



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA (IN)EFETIVIDADE:
O CENÁRIO DO INSTITUTO PROCESSUAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DE SUA
APLICAÇÃO

Rebeca Cordeiro da Rocha Mota

Rio de Janeiro
2019

REBECA CORDEIRO DA ROCHA MOTA

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA (IN)EFETIVIDADE:
O CENÁRIO DO INSTITUTO PROCESSUAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DE SUA
APLICAÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA (IN)EFETIVIDADE: O CENÁRIO DO INSTITUTO PROCESSUAL FRENTE ÀS LIMITAÇÕES DE SUA APLICAÇÃO

Rebeca Cordeiro da Rocha Mota

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – com a promulgação da Constituição Federal de 1988, suas normas e princípios passaram a influenciar a hermenêutica da legislação infraconstitucional, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Nesse quadro de evolução histórica, a distribuição estática do ônus da prova se apresenta como instrumento insuficiente para casos de impossibilidade ou de extrema dificuldade de produção probatória. A partir daí, e com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi introduzido no direito pátrio a dinamização do ônus da prova. A essência do trabalho é abordar os institutos atinentes ao tema de modo que o leitor possa, de forma independente, identificar suas hipóteses de incidência.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Provas. Dinamização do ônus da prova. Inversão do ônus da prova.

Sumário – Introdução. 1. A evolução da distribuição da carga probatória entre as partes litigantes e suas causas. 2. As teorias acerca do ônus da prova. 3. A dinamização como regra de instrução e recursos cabíveis. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar uma análise crítica acerca da dinamização do ônus da prova e sua incipiente aplicação. Tem-se por certo que o instituto normatizado pelo legislador infraconstitucional, no Código de Processo Civil de 2015, inova no âmbito jurídico processual pátrio, o que denota a necessidade de adaptação do aplicador da lei. Entretanto, não se pode admitir que a fase transitória de adaptabilidade se torne perpétua, sob pena de tornar o instituto inócuo.

Será adotado, na abordagem da temática, o método hipotético-dedutivo. Para tanto, no primeiro capítulo, será aprofundada a constitucionalização do direito processual civil, esmiuçando-se a permeabilidade da lei por institutos e princípios previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal Cidadã de 1988.

É cediço que há confusões acerca dos conceitos atinentes ao ônus da prova, o que dificulta sua compreensão e aplicação prática. Em virtude disso, no segundo capítulo, tais institutos serão propriamente explicitados de forma sistemática para que se dirima quaisquer dúvidas sobre suas características e objetivos.

Em derradeiro, no terceiro capítulo, será apresentado um caso hipotético, cuja aplicação da dinamização do ônus da prova se apresentaria como solução ideal para a demanda. Ademais, pretende-se abordar, superficialmente, o momento processual de sua aplicação, bem como, os recursos cabíveis.

Sendo assim, o estudo apresenta como objetivo imediato que o leitor, ao final, possa identificar hipóteses em que a dinamização do ônus da prova seja aplicável de forma a trazer eficiência ao processo contencioso, como instrumento de deslinde de demandas. Ademais, apresenta como objetivo mediato a familiarização dos operadores do direito com o instituto jurídico, bem como, os remédios infraconstitucionais sugeridos para a sua concretização.

1. A EVOLUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA ENTRE AS PARTES LITIGANTES E SUAS CAUSAS

A partir de uma rápida análise entre o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973¹ e o artigo 373 da atual codificação processualista², é possível observar que ambos apresentam inegável semelhança no que tange à distribuição do ônus da prova. No entanto, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 trazem um conteúdo normativo inédito. Ao estabelecer a possibilidade de o juiz atribuir ônus da prova de modo diverso daquele previsto no caput, o legislador introduziu, de modo expresso, a dinamização da distribuição do ônus da prova no direito pátrio.

Primeiramente, o princípio hermenêutico da *verba cum effectu sunt accipienda* leciona que não há palavras inúteis na lei. Consequentemente, a interpretação de um conteúdo normativo, estabelecido em um preceito legal, deve ter início em um pressuposto máximo da Hermenêutica Jurídica, segundo o qual o legislador, ao editar uma norma, almeja sua eficácia de forma integral, presumindo-se que não há termo inútil ou ocioso.

