



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O artigo 333 do Código de Processo Civil e a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Marina Martins Gartz de Vasconcellos

Rio de Janeiro
2009

MARINA MARTINS GARTZ DE VASCONCELLOS

O artigo 333 do Código de Processo Civil e a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Neli Luiza C. Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2009

O ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Marina Martins Gartz de Vasconcellos

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.
Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Resumo: Em prol da efetividade e da instrumentalidade processual, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova preconiza o afastamento da rigidez contida no artigo 333 do Código de Processo Civil a fim de impor o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la. A essência do trabalho é demonstrar a recepção da teoria pelo ordenamento pátrio e a importância do artigo 130 do Código de Processo Civil para concluir que o ônus da prova poderá recair tanto sobre o autor, como sobre o réu, conforme a situação do caso concreto e as condições efetivas de cada uma das partes.

Palavras-Chaves: Processo Civil; Ônus da Prova; Modificação do Ônus da Prova; Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova.

Sumário: 1 - Introdução. 2 – A Prova. 3 - A Valoração da Prova. 4 – Ônus da Prova. 5 - A Distribuição do Ônus da Prova. 6 – Os poderes instrutórios do juiz como elemento para um desfecho justo do processo; 7- Casos de modificação e inversão do ônus da prova; 8- A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova; 9- Aplicabilidade da Teoria da distribuição do ônus da prova no direito brasileiro; 10- Conclusão. Referências.

1- INTRODUÇÃO

Atualmente, o legislador brasileiro demonstra constante preocupação com a busca de meios para a efetividade do processo, a fim de garantir um sistema processual capaz de obter, da

forma mais célere e eficaz possível, uma solução justa acerca da controvérsia sobre o direito em discussão no caso concreto.

Um dos requisitos indispensáveis para dar concretude a esta eficiência pretendida pelo legislador é a formação de um lastro probatório hábil a demonstrar a verdade no processo, haja vista que para que se decida a demanda de forma justa, é preciso que o juiz possua provas suficientes das alegações fáticas, sob pena de se valer de alguma solução que não espelhe a realidade acerca do conflito de interesses.

Nesse contexto, surge a importância das regras de distribuição do ônus da prova fixadas no artigo 333 do Código de Processo Civil como regras de julgamento utilizadas pelo magistrado na ausência de elementos suficientes a comprovar as alegações fáticas das partes.

No entanto, a doutrina moderna tem observado que, em muitas situações, a aplicação de um critério estático de distribuição do encargo de provar pode conduzir a injustiças no caso concreto, caso o autor tenha grandes dificuldades na prova do fato constitutivo do seu direito, ou o réu não possua condições mínimas de provar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor.

Assim, influenciados pela atual fase neoconstitucionalista do direito público brasileiro, os doutrinadores vem apontando a necessidade de releitura do ordenamento infraconstitucional a partir da normatização da Constituição, desprendendo-se da rigidez estática da interpretação isolada das normas processuais a partir da análise das garantias constitucionais, tais como o acesso à justiça, a isonomia, a lealdade e boa-fé processual.

Partindo dessa acepção, o presente trabalho buscará, num primeiro momento, analisar as regras rígidas referentes à distribuição e inversão do ônus da prova, para, em seguida, demonstrar o papel da moderna Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova como instrumento de realização da justiça no caso concreto através de uma interpretação sistemática da Constituição em conjunto

com os princípios norteadores do processo civil. A pesquisa desenvolvida será pautada no método qualitativo parcialmente exploratório.

2- A PROVA

Em que pese o caráter multifacetário da terminologia prova, este trabalho permanecerá adstrito ao conceito de prova como o mecanismo de obtenção da verdade dos fatos no curso do processo, hábil à construção do convencimento do magistrado a respeito dos fatos suscitados pelas partes.

É cediço, no entanto, que nem sempre a busca da verdade dos fatos com a produção de provas se coaduna com a exatidão da verdade, eis que a demonstração de fatos já ocorridos no passado se mostra de difícil obtenção, seja pela influência do aspecto subjetivo das pessoas que os assistiram ou ainda daquele que, como o juiz, há de receber e valorar a evidência concreta.

Não obstante, a doutrina evidencia a essencialidade das provas para o desfecho justo do processo, de forma a se chegar o mais próximo possível da verdade, conforme se depreende das sábias palavras de Marinoni (2007, p. 248), ao ponderar que: “Ninguém duvida que a função do real (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro.”

