o acréscimo de um § 2º do art. 333, com vistas a possibilitar que o juiz “diante da complexidade do caso, estabeleça a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”,<sup>44</sup> positivando, portanto, o entendimento que já vem sendo encampado pela doutrina e pela jurisprudência.

#### 4.2. A orientação da jurisprudência e da doutrina

À luz da disciplina inserta pelo Código de Processo Civil e desde que se proceda a uma interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos nele

43 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatórias cit.*, p. 95.

44 A propósito, cf.: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/544501.pdf>, acesso em 01.09.2008.

constantes, é possível a adoção e a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório entre os litigantes em todo e qualquer conflito de interesses posto à apreciação do Poder Judiciário.

Basta, para tanto, que, no caso concreto, fique constatada a dificuldade séria ou a impossibilidade prática de a parte a quem inicialmente tocara o ônus de produzir a prova respectiva efetivamente fazê-lo e, em contrapartida, a possibilidade ou a maior facilidade para que a outra parte o faça, a fim de que o encargo seja distribuído de forma diversa, pela adoção da teoria da carga dinâmica, proporcionando, assim, que a prova seja verdadeiramente produzida.

Não há qualquer óbice no tocante à natureza do procedimento, se comum ou especial, sumário ou ordinário. Tampouco quanto à modalidade de processo, se de conhecimento, execução ou cautelar. Nem mesmo o tipo de litígio<sup>45</sup> ou a qualificação das partes envolvidas.

45 Quanto a este aspecto, há autores que – como Fernanda Rochael Nasciutti – entendem que a incidência da teoria da carga dinâmica da prova estaria condicionada à ausência de disciplina legal específica para o ônus da prova. Desse modo, ações de natureza consumerista, cujo art. 6º, VIII, do CDC contém previsão expressa acerca da inversão do ônus da prova, estabelecendo, inclusive, os requisitos necessários para que ela ocorra, não estariam sujeitas à sistemática da carga dinâmica (*Cargas Probatórias cit.*, p. 108). A nosso ver, porém, os critérios norteadores da distribuição dinâmica dos encargos probatórios podem – e devem – incidir inclusive nesta modalidade de ações, de forma a fazer um contrapeso em torno da repartição do ônus, na medida em que muitas vezes eles revelam-se necessários. A inversão determinada pelo art. 6º, VIII, com base na verossimilhança das alegações ou na hipossuficiência do consumidor pode criar situações de dificuldade extrema e até mesmo de impossibilidade prática de produção da prova pelo fornecedor, dando margem à realização da chamada prova diabólica. É o que ocorreu no caso da ação de indenização por danos morais e materiais fundada no rompimento do preservativo, outrora já mencionada, e o que poderia ocorrer em várias outras espécies de ações ligadas ao direito do consumidor. Veja-se o exemplo do consumidor que alega ter encontrado um corpo estranho dentro de uma garrafa de refrigerante, ajuíza a ação de responsabilidade respectiva, requer a inversão do ônus da prova, sem sequer colacionar aos autos a nota fiscal de compra do produto ou mesmo a embalagem respectiva, deixando de fornecer sequer um norte para direcionar a sua atividade de instrução, que dirá a possibilidade de cumprimento do *munus*. Foi o que ocorreu na ação de indenização por danos morais ajuizada por um consumidor em face de uma cervejaria, com a alegação de que teria encontrado uma carteira de cigarros da marca Dallas no interior de uma garrafa de cerveja comprada para a festa de aniversário de sua esposa. Com a inicial, o consumidor apresentou fotografias demonstrando a presença do corpo estranho dentro da garrafa, bem como a inexistência de violação do lacre respectivo. Determinada a realização de prova técnica, a mesma não foi produzida em razão da impossibilidade de o autor arcar com as custas respectivas, o que foi entendido pelo MM. Juiz monocrático como desistência da perícia e acarretou o julgamento de improcedên-

Um exame da jurisprudência, ainda incipiente, acerca do tema permite constatar a aplicação da teoria nas ações de responsabilidade profissional e nas ações que versem sobre direito bancário e contratos em geral.

A adoção da teoria nas ações em que se discute a existência de erro médico<sup>46</sup> já vinha ocorrendo no direito argentino e constitui o exemplo mais comum de situação em que se justifica a distribuição dinâmica do ônus de provar.

Tal se dá porque, ao ajuizar ação de indenização decorrente de erro médico, o paciente muitas vezes começa a sua narrativa de uma circunstância de fato que não só desconhece como efetivamente ocorreu – por estar inconsciente na sala de cirurgia, quando é submetido à operação, por exemplo – como não dispõe de conhecimento técnico ou mesmo de meios adequados para comprovar a sua alegação.

O paciente sabe que sofreu um dano em razão do procedimento cirúrgico mal sucedido a que se submeteu – a existência de lesão é clara – mas, a despeito de afirmar a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia do médico, não tem condições práticas de produzir a prova respectiva.<sup>47</sup> Não só porque não

---

cia da ação, porquanto não estaria configurado o dano moral sustentado pelo consumidor. Interposto recurso de apelação, o TJRS houve por bem reformar a sentença entendendo que havia verossimilhança nas alegações do autor e que competiria à companhia o encargo de comprovar que não haveria o vício alegado no produto, ou seja, que o vasilhame de cerveja não saiu da fábrica naquelas condições, tendo havido a abertura da garrafa, o que não ocorreu, tendo a fabricante se mantido inerte durante a instrução. Reconheceu o TJRS, pois, a procedência da pretensão indenizatória e condenou a empresa ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (TJRS, Apelação cível 70020983052, Comarca de Panambi, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soarçes Delabary, j. 12.12.2007, *DJ* 18.12.2007, disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), acesso em 25.03.2008).

46 Não é apenas na responsabilidade médica que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vem sendo adotada. Há trabalhos publicados defendendo a sua publicação nas ações versando sobre culpa de outros profissionais da área da saúde (cf. Sebastião, Jurandir, A Responsabilidade Civil e Ética na Odontologia e o Ônus da Prova, *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, vol. 10, nº 12, pp. 13-45, maio 2007). E, a nosso ver, não há porque não estender a aplicação da teoria a todos os demais ramos profissionais.

47 A título de ilustração veja-se a hipótese de ação de indenização por danos morais e materiais que tenha sido ajuizada por paciente em face de médico oftalmologista ao fundamento de que as cirurgias de correção de grau da visão a laser por ele realizadas teriam lhe acarretado queimaduras nas córneas e, por conseguinte, cegueira (ou perda substancial da visão) em ambos os olhos. A lesão suportada pela paciente em razão da intervenção cirúrgica mal sucedida é evidente: ela não era e após a operação se tornou cega. No entanto, a prova da

dispõe, a princípio, dos prontuários e dos relatórios da cirurgia e não tem ciência dos medicamentos e dos procedimentos adotados pela equipe médica responsável pela intervenção, como – e principalmente – falta-lhe conhecimento técnico específico em medicina (ou nas suas variadas especialidades) que lhe permitam encontrar e produzir a prova da culpa profissional, mesmo quando esta está efetivamente presente.

Ao adotar-se a teoria da distribuição do encargo probatório fundada na natureza dos fatos alegados, insere no art. 333 do CPC, ao paciente tocaria, exclusivamente, o ônus de comprovar a ocorrência de cada um dos elementos necessários à configuração do dever de indenizar, ou seja: ato ilícito (e, portanto, culposo), dano e nexo causal, o que, nessas circunstâncias, dificultaria, quando não inviabilizaria por completo o alcance de êxito na sua pretensão.

Ao admitir-se a incidência da distribuição dinâmica, o paciente continuaria a ter a seu cargo o ônus de comprovar a efetiva realização da cirurgia por aquele médico e naquele hospital, o dano suportado e a sua extensão, bem como a observância de todas as prescrições, cautelas e cuidados, inclusive no pós-operatório.<sup>48</sup> Ao médico, por sua vez, e porque evidente a sua superioridade técnica, a sua condição de pleno acesso ao material relativo à cirurgia (prontuários, fichas, vídeos, etc.), o seu conhecimento sobre aquilo que realmente se passou quando da operação, e, por conseguinte, a sua maior facilidade na produção da prova quanto à correção do procedimento e medicamentos empregados e à ausência do erro alegado, tocaria o ônus de comprovar a inexistência do elemento subjetivo.