Nesse sentido, a edição dos parágrafos primeiro e segundo pelo legislador representa uma mudança de paradigma, seja para redefinir a distribuição do ônus da prova até então vigente, seja para complementá-la. Tem-se por evidente que o modelo de distribuição de carga probatória, trazido pelo Código de Processo Civil de 1973, não mais correspondia às demandas dos casos *in concreto*. Afirma-se isso pois, o legislador não modificaria preceito normativo que

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impressao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

atende integralmente à necessidade dos jurisdicionados, o que acarreta, mais uma vez, na máxima da hermenêutica jurídica supramencionada – aplicada, porém, *in contrario sensu*: apenas é editado aquilo que é útil.

A necessidade de alterações procedimentais era inequívoca e não se limitava apenas à distribuição de carga probatória, como se depreende dos seguintes trechos contidos na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil:

[...]Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (...) O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo sua forma sistemática. (...) Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo o país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas.[...]³

Sendo assim, torna-se imprescindível a existência de uma breve análise acerca das causas de tal giro epistemológico para, em seguida, apresentar as possíveis consequências almejadas pelo legislador quando de sua idealização. A partir daí, busca-se apontar possíveis soluções para a incipiente aplicabilidade do instituto, evitando-se, assim, seu esvaziamento e o questionável retrocesso à distribuição da carga probatória prevista no revogado Código de Processo Civil de 1973.

Adotando-se como panorama de análise o Brasil, a formação do Estado Constitucional de Direito apresenta, de acordo com o doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁴, três premissas básicas: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

Conforme a construção apontada pelo supracitado doutrinador, a promulgação da Constituição de 1988 significou a redemocratização e a reconstitucionalização do Brasil, na medida em que materializou o Estado Democrático de Direito e relegou ao passado o regime militar autoritário. Nesse momento, é imprescindível destacar que tal processo simbolizou o anseio popular por mudanças, o que significa dizer que a reconstitucionalização, antes de ser promulgada pelas autoridades competentes, foi almejada e construída no imaginário de cada um dos indivíduos que compunha a sociedade à época.

³ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, p. 24-26. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2019.

⁴ BARROSO, Luís Roberto; *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 265-289.

No que tange ao marco filosófico, o novo direito constitucional se insere no pós-positivismo. Preliminarmente, contudo, torna-se interessante a abordagem de duas correntes de pensamento fundamentais para a construção da concepção pós-positivista. O jusnaturalismo moderno, corrente filosófica desenvolvida a partir do século XVI, preconizava a aproximação entre a lei e o direito natural, o qual afirma a existência de direitos abstratos e juridicamente indeterminados conferidos a todo indivíduo anteriormente ao próprio direito positivado. Nesse sentido, concepções filosóficas como justiça e moral não poderiam ser dissociadas da legislação posta.

No final do século XIX, o positivismo jurídico, por sua vez, representava uma ruptura com o jusnaturalismo, na medida em que apresentava a lei como cerne da ciência jurídica, denotando o cientificismo e a objetividade como características inerentes a tal corrente de pensamento. Nesse sentido, o direito era equiparado a lei e dissociado de aspectos filosóficos.

O ideário positivista, rígido em sua segregação entre norma, ética e moral, possibilitou construções filosóficas respaldadas na legalidade estrita que, entretanto, ocasionaram atrocidades que representam, até hoje, o símbolo de sua decadência, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha. Depreendeu-se, a partir daí, que atos legais dissociados de valores como justiça e liberdade, por exemplo, podem resultar em violação a direitos humanos, bem como, em dizimação de setores sociais. Consequentemente, tornou-se evidente que ato legal não corresponde necessariamente a ato justo.

Com isso, o pós-positivismo surgiu, a partir da segunda metade do século XX, como uma terceira corrente de pensamento, a qual se coadunava ao pensamento da época. Segundo a concepção filosófica, o cientificismo e a objetividade da ciência do Direito devem ser associados a ideias jusnaturalistas relacionadas à ética e à política, reafirmando a interdependência entre tais institutos e valores.