Ressalta-se que somente os fatos constituem objeto de prova, uma vez que o direito, via de regra, independe de demonstração, exceto nos casos previstos no artigo 337 do Código de

Processo Civil. Entretanto, consoante artigo 334 do mesmo diploma, existem fatos que prescindem de prova, como os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos como incontroversos e aqueles em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

Assim, somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados carecem de prova. Controvertido é o fato sobre o qual as partes conflitam, isto é, uma parte os afirma e a parte contrária os contesta, não os admitindo como verdadeiros. Relevante é o fato que têm relação ou conexão com a causa ajuizada, ou seja, o que possui condições de influir na decisão da causa. Já o fato determinado é o que apresenta características e limites capazes de diferenciá-lo de fatos semelhantes.

3 – A VALORAÇÃO DA PROVA

Após a produção das provas pelas partes, o magistrado fará o seu juízo de valor sobre as mesmas e decidirá. Segundo o sistema do livre convencimento motivado adotado no Brasil, o juiz possui ampla liberdade para valorar a prova constante dos autos a fim de formar o seu convencimento, devendo, no entanto, fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que se baseou para decidir.

Assim, cumpre ao juiz indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua decisão, de tal modo que sua decisão guarde uma coerência lógica com a prova produzida nos autos.

Nesse sentido, a doutrina processualista mais moderna, atenta aos ideais de efetividade do processo, mormente no que tange à produção das provas, vem pugnando por um papel cada vez mais ativo do magistrado, tanto na produção da prova, em sua valoração, como na repartição do ônus da prova, o que possui grande relevância para a teoria desenvolvida neste trabalho, conforme se verá a seguir.

4 - ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus não possui significado semelhante ao de obrigação. Ônus é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual que lhe proporcionará alguma vantagem própria e cujas conseqüências negativas do descumprimento recairão sobre ela mesma. Assim é que de acordo com as lições de Didier Jr. (2007, p.55), “ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”.

Com efeito, o ônus se distingue da obrigação na medida em que esta pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo.

Ao seu turno, o ônus da prova trata de uma regra processual que não atribui o dever de provar o fato, mas sim atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia.

Assim, as regras de distribuição do ônus da prova possuem o escopo de dar elementos às partes para que estas saibam a quem será atribuída a responsabilidade caso a prova do fato que está sendo examinado não seja trazida aos autos. Sendo esta a hipótese, o ônus da prova

estabelecido previamente servirá como critério de julgamento ao magistrado, que onerará aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável, visto que não produziu a prova necessária a corroborar suas alegações.

Ressalta-se que tal critério se mostra obrigatório, já que o ordenamento brasileiro adotou a regra da vedação ao *non liquet*, sendo vedado ao magistrado deixar de julgar qualquer caso submetido à sua apreciação em virtude da insuficiência de provas.

Nesse viés, o Código de Processo Civil pátrio dispõe que, em regra, compete a cada uma das partes fornecer e indicar os elementos de prova das alegações realizadas no curso do processo. Assim, a parte que pretende ser beneficiada por determinados efeitos de uma norma deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação.

Com efeito, de acordo com o artigo 333 daquele diploma legal, o autor deverá provar os fatos que constituem o seu direito, por si afirmado, enquanto que ao réu caberá demonstrar a não existência ou a própria existência de fatos que impeçam a constituição, extingam ou modifiquem o direito do autor.

Cumprido esclarecer que de acordo com as lições de Barbosa Moreira (1988), o ônus da prova possui duas perspectivas: a primeira, subjetiva, relativa à necessidade de as partes provarem suas alegações, de forma a demonstrarem o seu direito; e a segunda, objetiva, relativa à distribuição dos riscos inerentes à inexistência da prova do fato.

Ressalta-se que o órgão judicial só deve se preocupar, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova. Isso porque o que realmente importa é verificar se os elementos foram carreados para os autos, seja pela parte onerada, seja por outrem, pouco importa. Se o fato foi provado, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído para a formação do convencimento do juiz, que irá apreciar as provas sem qualquer valoração desse comportamento.