---

culpa do médico e, em consequência, do erro perpetrado é extremamente difícil, quando não impossível para a paciente. Nem mesmo a modalidade de erro pode ser por ela demonstrada, eis que não tem condições de dizer se a lesão decorreu de: a) imperícia durante o procedimento cirúrgico; b) imprudência do médico ao realizar a operação quando ela não deveria ter sido realizada; c) negligência com os cuidados dados ou recomendados no pós-operatório ou no seu acompanhamento; d) ambos. Donde se justificar plenamente o deslocamento do encargo probatório quanto este elemento para o oftalmologista.

48 A propósito, cf. “Ação indenizatória assente em suposto erro médico. Abscesso abdominal subsequente a operação cesariana. Ausência de prova indicativa de ter o abscesso decorrido da presença de corpo estranho que tenha ficado no organismo da autora. Ação improcedente, mesmo que aplicada a teoria da carga dinâmica da prova” (TJRS, Apelação Cível nº 597083534, Sapucaia do Sul, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa, j. 03.12.1997, *DJ* do dia, disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), acesso em 07.07.2007). No mesmo sentido, cf. tb. STJ, REsp. nº 803.995/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22.08.2006, *DJU* 18.09.2006.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão paradigmático da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 69.309/SC, assentou, sem entretanto, se aprofundar:

“O venerando acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre 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 como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica”.<sup>49</sup>

No mesmo sentido, já decidiu também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Não se ignora a dificuldade de obtenção da prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equivocado conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada *teoria da carga dinâmica da prova*, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação”.<sup>50</sup>

49 STJ, REsp. n.º 69.309/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996, DJU 26.08.1996, p. 2, do voto.

50 TJRS, Apelação Cível n.º 597083534, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 03.12.1997, DJ do dia, disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), Acesso em 07.07.2007.

É de se destacar que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não se justifica pelo simples fato de o médico ser o detentor de fichas e prontuários relativos ao paciente e que poderiam ser, por este, facilmente obtidos por meio do procedimento de exibição de documentos previstos no CPC.

O que torna necessária a dinamicização do ônus é, fundamentalmente, a melhor condição técnica na qual o médico se encontra em relação ao paciente no que pertine a existência ou não de erro na intervenção. É o médico – e talvez apenas ele – quem detém o domínio sobre a verdade dos fatos ocorridos durante a cirurgia (ou tratamento) e, por conta disso, maior facilidade de demonstrar a existência ou não de culpa sua pelos danos reclamados.

A ação de responsabilidade profissional é o caso clássico em que o ônus de apenas um dos fatos a se provar – existência ou não de culpa – é deslocado para a parte contrária, não se operando a inversão – total, plena e completa – para o réu quanto a todos os fatos discutidos no processo e como normalmente se dá com a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC.

A solução decorrente da dinamicização, inclusive, nos parece bem mais adequada para o equilíbrio das partes e para o bem do resultado do processo, do que a simples inversão do ônus da prova que, com fundamento no CDC, se vê operar.<sup>51</sup> Tal ocorre porque, no caso da distribuição dinâmica, deixa-se a carga de cada uma das partes o ônus da prova em relação aos fatos que cada qual tem efetivamente condições e interesse em provar, não eximindo qualquer delas de responsabilidade para com a instrução.

51 A propósito, cumpre-nos esclarecer, mais uma vez que distribuição dinâmica do ônus da prova e inversão do ônus da prova são modalidades absolutamente diversas na seara do direito processual, que não podem, nem devem ser confundidas (cf. item 1, parte final). Não raro, porém, ambas vêm sendo tratadas indistintamente pela jurisprudência que, em vários julgados, tem rotulado, equivocadamente, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC de “distribuição dinâmica” e, o que é mais grave, condicionado a dinamicização do ônus da prova à presença e verificação dos requisitos da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança das alegações, o que não é, absolutamente, o caso. É o que se encontra, por exemplo, nos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0145.07.403.861-6/003, Comarca de Juiz de Fora, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudia Maia, j. 25.10.2007, DJMG 09.11.2007; TJMG, Agravo de Instrumento n.º 1.0471.07.083.696-3/001, Comarca de Pará de Minas, 13ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 25.10.2007, DJMG 01.12.2007, ambos com o seguinte excerto na ementa:

“A distribuição dinâmica do ônus da prova permite a aplicação da medida, desde que preenchidos os requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, a processos ajuizados posteriormente à sua entrada em vigor, mesmo que se trate de fatos ocorridos anteriormente.”

Mas não é só na seara da responsabilidade profissional que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vem sendo encampada pela jurisprudência.

Também no direito bancário, a sua adoção é invocada em alguns julgados de forma a transferir para a instituição financeira o ônus de produzir a prova referente à relação jurídica controvertida, ao fundamento de que, em regra, é o banco quem detém o acesso de toda a documentação relativa ao negócio questionado e, nessa qualidade, maior facilidade e melhores condições para trazer aos autos o material probatório respectivo.

É como vem decidindo, de forma recorrente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Negócio jurídico bancário. Ação revisional de contrato. Inicial desacompanhada de contratos. Ônus da prova. Distribuição dinâmica da carga probatória. Deixando o autor de trazer aos autos os contratos objetos da ação revisional, pode o juiz determinar que a instituição financeira os forneça, invertendo-se o ônus da prova, sem que tenha que extinguir o feito por ausência de pressupostos de constituição. Aplicabilidade, *in casu*, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la, ao destinatário da prova. Agravo de instrumento desprovido”.<sup>52</sup>

52 TJRS, Agravo de Instrumento nº 70000004028/Canoas, 2ª Câmara de Férias Cível, Rel. Des. Jorge Luis Dall’Agnol, j. 13.10.1999, *DJ* do dia. No mesmo sentido, cf. tb.: TARS, Agravo de Instrumento nº 192219190, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, j. 13.10.1999, *DJ* do dia:

“É razoável, em sede da *teoria dinâmica da prova*, decisão que determina à entidade bancária juntada de demonstrativos correspondentes ao prazo de vigência do contrato de abertura de crédito em conta, pois os anteriores negócios já se acham cobertos pelo pagamento, transação ou novação.”

E, ainda: TARS, Agravo de Instrumento nº 196253504, Arroio do Meio, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Bertran Roque Ledur, j. 27.03.1997, *DJ* do dia:

“Negócios bancários de adesão. Ônus da instituição bancária na produção da respectiva prova documental. Aplicação do *princípio da carga dinâmica da prova*, em vista da efetividade da jurisdição, ante a prevalência da parte no negócio de adesão, com a habitualidade da sonegação de cópias dos instrumentos e execução extraprocessual unilateral. Aplicação do art. 130 do CPC” ambos disponíveis em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br), acesso em 07.07.2007.

E, igualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Ação de revisão contratual. Contrato bancário. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência da parte. Facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Princípio da carga dinâmica da prova.

A inversão do ônus da prova tem o objetivo de restabelecer a isonomia entre as partes, mediante a facilitação, na medida certa, da defesa dos direitos do consumidor.

O princípio da carga dinâmica consiste na possibilidade de a prova, em processos com características especiais, receber tratamento diferenciado, devendo o magistrado distribuir o ônus probatório à parte que se encontra em melhores condições de realizar a prova, e não à parte que a requereu.

Nas ações de revisão contratual é presumível a facilidade de exibição de documentos pelos bancos, que certamente mantêm arquivados os contratos celebrados com seus clientes, bem como os extratos de movimentação de conta corrente”.<sup>53</sup>

E, ainda, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Ação de rito ordinário. Caderneta de poupança. Expurgos decorrentes dos Planos Bresser, Verão e Collor. Sentença que indefere os pedidos autorais fundando-se na ausência de comprovação de existência de caderneta de poupança à época dos aludidos planos econômicos. Documentos juntados na inicial que contrariam a conclusão da sentença. Distribuição dinâmica da prova. Mitigação da repartição do ônus probatórios em termos rígidos e abstratos, prevista no art. 333 do CPC. Parte ré que dispõe de maiores recursos técnicos. Provimento do recurso.