Em relação ao marco teórico, Luís Roberto Barroso⁵ apresenta três mudanças de paradigma, fundamentais para o correto entendimento acerca da constitucionalização do direito. Primeiramente, insta esclarecer o reconhecimento de força normativa à Constituição. A compreensão de tal afirmativa, em tempos atuais, é quase automática pelo cidadão médio, o que denota, de certa forma, o sucesso do Estado Democrático de Direito no que tange ao poder normativo da Constituição Federal.

Contudo, ao se analisar a história, até meados do século XIX, as Constituições europeias apresentavam caráter meramente político, consequentemente, não havia quaisquer

⁵ Ibid.

vinculações do legislador ordinário ou do administrador aos preceitos por elas previstos. Nesse sentido, a reconstitucionalização trouxe, como premissa básica, a força normativa da Constituição, apresentando conteúdo de caráter vinculativo e imperativo. Em relação ao contexto brasileiro, a discussão acerca do caráter normativo da Constituição Federal apenas se iniciou na década de 1980, o que acarretou a força normativa e imperativa da Constituição Cidadã de 1988, que instituiu, no país, o Estado Democrático de Direito.

A expansão da jurisdição constitucional, por seu turno, tinha como pressuposto a supremacia da Constituição e a constitucionalização dos direitos fundamentais, relacionados ao modelo norteamericano, a partir do final da década de 1940. Entende-se que o processo político não poderia suprimir ou reduzir direitos fundamentais e, caso o fizesse, estaria sujeito à análise do Poder Judiciário. Trata-se, pois, do controle de constitucionalidade como garantia de proteção aos direitos fundamentais constitucionalizados.

Em derradeiro, houve o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Por meio dessas mudanças teóricas e da constante evolução social e sua crescente complexidade, novos preceitos surgiram como mecanismo de efetivar as normas constitucionais, como, por exemplo, o reconhecimento de força normativa aos princípios e a colisão de normas constitucionais e direitos fundamentais e modos de coexistência de ambos.

Com a constitucionalização do direito, tornou-se necessário que toda a legislação infraconstitucional fosse reinterpretada de modo a se coadunar e a se adequar às normas e aos princípios normatizados na Constituição Federal de 1988. Como não poderia ser diferente, ocorreu a constitucionalização do direito processual civil.

Em tal contexto, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa⁶ assumem um grande relevo, na medida em que foram redimensionados à sistemática processual. Por oportuno e em virtude da importância do tema em análise, aponta-se os seguintes trechos contidos na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, como meio de explicitar a importância conferida aos institutos pelo legislador:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (...) A necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à* Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas [...]⁷

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 fev. 2019. Art. 5º LV.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 3.

Não se torna demasiado apontar a nota de rodapé “9” da referida Exposição de Motivos, a qual leciona que:

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.⁸

Por oportuno e em última análise, o artigo 1º e o artigo 7º da Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil⁹, normatizam, respectivamente, a leitura das normas processuais civis em conformidade aos valores e normas constitucionais estabelecidos na Constituição Federal, bem como, o zelo ao efetivo contraditório, a ser adotado pelo juiz e pelas partes. Torna-se interessante a preocupação do legislador infraconstitucional em mencionar expressamente tais institutos, já que a constitucionalização do direito processual civil não se adstringe a concepções doutrinárias ou à exposição de motivos da referida lei, em realidade, trata-se de uma aceção própria do Estado Democrático de Direito, a ele intrínseca.

Denota-se, conseqüentemente, que o legislador optou em editar norma expressa acerca da constitucionalização da legislação infraconstitucional para que não houvesse quaisquer dúvidas quanto ao seu caráter cogente. Nesse sentido, não há discricionariedade de aplicação da norma, evitando-se, portanto, a inefetividade da constitucionalização do direito em virtude de ausência normativa.

2. AS TEORIAS ACERCA DO ÔNUS DA PROVA

A relação processual tríade prevê a produção de provas como meio de lastrear as alegações das partes litigantes em juízo. Nesse sentido, o termo “ônus” se apresenta como uma faculdade da parte, uma liberdade de agir, e em se tratando de interesse pessoal, o seu não exercício não pode resultar em sanção, já que não se trata de ilícito processual.