Logo, o ônus probatório destina-se a apontar qual das partes possui o encargo de produzir determinada prova, com o escopo de, ao final do processo, obter o provimento judicial pretendido. Diante da dúvida acerca da titularidade do direito discutido nos autos, em que as provas produzidas forem insuficientes para demonstrar a quem o direito deve socorrer no caso concreto, tal ônus será tido como regra de julgamento, impondo o julgamento em desfavor daquele a quem incumbia o ônus.

5 - A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 333 do Código de Processo Civil, conforme já mencionado, estabelece a regra geral de distribuição do ônus da prova. O inciso I dispõe que incumbe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o inciso II dispõe que ao réu cumpre demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em que pese tal regramento, na hipótese de ter a parte onerada deixado de produzir determinada prova imprescindível para o deslinde da controvérsia, pode o juiz, ainda, determinar a realização de provas necessárias à instrução do processo, com fulcro no artigo 130 do Código de Processo Civil, sempre que se encontrar em estado de dúvida.

Nesse sentido, as regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadoras dos poderes instrutórios do juiz no caso concreto. Ao revés, o juiz deve ter uma postura ativa no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória, com vistas a proferir uma decisão mais justa e equânime.

Cumprido ressaltar que as regras de distribuição do ônus da prova pretendem, na verdade, que o magistrado as aplique apenas quando ultrapassadas todas as tentativas de fazer com que os fatos trazidos a julgamento sejam comprovados no processo, objetivando, assim, dar uma solução a casos em que a atividade probatória não foi suficiente para trazer a verdade ao processo.

Portanto, a rigor, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova, diante do descumprimento de um ônus processual.

No que se refere à natureza das regras distribuidoras do ônus, a doutrina apresenta-se ainda vacilante. Há entendimento no sentido de que as regras em comento seriam regras de procedimento, destinadas às partes, postas para determinar como elas devem proceder na produção das provas que lhes competem.

Entretanto, o posicionamento majoritário parece entender que tais regras seriam regras de julgamento, dirigidas ao juiz, que as utilizará no momento de sua decisão, onerando a parte a quem caberia a prova do fato e não a fez de forma suficiente.

Este é o entendimento esposado por doutrinadores como Arenhart (2006, p. 49), que é bastante incisivo ao afirmar que as regras em comento “não incidem no processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao final, quando do julgamento da causa – ou, excepcionalmente, em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida – quando exauridas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo”.

No que tange ao momento da ciência às partes da modificação das regras do ônus probatório, em razão de situações peculiares detectadas no processo, há divergências na doutrina baseada em eventual ofensa às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Com efeito, muitos doutrinadores entendem que o juiz deveria proceder tal comunicação às partes no momento do recebimento da petição inicial, ou por ocasião do despacho saneador, em homenagem às garantias constitucionais supracitadas.

Há entendimentos em sentido contrário, no entanto, defendendo a desnecessidade do aviso prévio da probabilidade de modificação do ônus da prova aplicável pelo juiz ao tempo de sua decisão em razão de tal possibilidade constar da lei e todos os operadores deverem, por isso, conhecê-la. Este é o entendimento esposado por Monnerat (2004, p. 84), *in verbis*: “O juiz não precisa avisar às partes que, tendo dúvidas no momento da valoração das provas, utilizar-se-á de presunções, de máximas da experiência e, persistindo o impasse, aferirá a distribuição do ônus da prova. Está na lei”.

Por fim, há entendimentos mais cautelosos no sentido de ser este aviso para as partes conveniente, mas não obrigatório para o juiz, não havendo que se falar em ofensa ao contraditório e ampla defesa, já que é dever das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo.

Nesse sentido, Arenhart (2006, p.49) é bastante enfático ao ponderar que: “Não há, por isso mesmo, que se falar em surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício”.

6 - OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ COMO ELEMENTO PARA UM DESFECHO JUSTO DO PROCESSO

De acordo com o artigo 130 do Código de Processo Civil, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, é certo que o poder instrutório do magistrado não se subordina às regras sobre o ônus da prova e, por via de consequência, não as afeta. O julgamento, segundo as regras do ônus da prova, só deve sobrevir depois de esgotados todos os meios e, dentre esses meios, afigura-se a iniciativa oficial do juiz.