Documento adunado aos autos com a inicial que comprova a existência da conta-poupança em nome da autora, contrariando a conclusão da sentença da sentença.

Conquanto este magistrado entenda inaplicável a Lei nº 8.078/90 aos contratos celebrados com instituições bancárias antes de sua en-

53 TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0702.06.289.424-2/002, Comarca de Uberlândia, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Maia Viani, j. 03.07.2007, *DJMG* 20.07.2007.

trada em vigor, na presente hipótese, é indubitoso que o apelado dispõe de melhores condições do que o apelante para a apresentação dos documentos imprescindíveis ao julgamento da pretensão autoral em razão de seu maior aparato tecnológico. Trata-se de extrato bancário relativo a período de quase 20 anos atrás, cuja prova é praticamente impossível de ser realizada pela parte autora e plenamente possível de ser produzida pela instituição financeira ré.

No intuito de superar os inconvenientes decorrentes da aplicação inflexível da teoria estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição casuística do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, pouco importando a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando. Cabível a sua aplicação no presente caso, considerando que a parte ré dispõe de maior conhecimento técnico tendo condições de localizar os extratos da época com os dados fornecidos junto à inicial.

Provimento do apelo para o fim de anular a sentença guerreada e determinar o prosseguimento do feito, devendo a parte ré apresentar os extratos bancários referentes ao período dos planos econômicos.”<sup>54</sup>

A facilidade de acesso ao material relativo à relação jurídica discutida em juízo tem justificado a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no bojo das ações que versem sobre contratos – sua existência, condições e execução – sob um fundamento simples: “quem tem maior facilidade de acesso aos elementos de prova terá sem dúvidas maior facilidade de trazê-los ao processo, justificando a aplicação da teoria, desde que presentes os demais requisitos que legitimam a sua adoção”.<sup>55</sup>

Foi o que assentou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao julgar, em razão de remessa oficial, controvérsia versando sobre a existência de um contrato de locação simples ou com opção de compra de imóvel, que teria sido supostamente perdido em razão de incêndio que atingiu o prédio do INSS, a quem, como único detentor do documento, entendeu-se competir o ônus de colacioná-lo aos autos:

54 TJRJ, Apelação Cível nº 2008.001.08926, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 07.03.2008.

55 Nasciutti, Fernanda Rochael, *Cargas Probatórias cit.*, p. 110.

“Direito processual civil. Distribuição do ônus da prova. Teoria do ônus probatório dinâmico.

I. Consoante a *teoria do ônus probatório dinâmico*, que atribui o ônus da prova àquele que tem o poder de produzi-la, incumbe ao réu, por ser o seu único guardião, trazer aos autos os documentos referentes à relação jurídica controvertida, a fim de afastar eventual direito alegado na inicial.

II. Remessa necessária a que se dá parcial provimento, tão-somente para reduzir os honorários advocatícios a 5% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil”.<sup>56</sup>

A determinação de que a instituição financeira ou o contratante que supostamente tem em seu poder algum tipo de documento essencial para o desate da lide se responsabilize por apresentá-lo aos autos, na verdade, pode ser reforçada pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mas não é algo que propriamente depende da sua incidência para ocorrer. Isso porque tal determinação já encontra amparo na legislação processual no procedimento de exibição de documentos, que contempla expressamente tal previsão nos arts. 355 e 356 do Código.

Assim como nas ações de responsabilidade profissional, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica, nesses casos, pode contribuir para a manutenção do equilíbrio da atividade das partes na instrução, na medida em que o encargo probatório será repartido entre os litigantes, não havendo a pura e simples inversão do ônus de todos os fatos para apenas uma das partes, eximindo, por completo, o outro litigante de responsabilidade ou compromisso para com a atividade probatória e, o que é mais grave, criando situações de impossibilidade ou extrema dificuldade no cumprimento do ônus às avessas.

No caso do direito bancário, a despeito do entendimento já assentado na Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, pela incidência da teoria da distribuição dinâmica o correntista teria a seu cargo o ônus de comprovar não só a existência da relação jurídica (com cartões, extratos, talões de cheques, contratos, etc.) como todos os outros fatos que estejam a seu alcance comprovar. Apenas em relação àquele fato em que a produção da prova restar extremamente difícil ou impossível para o cliente (como quanto a movimentações e extratos

56 TRF, 2ª Região, REO nº 326858, Processo nº 1997.51.01.000967-7/RJ, 6ª Turma, Rel. Juiz André Fontes, j. 20.08.2003, DJU 16.04.2004.

muito antigos ou inexistência de práticas abusivas ao longo da relação contratual, por exemplo) é que o ônus deverá ser deslocado para a instituição financeira.

Outra não é a situação também em relação ao direito contratual, em que o contratante que pretende obter a dinamicização do ônus deve demonstrar nos autos, necessariamente, a ocorrência do binômio impossibilidade/extrema dificuldade sua na produção da prova-possibilidade/maior facilidade na produção para o outro.<sup>57</sup> A impossibilidade de um litigante cumulada com a impossibilidade do outro afasta, como oportunamente já se afirmou, a incidência da teoria da carga dinâmica, dando azo à aplicação da regra legal de distribuição dos encargos.

Um giro na doutrina, por sua vez, permite encontrar posições que sustentam a incidência da teoria da distribuição dinâmica,<sup>58</sup> além das hipóteses já

57 Quanto a esse aspecto, merece cautela a interpretação da posição adotada pelo TRF da 2ª Região no julgamento da ação contra o INSS, em que este alegou a perda do documento em um incêndio. Trata-se de típica hipótese de caso fortuito, em que a perda da prova não se dá por responsabilidade daquele que a detém e que, enquanto tal, não deveria ser passível de imputar-lhe qualquer consequência, porquanto o caso fortuito, desde que devidamente demonstrado/comprovado nos autos, é motivo mais do que legítimo para o descumprimento do encargo.

58 Embora a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova seja bastante recente no direito brasileiro, seguindo uma postura recorrente nos doutrinadores pátrios tanto no que concerne à Teoria do Direito, quanto à Teoria do Processo, não faltaram doutrinadores hábeis a criticar, *ab initio*, a teoria da carga dinâmica, taxando-a, *a priori*, de *perigosíssima*, ao fundamento maior de que sua adoção acarretaria uma afronta à garantia da não produção de prova contra si mesmo e deixaria a distribuição dos encargos probatórios nas mãos e ao arbítrio do julgador (a propósito, cf. Knijnik, Danilo, *As (Perigosíssimas) Doutrinas do "Ônus Dinâmico da Prova" e da "Situação de Senso Comum" como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a Probatio Diabólica*, in Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Celina Arruda Alvim (coordenadores), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006). Antes de mais nada, porém, cumpre-nos assentar que, na história do Direito e do Processo, nunca existiu um único momento sequer em que se pretendeu quebrar paradigmas, inovar e evoluir, sem que tal postura tenha sido prontamente rotulada de *perigosíssima*. Para ficar apenas nos exemplos mais recentes, está sendo assim com a sentença/súmula vinculante, com o cumprimento de sentença, com a coisa julgada inconstitucional e com a tutela antecipada. O medo do novo e do desconhecido é algo inerente à natureza humana. Uma das mais valiosas lições que recebi do professor Humberto Theodoro Jr., porém, é que os operadores do direito não devem ter medo do novo, mas devem trabalhar para conhecê-lo, dominá-lo, aprimorá-lo, estabelecer seus limites e seus parâmetros, tendo a razoabilidade, o bom senso e a prudência como principais nortes. Em primeiro lugar e como já se assentou, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não subverte a sistemática de distribuição clássica, mas atua como um mecanismo complementar seu. Para incidir no caso concreto, deverá ser

contempladas pela jurisprudência,<sup>59</sup> também no direito de família e no direito securitário.