Por outro lado, apesar de não ser possível atribuir ao termo qualquer tipo de caráter sancionatório, ao transmutá-lo à produção de provas, entende-se que o seu não exercício apresentará conseqüências. Em outras palavras, caso o ônus da prova não seja exercido por uma

⁸ Ibid., p. 25.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

das partes, não lhe será atribuída qualquer sanção processual, entretanto, estará fatalmente sujeita a um provimento final que lhe será possivelmente desfavorável¹⁰.

Atualmente, no estudo do processo civil contemporâneo, o ônus da prova passa a ser visualizado como um dever processual e tal mudança de entendimento acerca do instituto apresenta extrema relevância. O objetivo dos estudiosos que o defendem, como Vitor de Paula Ramos¹¹, é uma construção paritária das provas produzidas em juízo associada à visão de provimento justo.

A compreensão da produção probatória como um ônus processual, ou seja, como uma faculdade é temerária. Aponta-se, para tanto, o caso em que uma das partes tenha acesso a prova que lhe é desfavorável, porém imprescindível para o deslinde do litígio, torna-se óbvio que não a produzirá em juízo, já que lhe é mais interessante a ocultação.

Tal situação inegavelmente macula o provimento final. Ora, o lastro probatório não é fim em si mesmo, ou seja, apresenta um objetivo, qual seja, o supracitado provimento final. Esse, por sua vez, é visto como limitado à verdade possível, àquela emanada por meio da análise das provas apresentadas em juízo, o que, por muitas vezes, a dissocia por completo da verdade real dos fatos.

Tem-se por certo que a verdade real é inalcançável, entretanto, é desejável que a verdade possível se aproxime da verdade real de modo que dela se torne fidedigna. Isso se afirma, pois quanto maior a congruência entre elas, maior será o senso de atingimento da justiça por parte dos jurisdicionados, no que pese se tratar de termo abstrato.

Adotando-se um ponto de vista sociológico, a lide é a judicialização de conflitos de interesses. Nesse sentido, o deslinde judicial da lide não necessariamente acarreta o fim do conflito de interesses em seu aspecto material, mas é possível se afirmar o contrário. Entretanto, ainda que se atenha ao aspecto judicial, por questões de conveniência temática, é inegável que há um senso de justiça que paira sobre todo e qualquer indivíduo. Consequentemente, se uma sentença é vista como justa pelas partes, evidentemente será melhor absorvida por elas, conferindo indiretamente legitimidade a todo o sistema jurisdicional.

Para que a busca da verdade possível seja aproximada da verdade real, tornando todo o procedimento o mais justo possível, a produção probatória não pode ser admitida apenas como ônus, faculdade processual, mas sim como dever das partes.

¹⁰ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

¹¹ RAMOS apud *ibid.*, p. 93-94.

Nesse sentido, o ônus da prova como dever processual apresenta consequências, tais como assevera Vitor de Paula Ramos¹², “desenvolver procedimentos que possam não só permitir que o juiz tenha condições de buscar a verdade com poderes instrutórios de ofício, mas também de regular a atividade das partes de modo a não permitir que essas “atrapalhem” ativamente ou passivamente esse seu mister.”

Portanto, o autor defende que o juiz, como agente integrante da tríade processual, deve adotar postura ativa quando da produção probatória das partes na instrução processual. A partir daí e por via de consequência, entende-se que o Princípio da Cooperação não se adstringe somente às partes, como também é aplicável ao magistrado.

É cediço, como relatado anteriormente, que o Código de Processo Civil de 2015¹³, assim como o fez o Código Civil de 1973¹⁴, adotou a teoria da distribuição estática do ônus da prova como regra. Entretanto, o regramento processual em vigor trouxe expressamente uma nova - e ainda incipiente - previsão normativa, qual seja, a dinamização do ônus da prova.

Primeiramente, é imprescindível que se aponte conceito preciso e eficaz acerca da teoria de distribuição estática do ônus da prova. Por oportuno, aponta-se o artigo 373, *caput*, I e II, do Código de Processo Civil, que a estabelece, como meio de facilitar sua compreensão.