Ademais, a atividade instrutória por parte do julgador tende a diminuir as hipóteses em que será necessário recorrer às normas de distribuição do ônus. Isso porque quando, além das partes, o próprio magistrado aplica esforços para a obtenção da prova, a possibilidade de esclarecimentos adicionais se mostra superior, diminuindo a incidência de aplicação dos critérios constantes do artigo 333 Código de Processo Civil, que nem sempre acarretará um desfecho justo para o processo.

Outro argumento para estimular o juiz na busca da verdade é que as regras que versam sobre o ônus da prova constituem, na realidade, um critério de exceção para o magistrado, vez que o pretendido com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados sejam fidedignos à realidade.

E nem se diga que o magistrado, ao interferir na atividade probatória, estaria sendo imparcial ao buscar a produção de provas complementares àquelas produzidas pelas partes, pois, nas esclarecedoras palavras de Wambier (2005, p. 40): “o juiz estaria sendo parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais”.

Desse modo, muito embora não seja permitido ao juiz iniciar a ação ou alterar seu objeto, a condução ativa da instrução probatória se denota totalmente possível, com fulcro no artigo 130

do Código de Processo Civil, evitando que uma das partes se torne vencedora na ação não por conta do direito que assevera ter, mas sim por ser economicamente mais favorecida que a outra.

Assim, os poderes instrutórios do juiz visam, justamente, o estabelecimento do equilíbrio processual entre as partes e, através do dirigismo da instrução processual, permite-se uma formação probatória mais verdadeira e, via de consequência, a prolação de uma sentença mais fiel à realidade.

7- CASOS DE MODIFICAÇÃO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão da regra de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil em dois casos, prestigiando-se o consumidor que se encontrar em relação de inferioridade.

Com efeito, é muito comum que o consumidor não possua o conhecimento técnico do produto ou do serviço suficiente para fazer prova de seus direitos no caso concreto, necessitando, pois, de meios facilitadores de sua atuação em juízo.

Em razão disso, prevê o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 6º, inciso VIII e artigo 38, a garantia de inversão do ônus da prova do consumidor, possibilitando uma igualdade de condições em relação ao fornecedor da relação processual.

O primeiro caso de inversão previsto na lei é condicionado à existência de dois pressupostos: a verossimilhança das alegações, ou seja, as alegações do consumidor devem corresponder a uma situação plausível segundo as regras de experiência; e a hipossuficiência do

consumidor, ou seja, uma situação de desigualdade entre consumidor e fornecedor, em que aquele se encontra em evidente prejuízo em relação a este último.

Cumprido destacar que o legislador não especificou a natureza da inferioridade do consumidor necessária para o cumprimento do segundo requisito. Assim é que a doutrina diverge acerca do tema, ora apontando para a hipossuficiência de cunho econômico, ora ressaltando o caráter técnico da mesma.

Entretanto, a melhor interpretação do dispositivo aponta como pressuposto da inversão a hipossuficiência técnica, ou seja, o consumidor deve se encontrar em prejuízo para a análise técnica do bem ou serviço objeto da demanda, e não a hipossuficiência econômica, reveladora de um menor potencial financeiro do consumidor em relação ao fornecedor, mesmo porque em relação a esta última o legislador já previu meios para a garantia da isonomia.

Com efeito, em prol da igualdade daqueles que não possuem condições de arcar com a defesa de seus interesses em juízo, a melhor doutrina aponta a existência atual de mecanismos que visam eliminar os ônus financeiros do processo, como a gratuidade de justiça, prevista na Lei 1060/50, que permite o acesso ao judiciário sem a necessidade do pagamento de custas, a regra da ausência de custas nos juizados especiais, consoante artigo 54 da Lei 9099/90 e a assistência judiciária gratuita, promovida pela Defensoria Pública.

Desse modo, através de uma interpretação teleológica da norma prevista no Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que a hipossuficiência tratada pelo legislador como pressuposto da inversão do ônus da prova é a técnica, devendo encontrar-se o consumidor em situação de inferioridade para analisar aspectos técnicos do bem ou serviço objeto da controvérsia.

Consoante a doutrina majoritária sobre o tema, os requisitos já expostos devem ser cumulativos. Isso porque o legislador pretende permitir que o consumidor com alegações

plausíveis, mas sem as informações técnicas necessárias para a prova das mesmas, possa se exonerar do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, deixando a cargo do fornecedor a prova da inexistência desse fato constitutivo do direito do autor.