No direito de família, a adoção da carga dinâmica da prova é defendida por José Carlos Teixeira Giorgis, tanto para as ações de investigação de paternidade, nas quais o autor entende que a prova da filiação ou sua exclusão – notadamente o exame de DNA – toca ao genitor, a quem cumpre zelar pela sua produção, bem como nas ações de alimentos, em que o filho menor encontra dificuldades para demonstrar as reais condições econômicas do pai.<sup>60</sup>

No direito securitário, Alexandre Freitas Câmara sustenta a adoção da teoria da carga dinâmica, com vistas a impor ao segurado, nas ações movidas contra a seguradora, o ônus da prova do momento em relação ao qual tomou ciência da existência da doença pela qual acionou o seguro.<sup>61</sup>

É que, pela orientação atual, nas ações que têm como pano de fundo da defesa da seguradora a alegação de doença preexistente do segurado, cumpre

devidamente fundamentada e justificada pelo magistrado de acordo com os critérios para a sua adoção, em decisão passível de recurso (revisão pela instância superior), o que põe por terra o questionamento do abuso e do arbítrio. Em segundo lugar, a distribuição dinâmica do ônus da prova não necessariamente levará a que a parte produza a prova contra ela mesma. Pode ser que sim, como pode ser que não. Em caso afirmativo, está-se aqui diante de um conflito de interesses: o interesse individual do litigante em não produzir uma prova contra ele mesmo (e a ele é dado não fazê-lo, pois o deslocamento do ônus não impõe, *de per se*, que a prova seja efetivamente realizada), o interesse individual do outro litigante que veio a juízo reclamar uma dada pretensão e que deseja efetivamente obtê-la e, ainda, o interesse da coletividade de que o resultado das decisões emanadas pelo Poder Judiciário sejam condizentes com a verdade dos fatos e capazes de atuar no mundo concreto e produzir todos os resultados a ela inerentes. Nesse conflito e diante da mudança de paradigma experimentada pelo Direito e pelo Processo nos dias atuais, é, a meu ver, o interesse da coletividade que deve prevalecer sobre o interesse individual, a fim de que se preserve a confiabilidade e a respeitabilidade dos jurisdicionados no Judiciário e, ainda, a sua própria continuidade como poder independente e autônomo do Estado. E, salvo melhor juízo, desde que respaldado na razoabilidade, isso nada tem de *perigosíssimo*.

59 A propósito, cf. Dall'Agnol Jr., Antônio Janyr, *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 788, jun. 2001, pp. 92-107.

60 A propósito, cf. Giorgis, José Carlos Teixeira, *A Distribuição Dinâmica da Prova e o Direito de Família*, *Revista COAD – Advocacia Dinâmica*, Informativo Semanal nº 3/2005, p. 55.

61 Câmara, Alexandre Freitas, *Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução*, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 31, out. 2005, pp. 9-18.

à empresa não só arcar com o ônus da prova de que o segurado tinha conhecimento da existência do mal antes de firmar o contrato questionado, omitindo-se propositalmente a esse respeito, mas também de que submeteu o contratado aos exames respectivos antes de concluir a contratação, usando, portanto, de todos os meios que tinha a seu alcance para investigar a existência de doença prévia.

Tal orientação, porém, não se mostra correta no entender do autor, fundamentalmente, por duas razões: *a)* por inexistir um único exame capaz de detectar, de antemão, toda e qualquer doença preexistente às contratações diuturnamente firmadas; e *b)* pelos custos altíssimos inerentes à exigência dos exames prévios que, ante aos impactos evidentes no preço final do negócio, deixariam de ser atrativos para o segurado e para a empresa, inviabilizando o próprio exercício da atividade econômica.

Daí propor a distribuição dos encargos entre as partes, impondo ao segurado a prova do momento em que tomou conhecimento da doença e à seguradora o ônus de apontar qual o exame apto a diagnosticar o mal alegado.

Embora, em princípio, não haja restrições para a adoção da teoria da carga dinâmica em razão da natureza do litígio envolvido, é preciso cautela na distribuição do encargo, de modo a não criar situações em que a produção da prova por quem foi determinada se torne verdadeiramente impossível, ou ainda, que se comece a aplicar aleatoriamente a flexibilização, sem que exista qualquer razão que a justifique.

É o que ocorre, respectivamente, na hipótese proposta pelo professor Freitas Câmara para o direito securitário, bem como na hipótese de ação de investigação de paternidade suscitada pelo Des. José Carlos Teixeira Giorgis.

Determinar o momento exato em que o segurado ficou sabendo da existência da doença é um dado altamente subjetivo, de difícil precisão, porquanto envolve variáveis as mais diversas.

Assim é que, no caso das ações de seguro, o indivíduo pode simplesmente não ter nenhuma doença preexistente. Ou pode ter um mal prévio diferente daquele em razão do qual acionou a apólice. Pode, ainda, ter previamente a doença por força da qual procurou a seguradora e realmente não saber que a tinha e agir de boa-fé. Ou pode, por fim, desconfiar há muito que tem algum problema e, no entanto e por qualquer razão, preferir aguardar algum tempo para ver se e como o mal evolui.

Nessa hipótese, por exemplo, como admitir pela tão-só apresentação de exame médico com data posterior a assinatura do contrato, que o segurado desconhecia ter alguma coisa? E, em contrapartida, como comprovar – do ponto de vista estritamente jurídico – que antes mesmo de realizar o exame, o segurado sabia, com toda certeza, ser portador de algum mal? Por testemunhas que afirmem

tê-lo visto se queixando de algo? Por perícia que comprove o estágio da doença e a impossibilidade do seu desconhecimento? Não se sabe.

Por outro lado, não há como não reconhecer que o custo da seguradora para a investigação em torno da existência ou não de doença prévia em seus possíveis segurados é algo que lhe interessa única e exclusivamente e que integra o risco da atividade econômica por ela praticada. Como, então, justificar, de forma genérica e como regra geral, a aplicação da inversão do ônus da prova ou mesmo da distribuição dinâmica do encargo? Não há como.

No que pertine à ação de investigação de paternidade, a responsabilidade pela realização do exame de DNA é de ambas as partes e o CC/2002, consagrando orientação há muito preconizada na doutrina e na jurisprudência, contém previsão expressa no art. 322, segundo a qual “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretenda obter com o exame”.

Enquanto tal, é desnecessário, quando não contraproducente deslocar o ônus da prova respectivo exclusivamente para o genitor, tal como se assentou, deixando a realização do exame apenas a seu cargo e eximindo, por completo, o autor. O interesse e a importância na realização da prova são recíprocos e não há qualquer razão para, em princípio, se estabelecer um regime diverso daquele previsto na legislação civil.

#### 4.3. A consagração da teoria no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos

A preocupação com a criação e o aperfeiçoamento de mecanismos aptos à tutela adequada e efetiva dos direitos transindividuais – coletivos, difusos e individuais homogêneos – é sentida de forma crescente na teoria do processo, pelo menos desde meados do século XX.

Foi a partir desse momento – que coincidiu com a passagem do modelo de Estado liberal para o modelo de Estado de bem estar social – que o direito e, por conseguinte, o processo – enquanto produtos da sociedade na qual se inserem – começaram a dar os primeiros passos no sentido de reconhecer a existência de direitos de natureza transindividual – ou coletiva *lato sensu* – bem como a necessidade de assegurar-lhes proteção.

De início, reputados como criadores de uma nova geração de direitos fundamentais – na clássica lição de Norberto Bobbio<sup>62</sup> – os direitos transindividuais,

62 “O reconhecimento e a necessidade de tutela desses direitos (*transindividuais*) puseram em relevo sua configuração política. Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova ‘geração’ de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração,

pouco a pouco, ganharam espaço na legislação, doutrina e jurisprudência, inicialmente nos países de *common law* – as *class actions* do direito norte-americano são o maior exemplo<sup>63</sup> – e, posteriormente, nos países de *civil law*, como o Brasil, cuja disciplina nessa seara ocupou e ainda ocupa posição de vanguarda em relação ao ordenamento de outros Estados.

Já na reforma da Lei nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular –, em 1977, o direito brasileiro inseriu a tutela dos direitos coletivos de natureza indivisível quando alterou a redação do § 1º do art. 1º para ampliar a noção de patrimônio público, de forma a compreender, com vistas ao ajuizamento de ação popular, “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, cuja natureza é, inequivocamente, transindividual.

Em 1985, editou-se a Lei nº 7.345 – que disciplina a ação civil pública –, com o intuito de regular a ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, todos eles, igualmente, de cunho transindividual (art. 1º, *caput*).

---

representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um *dare, facere ou praestare*, a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais, representados pelos *direitos de solidariedade*, decorrentes dos referidos interesses sociais. E, na medida em que o direito constitucional dá a esses interesses a natureza jurídica de *direitos*, não há mais razão de ser para a clássica discussão em torno dessas situações de vantagem configurarem interesses ou direitos” (*Código-Modelo de Processos Coletivos* cit., p. 133-134). Sobre as diversas gerações de direito, cf.: Bobbio, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

63 “Nos sistemas do *common law* a tutela dos interesses ou direitos transindividuais é tradicional: o instituto das *class actions* do sistema norte-americano, baseado na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central no ordenamento. As *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fixaram, na regra 23, as normas fundamentais retoras das *class actions*. As dificuldades práticas, quanto a configuração e requisitos de uma ou outra de suas categorias, com tratamento processual próprio, levaram o *Advisory Committee on Civil Rules* a modificar a disciplina da matéria na revisão feita pelas *Federal Rules* de 1966, as quais estão sendo novamente trabalhadas para eventuais modificações” (*idem*, p. 134). Sobre a *class action* cf. Gidi, Antônio, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*, São Paulo, RT, 2007.

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, a tutela dos direitos e interesses transindividuais, bem como dos mecanismos de proteção a eles inerentes ganhou foro constitucional ao vir encampada – ainda que em dispositivos esparsos<sup>64</sup> – entre os direitos e garantias fundamentais assegurados aos jurisdicionados.

Em 1990, com a entrada em vigor da Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, o legislador procurou definir os contornos das três modalidades de direitos transindividuais – coletivos *stricto sensu*, difusos e individuais homogêneos – traçando uma disciplina ainda mais contundente, arrojada e aperfeiçoada – mas não inteiramente livre de falhas e insuficiências – que aquela prevista na Lei de Ação Civil Pública.

A cada novo diploma editado – porque fruto do aprofundamento e do amadurecimento em torno da essência dos direitos transindividuais – maior era a constatação quanto às peculiaridades e diferenças existentes entre eles e os direitos de natureza individual. E maior também era a sensação da comunidade jurídica em relação à necessidade de criação de uma sistemática processual própria para os direitos transindividuais, o que importaria na revisão e redefinição de alguns institutos clássicos do processo civil, como, por exemplo, litispendência e coisa julgada.

Nesse ambiente propício à (re)construção de conceitos, permeado por inúmeras descobertas e debates, foi lançada na cidade de Roma, em maio de 2002, a proposta do professor Antônio Gidi para a criação de um *Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. “Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum”.<sup>65</sup>

A proposta foi aceita com entusiasmo pelos membros do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, que deixaram a cargo de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a coordenação dos trabalhos de elaboração do Código que, no seu desenvolvimento, contou ainda com a participação de inúmeros colaboradores.<sup>66</sup>

64 A propósito cf., por exemplo, o art. 5º, incisos XXXII, XXXIII e LXXIII da CF/1988.

65 *Código-Modelo de Processos Coletivos* cit., p. 136.

66 Entre os quais, podemos citar: Eduardo Ferrer MacGregor, Aluisio Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce, Sergio Artavia Angel Landoni Sosa, entre outros.

O texto final do Código foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante a XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, na Venezuela.

O Código-Modelo consagrou, de forma expressa e sem restrições, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao prever, no art. 12, que:

“Art. 12. *Provas*. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística e por amostragem.

§ 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

§ 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

Seguindo a orientação trazida pelo Código-Modelo, a Professora Ada Pellegrini Grinover coordenou projeto no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, junto aos alunos e professores da disciplina *Processos Coletivos*, voltado para a verificação de como e onde as normas do Código-Modelo “poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira”.<sup>67</sup>

67 Exposição de Motivos da versão final do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, entregue ao Ministério da Justiça em 31.01.2007, p. 4. Disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito Processual, [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br), acesso em 30.06.2007.

Surgiu, assim, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que, após dois anos de discussões e reformulações no seio da comunidade acadêmica e de alguns setores da sociedade, foi encaminhado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça em 31 de janeiro de 2007, onde ainda se encontra pendente de tramitação.

Em relação à disciplina do ônus da prova, o Anteprojeto mantém a sistemática adotada pelo Código-Modelo. Consolidando “uma *visão amplamente solidarista do onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos”.<sup>68</sup> Para tanto, revisita o instituto do ônus da prova e encampa expressamente a teoria da carga dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes termos:

“Art. 11. *Provas*. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística e por amostragem.

§ 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, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias da experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, § 5º, inciso IV).”

Além do enunciado do art. 11, tratou da questão ainda no art. 25, cujos incisos IV e V do § 5º dispõem:

“Art. 25. *Audiência preliminar*. Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir (...).

68 Cambi, Eduardo, *A Prova cit.*, pp. 343-344.

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente (...):

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do § 2º do mesmo artigo.”

Como se vê, em relação à distribuição dos encargos probatórios, a disciplina trazida no Anteprojeto é exaustiva.

Assim é que:

A) Ao fazer referência ao art. 333 do CPC, deixa claro que, em princípio, a regra no processo coletivo é que o ônus da prova compete ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

B) Sem prejuízo disso, estabelece que o ônus da prova tocará à parte que tiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração. Desse modo, se a parte que pode produzir a prova não é aquela a quem, em princípio, tocaria produzi-la, a distribuição pode ser alterada pelo juiz. Ele deverá fazê-lo no saneador, oportunidade em que deverá alertar os litigantes, também, sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova na sentença, evitando-se, assim, a surpresa das partes, quando não o cerceamento da sua defesa, como sistematicamente ocorre na disciplina da inversão do ônus da prova prevista no CDC. No texto do Anteprojeto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova funciona, portanto, como um mecanismo complementar à distribuição clássica, incidindo sempre que houver o risco de que, pela adoção da repartição prévia e abstrata, a produção da prova reste inviabilizada.

C) Prevê, ainda, a possibilidade de inversão do ônus da prova inicialmente determinado – inversão esta que não se confunde com distribuição dinâmica, como oportunamente demonstrou – condicionando-a, porém, aos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência das partes. A previsão, da forma como feita, parece querer pôr fim à controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência em relação à cumulatividade ou não dos requisitos necessários a inversão – o Anteprojeto vale-se, tal qual o CDC, da partícula alternativa “ou” – bem como a necessidade de prova ou indício de prova que dê respaldo à verossimilhança da alegação – sendo que o Anteprojeto afasta essa hipótese ao

afirmar que a verossimilhança será determinada “segundo as regras ordinárias de experiência”. A inversão aqui prevista parece destoar um pouco da sistemática da distribuição dinâmica encampada no dispositivo. A partir do momento em que a regra para a distribuição é a maior facilidade de produção da prova, de forma a trazer aos autos os elementos de convicção que melhor aproximem o julgador da verdade, não faz sentido prever a possibilidade de inversão desse ônus no caso de verossimilhança das alegações ou de hipossuficiência, pelo simples fato de que esses critérios não excluem, *per se*, a possibilidade de produzir a prova respectiva. E mais ainda, se puderem excluir, no caso concreto, o ônus já será fixado previamente, em razão da possibilidade e da facilidade ou não de produção da prova. Mesmo em se tratando de alteração das circunstâncias de fato, com impactos na repartição do *munus*, o próprio dispositivo soluciona a questão com o enunciado do § 3º.