Desta feita, o legislador não pretendeu proteger com a inversão o consumidor com alegações não plausíveis, mas hipossuficiente tecnicamente, ou ainda aquele que formulou alegações verossímeis, mas não apresenta qualquer inferioridade técnica em relação ao fornecedor, mesmo porque nessa última hipótese não haveria desigualdade material entre as partes suscetível de proteção pela lei.

O segundo caso de inversão das regras de distribuição do ônus da prova previsto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor é a propaganda enganosa. Segundo o referido dispositivo, cabe ao patrocinador da propaganda o ônus da prova da veracidade da publicidade veiculada.

A justificativa para a inversão nesse caso é que o patrocinador da propaganda possui melhores condições de prova, devendo demonstrar a ausência do direito afirmado pelo consumidor em eventual demanda com este objeto. Por este motivo, parte da doutrina sustenta que a previsão do artigo 38 não seria propriamente uma inversão do ônus da prova, mas sim uma redistribuição desse encargo para uma específica situação de direito material.

Nesse viés, em que pese a existência de previsão legal de inversão das regras de distribuição do ônus da prova previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil apenas no Código de Defesa do Consumidor, a doutrina moderna vem admitindo a inversão em outras situações de direito material, sem que a regra fique adstrita apenas aos casos regradados por aquele diploma legal.

Convém destacar que, salvo as regras acima mencionadas, não há cláusula geral expressa no ordenamento que permita ao julgador mitigar as regras do artigo 333 do Código de Processo

Civil. Travam-se, pois, grandes discussões acerca da mitigação das regras do artigo 333 para os casos que não se enquadrarem na lei consumeirista.

A favor da possibilidade de inversão para este caso, destaca-se Marinoni (2007, p. 267/268), para quem haveria um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. Para o ilustre mestre, “o fato de o artigo 6º, inciso VIII, do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material”.

Com efeito, não existe motivo para supor que a necessidade de inversão do ônus somente é viável quando prevista em lei. Aliás, mesmo se inexistente, a própria norma do artigo 333 não precisaria estar expressamente prevista, já que sua aplicação decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, como ocorre no Direito Germânico.

Outrossim, Marinoni (2007, p. 267/268) complementa não haver razão para forçar uma interpretação capaz de concluir que o artigo 6º inciso VIII do CDC possa ser aplicado, por exemplo, nos casos de dano ambiental, quando se tem a consciência de que a inversão do ônus da prova tem a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com uma lei determinada.

Desse modo, as hipóteses explicitadas no Código de Defesa do Consumidor, específicas para os casos que versam sobre relações consumeiristas, não se afiguram exclusivas para a alteração da carga de distribuição dos ônus processuais contida no artigo 333 do Código de Processo Civil. A alteração decorre, na realidade, da observância das necessidades do direito material em discussão no caso concreto.

Assim, ainda que inexistente em lei previsão acerca da inversão do ônus da prova, será possível a atuação judicial em demandas diversas, aplicando, de acordo com o caso concreto, as regras de distribuição do ônus da prova.

O entendimento esposado se torna mais forte com a leitura e interpretação a *contrariu sensu* do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, que afirma ser nula convenção que distribuir de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma das partes exercício do direito.

Assim, se é possível às partes a alteração da regra geral sobre a distribuição do encargo probatório, consoante parágrafo único do artigo 333, não há que se admitir a impossibilidade de alteração pelo magistrado, ainda mais em se tratando de aplicação da justiça no caso concreto.

8 - A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu na Argentina, com a denominação de *Teoria de las Cargas Probatorias Dinamicas*, tendo como principais precursores Jorge w. Peyrano e Augusto M. Morelloven, que, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Estas idéias vêm sendo difundidas em outros países, como Espanha, Uruguai e Brasil, mormente em matéria de responsabilidade civil.

Conforme já demonstrado, o ordenamento brasileiro adotou no artigo 333 do Código de Processo Civil a teoria estática do ônus da prova, que determina a prévia distribuição do encargo probatório, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao revés, ao réu incumbe provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Entretanto, consoante acima mencionado, são freqüentes as demandas em que tal encargo probatório pré-estabelecido mostra-se muito rígido, trazendo muitas injustiças para o caso concreto, visto que muitas vezes a parte que possui o ônus de provar não consegue fazê-lo, seja em razão do caráter diabólico da prova ou mesmo da grande dificuldade na obtenção da mesma.

Diante disso, os precursores da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, à luz dos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto para atribuir-se o ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la. E o magistrado, ao verificar qualquer violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas, deve proferir decisão contrária à parte infratora.

Nota-se, assim, que a mencionada teoria busca a efetividade, o alcance dos fins pretendidos com o processo, ou seja, uma prestação jurisdicional justa. Ao romper com as regras rígidas e estáticas da distribuição do ônus da prova, tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis ao caso concreto, a teoria consiste em retirar o peso da atividade probatória de quem se encontra em condições deficitárias, impondo-o sobre quem tem mais possibilidades técnicas ou econômicas de produzi-la.

Nesse viés, não importa a posição da parte, se autora ou ré, nem mesmo a espécie do fato, se extintivo, impeditivo ou modificativo; o importante é a valoração pelo juiz, no caso concreto, das reais condições de cada uma das partes de suportar o ônus da prova, impondo o encargo àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, delongas, despesas etc., mesmo que os fatos em discussão tenham sido alegados pela parte contrária. O juiz deverá, ainda, observar as razões pelas quais a parte que detinha originalmente o encargo probatório não o cumpriu, a fim de dar primazia à verdade jurídica objetiva.

Desse modo, se a parte a quem foi imposto o encargo probatório deixar de produzir a prova ou não a produzir de forma suficiente, as regras do ônus da prova sobre ela recairão, em razão de não ter cumprido com o encargo determinado pelo juiz.

Comentando as idéias difundidas pela teoria, Kfoury Neto (2002, s.p.) faz uma excelente síntese sobre o dinamismo pretendido, *in verbis*: “As regras que determinam a posição da parte

litigante – autor ou réu (...) em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico”.

Ressalta-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova visa, pois, flexibilizar a regra tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional ao dar primazia à verdade jurídica objetiva para garantir o direito a quem realmente seja o seu possuidor.

Faz-se necessário mencionar que ao juiz é conferida uma maior discricionariedade para avaliar a efetiva possibilidade de produção das provas e distribuir o ônus entre as partes consoante tal avaliação. Entretanto, como é cediço, toda atuação do juiz deve ser amparada pelos princípios processuais da motivação, legalidade, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade.

À luz dos princípios supracitados, o magistrado não apenas poderá como deverá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto, reduzindo a desigualdade material entre as partes e assim evitando a derrota da parte que possui o melhor direito, mas que não possui condições de prová-lo.

9- APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese a possibilidade de redistribuição do encargo probatório pelo juiz contida na norma inserta no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de facilitar a defesa dos

interesses do consumidor, pode-se afirmar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não foi adotada, em sua integralidade, pelo referido diploma legal.

Com efeito, o poder de redistribuição do ônus probatório pelo juiz se dá, de acordo com a Lei Consumeirista, apenas diante da presença dos requisitos pré- estabelecidos, quais sejam, a verossimilhança das alegações do consumidor e sua hipossuficiência, bem como nos casos de propaganda enganosa.

Assim, o juiz não possui qualquer discricionariedade para avaliar as peculiaridades do caso concreto, aplicando tão somente os critérios definidos em lei. Desse modo, não se pode afirmar, pela análise do dispositivo supracitado, que a teoria em discussão neste trabalho foi adotada pelo ordenamento brasileiro, na medida em que esta visa precipuamente a flexibilização das regras de distribuição do encargo probatório de acordo com o convencimento do juiz e com as necessidades do caso concreto.

Diante disso, a doutrina vem travando debates acerca da recepção e aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo ordenamento brasileiro, ressaltando os favoráveis à recepção que todas as normas infraconstitucionais, dentre elas as normas processuais, devem ser lidas à luz das garantias e valores constitucionais.

Sobre o tema, Godinho (2006) afirma com veemência que a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não havendo necessidade de integração legislativa que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

Portanto, a norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil não deve ser lida isoladamente, mas sim a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual, incluindo os princípios que regem o processo civil.

Favorável à recepção da referida teoria pelo ordenamento brasileiro, Didier Jr. (2007) assevera que a distribuição dinâmica do ônus da prova seria decorrente, em primeiro lugar, da garantia constitucional do acesso à justiça.