D) Disciplina, ainda, a questão da carga dinâmica superveniente, ao estabelecer que a decisão que fixar os ônus respectivos poderá ser revista, se surgir modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da lide. Também nesse ponto há preocupação dos autores com a observância da ampla defesa e do contraditório ao exigir, que, no caso de alteração da distribuição dos encargos, a parte a quem ele seja atribuído tenha oportunidade de fazê-lo em tempo razoável, assim como à parte contrária, o direito de se manifestar sobre a prova produzida.

E) Encampa os poderes instrutórios do juiz ao prever a possibilidade – que, a nosso ver, deve ser entendida como dever – de o magistrado determinar a produção de provas *ex officio* sempre que faltarem nos autos elementos de prova suficientes à formação da sua convicção, respeitado, também aqui, o princípio do contraditório.

Embora insira a possibilidade de tutela coletiva de direitos do consumidor e revogue expressamente os arts. 81 a 104 do CDC,<sup>69</sup> não o faz em relação ao texto do art. 6º, VIII, na medida em que a legislação consumerista é aplicável também a ações de cunho individual que não poderiam, de modo algum, ficar desguarnecidas com eventual revogação.

Mesmo carente, ainda, de aprimoramento e amadurecimento – sobretudo com vistas a esclarecer ou quiçá extirpar a inversão prevista no § 2º – a disciplina do Anteprojeto merece aplauso porque rompe, de forma clara e corajosa, com a sistemática clássica e octogenária da distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, que tem em conta a tão-só natureza do fato a provar, em cotejo com a posição ocupada pela parte no processo.

69 A propósito, cf. art. 51 do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

#### IV. CONCLUSÃO

O direito processual moderno tem na busca pela efetividade e pela obtenção do resultado justo os seus pilares fundamentais. Destarte, o processo deixou de ser um mero mecanismo de composição de litígios e passou a ser um instrumento de realização da justiça, no qual é crescente a preocupação em dar àquele que tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito de obter.

Nesse contexto, a prova dos fatos controvertidos, ou seja, daqueles fatos insertos por autor e réu nas suas alegações adquire grande importância, na medida em que é por meio dela que se permite ao julgador colocar o quadro fático descrito nos autos o mais próximo possível da realidade, formar o seu convencimento e aplicar o direito ao caso concreto, proferindo uma decisão que seja não só justa, mas também efetiva, isto é, capaz de provocar alterações reais no mundo dos fatos.

E igual importância adquire também os institutos a ela afins, como é o caso do ônus da prova e dos princípios e regras a ele aplicáveis, notadamente quanto à sua distribuição.

A distribuição do ônus da prova foi criada no direito romano a partir da necessidade sentida pelos operadores do direito de atribuir a responsabilidade pela produção da prova dos fatos controvertidos aos litigantes, valendo-se, para tanto, de determinados critérios. Ela tinha por escopo possibilitar a vinda do elemento probatório aos autos e, outrossim, de determinar, *a priori*, quem suportaria a consequência decorrente da ausência da prova respectiva, qual seja, a improcedência da pretensão.

Desde os primórdios, portanto, o ônus da prova sempre exerceu duas funções essenciais no processo: de um lado, é regra de conduta que orienta e estimula a atividade probatória das partes durante a instrução; e, de outro lado, é regra de julgamento que auxilia o julgador na sua decisão, sempre que ele se vê diante da ausência de prova do fato controvertido e, por expressa disposição legal, não pode proferir o *non liquet*.

Várias foram as teorias criadas para determinar a distribuição do ônus da prova entre os litigantes ao longo da história, com base nos mais diversos cri-

térios. Todas elas tinham como traço comum, porém, o fato de estabelecerem a repartição do encargo probatório a partir de uma visão estática do processo, que sempre determinou de antemão a quem tocava o encargo de provar cada um dos fatos declinados nos autos.

Não obstante, as teorias criadas com fundamento na perspectiva estática, fixa e imutável do ônus probatório revelaram-se, em muitos casos, insuficientes e inadequadas para proporcionar a vinda aos autos da prova do fato controvertido, prova esta indispensável à formação do convencimento do julgador. Não era raro que aquele a quem tocava o encargo probatório deixasse de trazer aos autos a prova respectiva, por absoluta impossibilidade de fazê-lo. E, sem apresentar a prova no processo, culminava por suportar a improcedência de sua pretensão, mesmo tendo razão no conflito de interesses posto à apreciação do Poder Judiciário.

No final do século XX, juristas argentinos se propuseram a sistematizar uma nova teoria por meio da qual a distribuição do ônus da prova entre os litigantes não se dava de forma prévia e abstrata, mas a partir do exame das particularidades e especificidades de cada caso concreto pelo julgador. O ônus da prova deveria ser atribuído àquele litigante que detém melhores condições para produzir a prova respectiva, facilitando a vinda da prova aos autos, melhorando a qualidade da instrução e, por conseguinte, também do provimento jurisdicional exarado.

Tendo seu fundamento na efetividade do processo, na obtenção da verdade, no alcance de um resultado justo, bem como nos poderes instrutórios do juiz e no princípio da cooperação entre as partes e o magistrado, todos esses corolários do direito processual moderno, a teoria da carga probatória dinâmica não exclui nem subverte o sistema clássico/estático de distribuição, mas atua como mecanismo complementar, um verdadeiro *plus* na atividade de instrução. Ela pode e deve ser adotada sempre que os critérios clássicos de repartição do ônus da prova comprometerem ou inviabilizarem a vinda da prova aos autos, e o litigante a quem inicialmente não couber o encargo, tiver, contudo, condições de cumpri-lo.

Dois são, assim, os critérios que limitam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e que devem estar necessária e simultaneamente presentes para que ela incida: *a)* a impossibilidade ou extrema dificuldade que o litigante a quem inicialmente toca o ônus traga a prova do fato aos autos – que é o que denota a insuficiência ou a inadequação do critério de distribuição estático (*prévio*); e *b)* a possibilidade de que o outro litigante o faça, sem maiores percalços.

A incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deverá, necessariamente, ser previamente comunicada pelo magistrado às partes, evitando-se, assim, que elas sejam surpreendidas na sentença e, mais do que isso, possibilitando que o litigante a quem for atribuído o ônus possa realmente satisfazê-lo, na medida em que o seu fim primeiro – e maior – é possibilitar a vinda efetiva da prova aos autos.

A fixação do ônus com base na teoria da carga dinâmica não está imune à ocorrência de fato superveniente que, eventualmente, inviabilize a produção da prova por aquela parte a quem o ônus foi entregue. Sempre que a ocorrência de fatos futuros causar impactos no cumprimento do ônus, o mesmo deverá ser revisto e atribuído ao litigante que tiver reais condições de cumpri-lo ou, se nenhum deles o tiver, àquele a quem as regras de repartição prévia e abstrata o impõem.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra total amparo no direito brasileiro – que, pelas regras de repartição clássica, impõe o ônus da prova ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Basta que se proceda a uma interpretação sistemática e principiológica, condizente com os ditames do processo moderno, dos dispositivos legais do Código de Processo Civil que está em vigor. De fato, através de uma interpretação da disciplina nacional nesses moldes é possível constatar que não há qualquer vedação ou impedimento legal à utilização da carga dinâmica como critério de distribuição complementar, eis que se harmoniza perfeitamente com a disciplina vigente.

Talvez por isso, a nova teoria venha ganhando espaço, ainda que de forma tímida e não raras vezes um tanto quanto imperfeita e distorcida, na doutrina e na jurisprudência, que sustentam a sua aplicação em causas relativas à responsabilidade profissional e que envolvam direito bancário, securitário e contratos de forma geral, sempre com vistas a facilitar a produção da prova e o acesso do julgador a ela, proporcionando, assim, o alcance de um resultado justo e efetivo.