Com efeito, o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, representa não só a concessão de mecanismos de acesso ao poder judiciário, mas também de meios para que o processo possa ter seu curso de forma justa e célere.

Assim, interpretando-se esta garantia com fins de obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, não se pode admitir que regras rígidas de distribuição do ônus da prova provoquem graves injustiças no caso concreto, deixando de lado a efetividade da tutela jurisdicional pretendida. Aplicar-se-á, pois, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da prova.

Ademais, a interpretação do artigo 333 do Código de Processo Civil como regra estática violaria outra garantia constitucional do processo, qual seja, o princípio da igualdade, prevista no artigo 5º, caput da Constituição Federal e artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil. Com efeito, a doutrina prega a paridade de armas entre as partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que se fará com a atribuição do ônus da prova àquela que possua meios efetivos de satisfazê-lo.

Assim, a excepcional atribuição do encargo probatório de acordo com as efetivas possibilidades probatórias do caso concreto promoveria a igualdade material, garantindo às partes equilíbrio em sua atuação processual.

Cabe ressaltar que um dos poderes-deveres do juiz no processo, consoante artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil é assegurar às partes igualdade de tratamento, garantia que deve envolver não só a igualdade formal, nos termos da lei, como também a material, proporcionando o magistrado a efetiva igualdade de oportunidades entre as partes.

Outrossim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorreria do princípio da solidariedade, segundo o qual é dever das partes, desde que se abandonou a perspectiva individualista no processo, atuar em cooperação, cumprir deveres éticos e assim possibilitar ao magistrado o alcance da verdade dos fatos.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a teoria recepcionada vai ao encontro de princípios processuais como a lealdade e a boa-fé processual, vez que o ordenamento pátrio não admite que as partes ajam ou se omitam de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a outra parte. Assim, ao evitar o descumprimento do dever de cooperação entre as partes, a distribuição dinâmica do encargo probatório terá o condão de impedir comportamentos imorais ou abusivos por parte daqueles que possuam efetivas condições de provar os fatos e tentem esquivar-se com a aplicação estática da regra do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, a partir da interpretação sistemática da legislação processual, precipuamente à luz dos princípios da isonomia, boa-fé processual e do acesso à justiça, a doutrina vem entendendo pela recepção das idéias de distribuição dinâmica do ônus da prova para definição das atribuições de prova de cada parte no caso concreto no direito brasileiro.

Para não nos reservarmos a permanecer apenas no campo doutrinário, faz-se mister destacar alguns julgados de nossos Tribunais, que vem coroando a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Brasileiro.

Com efeito, já em 18.06.1996, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 69309/SC, da relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar sobre a responsabilidade civil médica, mencionou não violar regra sobre a prova acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examinasse o conjunto probatório e concluísse pela comprovação da culpa dos réus.

Outrossim, em decisões mais recentes, como o acórdão proferido na Apelação Cível nº 70013361043 da relatoria de Artur Arnildo Ludwig, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 21.12.2006, asseverou-se a responsabilidade do provedor de acesso à internet em relação a anúncio inverídico ofensivo à honra da autor e as melhores condições daquele em provar o fato discutido no caso concreto, sendo expressamente aplicada a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova.

Dessa forma, considerando-se a aceitação da aplicação da teoria em discussão, impende salientar que a distribuição dinâmica deve ser adotada excepcionalmente pelo magistrado, na medida em que se trata de possibilidade implícita do ordenamento processual, que contém regra expressa definidora da incumbência do encargo probatório, qual seja, o artigo 333 do Código de Processo Civil.

Desse modo, se o legislador ponderou previamente acerca da distribuição do ônus da prova, estabelecendo regra própria acerca do tema, somente nos casos em que a aplicação do critério pré-estabelecido acarretar manifesta violação dos valores trazidos pelos princípios já explicitados neste trabalho, é que o magistrado poderá afastá-lo.

Assim, torna-se necessário estabelecer limites à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova preconizada pela teoria desenvolvida neste trabalho. Nesse contexto, o primeiro limite vislumbrado é o respeito ao contraditório, garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna.

Com efeito, se houver uma redistribuição do ônus da prova no caso concreto, será preciso conceder à parte a quem recaiu a incumbência do encargo probatório a possibilidade de defender-se daquele provimento jurisdicional de forma efetiva. Ademais, a redistribuição deve ocorrer em momento processual adequado, a fim de possibilitar que a parte possa trazer as provas, e, assim, desincumbir-se de seu ônus, sob pena de violação à garantia do contraditório.

Desse modo, não se mostra plausível, em tese, a redistribuição do ônus da prova no momento da prolação da sentença, pois, nessa hipótese, aquele que recebeu o encargo probatório estaria impossibilitado de demonstrar as alegações que lhe incumbem, o que vai de encontro à garantia processual do contraditório.

Outro limite à readequação do ônus probatório é a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que constitui critério favorável ao ato eventualmente impugnado, exigindo da parte que se insurgir ao mesmo as provas necessárias para elidir tal presunção.

Nesse viés, não há razão para a readequação do encargo probatório em demandas desta natureza, mesmo porque a Administração pública não atua em defesa do interesse próprio, mas sim em defesa do interesse público, sendo marcada pelo princípios constantes do artigo 37 da Carta Magna, dentre eles a impessoalidade, distanciando-se, por isso, dos objetivos da dinamização pretendida pela teoria em relação aos abusos do direito de defesa pelas partes.

Por fim, a doutrina aponta como limitação à redistribuição do encargo a ausência de impossibilidade probatória reversa. Dessa forma, antes de criar ônus para parte diversa daquela a quem o legislador atribuiu originariamente no artigo 333 do Código de Processo Civil, o magistrado deverá observar se está causando severo prejuízo à comprovação das alegações pelo onerado, e, assim, violando a garantia da ampla defesa constitucional.

Dessa forma, a redistribuição será legítima se não causar ônus excessivo à parte, sob pena de causar desequilíbrio a um dos pólos da relação processual, o que não se coaduna com o objeto da teoria da carga dinâmica do ônus da prova.

Conforme desenvolvido neste trabalho, a observância das regras estáticas dispostas no artigo 333 do Código de Processo Civil pode, em muitos casos, acarretar a prolação de sentenças contendo soluções injustas, diante da impossibilidade de reconstituição da verdade pela parte a quem foi atribuído o encargo probatório.

Com o intuito de evitar essa problemática no âmbito das demandas consumeiristas, o legislador previu, no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova, diante da presença dos requisitos da verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, bem como nos casos de propaganda enganosa, consoante artigo 38 daquele diploma legal.

Entretanto, o referido critério não serviu para solucionar demandas outras em que, a despeito da inexistência dos requisitos legais, forem constatadas situações de extrema desigualdade entre as partes, vale dizer, não há uma cláusula geral expressa no ordenamento processual civil que permita ao julgador fazer uma mitigação do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser aplicada ao ordenamento pátrio, na medida em que a regra estática trazida pelo legislador deve ser interpretada à luz dos princípios norteadores do processo civil.

Desse modo, considerando a recepção pelo ordenamento pátrio da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e o dever que recai sobre o juiz em razão dos poderes a ele conferidos pelo artigo 130 do Código de Processo Civil, o ônus da prova poderá recair tanto sobre o autor, como sobre o réu, conforme as situações do caso concreto e a situação processual de cada uma das partes.

Portanto, em consonância com os anseios de efetividade e instrumentalidade processual, entende-se que a Teoria da Carga Dinâmica de Distribuição do Ônus da prova serve de

instrumento para a justa solução do caso concreto, sobrepondo-se aos rígidos formalismos legais, e deve ser aplicada no Brasil em conformidade com os princípios insculpidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 05.04.2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. São Paulo: *Dialética*, 2005, n. 31.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, n. 788, 2001.

DIDIER JR. et al. *Curso de direito processual civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada, v.2. Salvador: *Juspodium*, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4. ed., Salvador: *Juspodium*, vol. I, 2004.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais: leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino Camargo (org.) Salvador: *Jus Podium*, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*.

Disponível em:<http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em 04.04.2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*, v. 2: processo de conhecimento / Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart - 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MONNERAT, Carlos Fonseca. *Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 113, jan/fev.2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “*Julgamento e ônus da prova*”. Temas de direito processual civil. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. São Paulo: RePro 35.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in, *Lãs Responsabilidades Profesionales*. La Plata: LEP, 1992.

RODRIGUES, Marco Antônio. *Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas*. Rio de Janeiro, 2007.

SOUZA, Wilson Alves. *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*. Salvador: Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, 1999, n. 6

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, n. 200.