Mais recentemente, a teoria da carga dinâmica ganhou também o plano legislativo ao ser adotada, de forma expressa, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que contém disciplina detalhada e até exaustiva sobre a questão, embora carente, ainda, de aprimoramento e amadurecimento quanto a alguns aspectos.

Do estudo realizado e para além de todas essas conclusões aqui já enunciadas, a constatação que fica é que a distribuição dinâmica do ônus da prova é um mecanismo complementar valiosíssimo de que dispõem os operadores do direito para auxiliar no alcance dos escopos do processo moderno. De fato, se usada de forma adequada e consciente, dentro dos limites em torno do qual foi pensada e sistematizada, tem sim muito a contribuir.

E se é certo que, para a sua ampliação e difusão na comunidade jurídica, o caminho a ser percorrido é longo – e talvez encontre na necessária mudança de mentalidade e paradigma dos operadores sua maior dificuldade – é igualmente certo também que o primeiro – e porque não dizer – mais importante passo certamente já está dado.

## V. BIBLIOGRAFIA

- AIRASCA, Ivana María, Reflexiones sobre la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 125-152.
- ALMEIDA, Flávio Renato de Almeida, Do Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 71, jul.-set. 1993, pp. 46-63.
- ALVES, Maristela da Silva, O Ônus da Prova como Regra de Julgamento, in OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de [org.], *Prova Cível*, 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 85-101.
- AMARAL SANTOS, Moacyr, *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, 4ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Max Limonad, 1970, vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., atual., Rio de Janeiro, Forense, 1989, vol. IV.
- ANDRADE, André Gustavo C. de, A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor – O Momento em que se Opera a Inversão e Outras Questões, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 48, out.-dez. 2003, pp. 89-114.
- ARAZI, Roland, Deberes del Juez y Carga de las Partes en la Etapa Probatoria, in *La Prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 452-462.
- ARENHART, Sérgio Cruz, A Verdade Substancial, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 3, set.-dez. 1996, pp. 685-695.
- \_\_\_\_\_. Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 343, maio 2006, pp. 25-60.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1996, vol. 2, p. 429.
- \_\_\_\_\_. ALVIM, Tereza, *Código do Consumidor Comentado*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995.
- ARRUDA ALVIM, Teresa, Reflexões sobre o Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 76, out.-dez. 1994, pp. 141-145.
- AZÁRIO, Márcia Pereira, *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*, Dissertação de Mestrado desenvolvida e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2006.

- BARACAT, Edgar J., Estado Actual de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba con Especial Referencia a Antecedentes Jurisprudenciales y a la Materia Juzgada, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 267-319.
- BARBERIO, Sérgio José, Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Qué Debe Probar el que no Puede Probar?, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas probatorias dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 99-107.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto, O Processo Civil no Código do Consumidor, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 63, jul.-set. 1991, pp. 138-146.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 86, abr.-jun. 1997, pp. 295-309.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo, in *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Rodrigues Marques*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 203-220.
- \_\_\_\_\_. O Juiz e a Prova, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, jul.-set. 1984, pp. 178-184.
- \_\_\_\_\_. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, jul.-set. 1984, pp. 231-238.
- \_\_\_\_\_. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 43-56.
- \_\_\_\_\_. Breves Reflexiones sobre la Iniciativa Oficial en Materia de Prueba. In *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 79-86.
- \_\_\_\_\_. Julgamento e Ônus da Prova, in *Temas de Direito Processual: Segunda Série*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 73-82.
- \_\_\_\_\_. Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, nº 48, out.-dez. 1985, pp. 111-148.
- \_\_\_\_\_. O Problema da Divisão do Trabalho entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 41, jan.-mar. 1986, pp. 7-14.
- \_\_\_\_\_. Alguns Problemas Atuais da Prova Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 53, jan.-mar. 1989, pp. 122-133.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre Direito e sobre Processo*, Rio de Janeiro, 1992.
- \_\_\_\_\_. Os Novos Rumos do Processo Civil, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 78, abr.-jun. 1995, pp. 133-144.
- \_\_\_\_\_. Por um Processo Socialmente Efetivo. *Revista Síntese de Direito e Processo Civil*, Porto Alegre, nº 11, maio-jun. 2001, pp. 5-14.
- \_\_\_\_\_. O Neoprivatismo no Processo Civil, in *Temas de Direito Processual: Nona Série*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 87-101.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª ed., rev. atual e ampl., São Paulo, RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tradução de Ossorio Florit, Buenos Aires, EJEA, 1971, vol. I.
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BORBA, Francisco S. [org.], *Dicionário Unesp de Português Contemporâneo*, São Paulo, Editora Unesp, 2004.
- BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira, A Carga Probatória Segundo a Doutrina e o Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 7, jul.-set. 1993, pp. 101-117.
- BÜLLOW, Oscar von, *Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais*, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2003.
- BUZAID, Alfredo, Do Ônus da Prova, *Estudos de Direito*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, vol. I.
- CALDERÓN, Gonzalo M. Armienta, La Prueba, in *La Prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 682-705.
- CÂMARA, Alexandre Freitas, Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 31, out. 2005, pp. 9-18.
- CAMBI, Eduardo, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, São Paulo, RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, São Paulo, RT, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro, Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 65, jan.-mar. 1992, pp. 127-143.
- \_\_\_\_\_. *Da Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, Buenos Aires, EJEA, 1972.
- \_\_\_\_\_. GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris Editor, 1988.
- CARBONE, Carlos Alberto, Cargas Probatorias Dinámicas: una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 197-228.
- CARNACINI, Tito, Tutela Giurisdizionale e Tecnica de Processo, in *Studi in Onore di E. Redenti nel XL Anno del suo Insegnamento*, Milano, Giuffrè, 1951, vol. II, pp. 693-772.
- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo*, Napoli, Morano Editore, 1958.

- \_\_\_\_\_. *Instituciones del Proceso Civil*, tradução de Sentis Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1973, vol. I.
- \_\_\_\_\_. *A Prova Civil*, 2ª ed., tradução da 2ª ed. do original italiano por Lisa Pary Scarpa. Campinas, Bookseller, 2002.
- CARPES, Artur, A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 39, jan.-jun. 2006, pp. 5-14.
- CASTRO MENDES, José de, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1957.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. I.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., tradução da 2ª ed. do original italiano por Paulo Capitanio, Campinas, Bookseller, 2002, vols. II e III.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. IV.
- Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 121, mar. 2005, pp. 133-148.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, Torino, UTET, 1999.
- COVELLO, Sérgio Carlos, *A Presunção em Matéria Civil*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- COSTA, José Rubens, *Tratado do Processo de Conhecimento*, Rio de Janeiro, Juarez de Oliveira, 2003.
- CUNHA, Belinda Pereira da, Ônus da Prova no Código do Consumidor: Necessidade da Inversão Prévia em Face das Liminares de Antecipação de Tutela, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 46, abr.-jun. 2003, pp. 311-323.
- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr, Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 788, jun. 2001, pp. 92-107.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, 9ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 2000.
- DIDIER JR., Fredie, O Princípio da Colaboração: uma Representação, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 127, set. 2005, pp. 75-79.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre Direito e Processo, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 432, out. 1971, pp. 23-38.
- \_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*, 5ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. O Futuro do Processo Civil, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 336, out.-dez. 1996, pp. 27-45.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, vol. 3.
- ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, t. I.
- FAZZALARI, Elio, *Note in Tema di Diritto e Processo*, Milano, Giuffrè, 1957.

- GARCIA GRANDE, Maximiliano, *Las Cargas Probatorias Dinámicas. Inaplicabilidad*, Rosário, Júris, 2005.
- GIDI, Antônio, Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor, *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 3, set.-dez. 1996, pp. 583-593.
- \_\_\_\_\_. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*, São Paulo, RT, 2007.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira, A Distribuição Dinâmica da Prova e o Direito de Família, *Revista COAD – Advocacia dinâmica*, Informativo Semanal nº 3/2005, p. 55.
- GOLDSCHMIDT, James, *Principios Generales del Proceso*, Buenos Aires, EJEA, 1961, vol. I.
- GRASSO, Eduardo, La collaborazione nel Processo Civile, *Revista di Diritto Processuale*, Padova, nº 21, 1996, pp. 580-609.
- GRAU, Eros Roberto, Ônus, Dever e Obrigação: Conceitos e Distinções, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 559, maio 1982, pp. 50-63.
- GRECO, Leonardo, A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 15, jul. 2004, pp. 76-94.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- KARAM, Munir, Ônus da Prova: Noções Fundamentais, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 17, jan.-mar. 1980, pp. 50-60.
- \_\_\_\_\_. Princípio Distributivo do Ônus da Prova na Organização Judiciária Romana, *Revista de Processo*, nº 24, out.-dez. 1981, pp. 89-98.
- KFOURI NETO, Miguel, *Culpa Médica e Ônus da Prova*, São Paulo, RT, 2003.
- KNIJNIK, Danilo, As (Perigosíssimas) Doutrinas do “Ônus Dinâmico da Prova” e da “Situação de Senso Comum” como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabólica*, in: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim [coords], *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso, Inversão do Ônus da Prova: Regra de Julgamento ou de Procedimento?, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 138, ago. 2006, pp. 277-288.
- LEGUISAMÓN, Héctor E., La Necesaria Madurez de las Cargas Probatorias Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.] 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 109-124.
- LOPES, João Batista, Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, jul.-set. 1984, pp. 24-67.
- \_\_\_\_\_. Iniciativas Probatórias do Juiz e os Arts. 130 e 333 do CPC, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 716, jun. 1995, pp. 41-47.
- \_\_\_\_\_. *A Prova no Direito Processual Civil*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2002.

- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1943, vol. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, São Paulo, RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 862, ago. 2007, pp. 11-21.
- \_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2000, vol. 5, t. 1.
- MATOS, Cecília, O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 11, jul.-set. 1994, pp. 161-169.
- MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico*, 5ª ed., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 1993.
- MICHELI, Gian Antonio, *L'Onere della Prova*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1966.
- \_\_\_\_\_. Teoria Geral da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 3, jul.-set. 1975, pp. 161-168.
- \_\_\_\_\_. TARUFFO, Michele, A Prova, tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 16, out.-dez. 1979, pp. 155-168.
- 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*, São Paulo, nº 31, jul.-set. 1999, pp. 63-69.
- MORELLO, Augusto M., *El Proceso Justo: del Garantismo Formal a la Tutela Efectiva de los Derechos*, La Plata, Platense-Abeledo Perrot, 1994.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*, Lisboa, Lex, 2000.
- NASCIUTTI, Fernanda Rochael, *Cargas Probatorias Dinâmicas: Considerações sobre sua Aplicação ao Direito Processual Civil e Trabalhista Brasileiro*, Dissertação de Mestrado desenvolvida sob orientação do Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2006.
- NERY JR., Nelson, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 01, maio 1992, pp. 200-221.
- NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni, *A Prova no Direito do Consumidor*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo, *Revista Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, jun. 2003, pp. 55-84.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus da Prova no Direito Processual Civil*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, RT, 2001.
- PAIXÃO JR., Manuel Galdino da, *Teoria Geral do Processo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- PEYRANO, Jorge W., Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 19-24.

- \_\_\_\_\_. La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 75-98.
- \_\_\_\_\_. CHIAPPINI, Julio O., Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 13-18.
- PEYRANO, Marcos L., La Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley nº 1/2000), in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 179-193.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações*, 1ª ed., São Paulo, RT, 1970-1978, vols. I a VII.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Bosch, 1972, t. I.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1997, t. IV.
- RAMBALDO, Juan Alberto, Cargas Probatorias Dinámicas: un Giro Epistemológico, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 25-34.
- ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*, tradução por Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: EJEA, 1956.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos, Aspectos do Sistema Probatório Brasileiro, Princípio Dispositivo e Ônus da Prova, in *La Prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandia*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 186-206.
- \_\_\_\_\_. O Ônus da Prova no Código do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 47, jul.-set. 2003, pp. 269-279.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos, *A Inversão do Ônus da Prova*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2006.
- SEBASTIÃO, Jurandir, A Responsabilidade Civil e Ética na Odontologia e o Ônus da Prova, *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, vol. 10, nº 12, maio 2007, pp. 13-45.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *La Prueba: los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1990.
- \_\_\_\_\_. Natureza da Prova – Prova é Liberdade, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, vol. 246, fasc. 850 a 852, abr.-maio 1976, pp. 93-100.
- TARUFFO, Michele, Onere della Prova, *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, Torino, UTET, 1997, vol. XIII, pp. 65-78.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, A Efetividade do Processo e a Reforma Processual, *Revista de Processo*, São Paulo, nº 78, abr.-jun. 1995, pp. 85-86.

- TEPSICH, María Belén, Cargas Probatorias Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 153-167.
- THEODORO JR., Humberto, Os Poderes do Juiz em Face da Prova, *Revista Forense*, vol. 263, Rio de Janeiro, set. 1978, pp. 39-47.
- \_\_\_\_\_. Aspectos Relevantes da Prova no Processo Civil, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 195, jan. 1994, pp. 5-27.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Processo: Direito Processual ao Vivo*, Rio de Janeiro, Aide, 1997.
- \_\_\_\_\_. Prova. Princípio da Verdade Real. Poderes do Juiz. Ônus da Prova e sua Eventual Inversão. Provas Ilícitas. Prova e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA), *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, nº 3, out.nov.dez. 1999, pp. 5-23.
- \_\_\_\_\_. A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, Porto Alegre, vol. 2, 2000, pp. 5-29.
- \_\_\_\_\_. *O Processo Civil no Limiar do Novo Século*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direitos do Consumidor: a Busca de um Ponto de Equilíbrio entre as Garantias do Código de Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. Processo Civil Brasileiro. Prova. Princípio da Verdade Real. Poderes do Juiz. Ônus da Prova, in *La prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 209-227.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, 47ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. 1.
- \_\_\_\_\_. MACIEL, Eduardo de Oliveira Horta, Exibição de Documento ou Coisa, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 52, jul. 2007, pp. 90-101.
- TORRES, Carlos Bernardo Medina, El Mito de la Carga de la Prueba Frente al Estado Social de Derecho, in *La Prueba: Homenaje al Maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pp. 522-534.
- TUCCI, Rogério Lauria, Onus Probandi, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 90-94, vol. 56.
- VALE, Juliana Ribeiro do, *A Funcionalidade do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*, Dissertação de Mestrado desenvolvida sob orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2007.
- VERDI, Giovanni, *L'Onere Della Prova nel Processo Civile*, Napoli, Jovene Editore, 1974.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues, *Da Ação Cível*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, Anotações sobre a Efetividade do Processo, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº 324, out. 2004, pp. 7-15.
- WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatoria Dinámicas, in PEYRANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.], 1ª ed., *Cargas Probatorias Dinámicas*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 35-73.

É o é porque o regramento estabelecido pelo legislador para determinar a quem toca o ônus probatório serve-se de critérios que não levam em consideração as particularidades e as especificidades do caso concreto, notadamente a capacidade e a aptidão da parte a que se impõe o ônus para efetivamente fazê-lo.

Já há algum tempo, tem-se constatado as dificuldades e as injustiças decorrentes da aplicação do comando do art. 333, isto é, da adoção de critérios puramente estáticos de distribuição probatória.

É hoje, crescente a tendência de flexibilizar o critério apriorístico de repartição de encargos probatórios e os limites por ele estabelecidos para se lançar mão de uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por meio dela, o encargo será determinado pelo juiz, caso a caso, a partir do exame das circunstâncias que lhe forem peculiares, sempre de forma a fomentar o processo com um conjunto probatório que permita ao julgador reconstruir o quadro fático objeto de julgamento.

No presente trabalho, a autora analisa e sistematiza, com sucesso, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em seus aspectos intrínseco e extrínseco e avalia a possibilidade e a adequabilidade de sua adoção pelo processo civil brasileiro em face da doutrina, jurisprudência e legislação em vigor.