De acordo com a supracitada teoria, a carga probatória é previamente estabelecida em lei, ainda que de forma abstrata. Transmutando-se tal caráter fixo à lei processual brasileira, tanto o inciso I quanto o inciso II determinam a natureza da prova que recai a cada uma das partes litigantes. Nesse sentido, recai ao autor o ônus da prova acerca de fato constitutivo de seu direito (inciso I) e ao réu o ônus da prova atinente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

Entretanto, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, a atual codificação processual, no §1º do mesmo artigo, normatiza ineditamente a dinamização do ônus da prova no direito processual pátrio. Nesse sentido, entende-se que a dinamização do ônus da prova surge como um complemento epistemológico à distribuição estática do ônus da prova. Em outras palavras, há um ônus da prova previamente estabelecido – distribuição estática do ônus da prova – que poderá ser modificado quando analisado *in concreto*, tratando-se de um dever do magistrado – dinamização do ônus da prova.

Nesse momento, por questões didáticas, torna-se imprescindível a distinção conceitual entre a teoria dinâmica do ônus da prova e o ônus da prova dinâmico, em virtude da aparente

¹² Ibid., p. 94.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

sinonímia dos termos. Enquanto esse é fixado pelo juiz, quando da análise do caso concreto, sem quaisquer previsões legais acerca da distribuição de carga probatória entre as partes; aquela diz respeito ao poder-dever do magistrado em modificar tal carga probatória, a qual foi previamente estabelecida por lei – *lato sensu*, evidenciando-se, por conseguinte, seu caráter complementar à concepção estática da distribuição do ônus da prova.

Quando da análise do caso *in concreto*, o juiz deverá verificar se a distribuição estática do ônus da prova é suficiente e adequada para que o provimento final se alinhe ao ideário social de justiça, objetivando a resolução do conflito em seu aspecto sociológico. Contudo, caso o magistrado conclua que uma das partes apresenta maior facilidade para produzir determinada prova - pois em posse dela, por exemplo - a teoria estática do ônus da prova apresenta-se insuficiente. Deverá aplicar ao caso, portanto, a dinamização do ônus da prova, sempre de forma complementar.

Nesse sentido, torna-se evidente que os princípios da cooperação e da paridade de armas associados a valores pós-positivistas - resgatados do jusnaturalismo, como justiça, aproximam a distribuição dinâmica do ônus da prova da constitucionalização processual civil. Em outras palavras, o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, para que resulte em um provimento final justo, necessariamente deve se coadunar com a produção de prova possível ou não excessivamente difícil, evitando-se, por conseguinte, que a parte, ao seguir o rigor da teoria estática, tenha que fazer prova negativa ou prova diabólica¹⁵, por exemplo.

Para evitar que o instituto se torne abstrato e, por conseguinte, de árdua aplicação pelo magistrado, Paulo Rogério Zaneti¹⁶ sugere parâmetros concretos para sua incidência, quais sejam:

[...] a fixação do ônus da prova ocorreria com base nos seguintes pontos: a) o papel desempenhado por uma das partes no fato gerador da controvérsia; b) estar uma das partes na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) ser uma das partes a única detentora da prova e d) existência de condições técnicas, profissionais ou jurídicas que uma das partes possua de forma superior em relação a outra.

Portanto, a utilização da teoria dinâmica, como meio de distribuição da carga probatória pelo juiz, apresenta requisitos materiais. Inicialmente, a aplicação da distribuição estática do ônus da prova, previsto no artigo 373, *caput*, I e II, do Código de Processo Civil, deve ser considerada inadequada ou insuficiente pelo juiz. Ressalta-se que, nesse momento, o magistrado também analisa a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em produzir

¹⁵ BUENO apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 737.

¹⁶ ZANETTI apud MACÊDO; PEIXOTO. *op. cit.*, p. 137.

prova, com base na teoria estática; ou, ainda, maior facilidade de obtenção da prova de fato contrário.

Em seguida, o magistrado considera a parte que, de acordo com as circunstâncias da controvérsia, apresenta maior facilidade em produzir provas, ou seja, se o caso *in concreto* se coaduna com uma das hipóteses construídas pelo doutrinador supramencionado ou em situações a elas semelhantes – tendo em vista se tratar de construção doutrinária, não há que se falar em rol taxativo. Se o *iter processual* preencher ambos os requisitos materiais, há de ser aplicada a dinamização do ônus da prova.

3. A DINAMIZAÇÃO COMO REGRA DE INSTRUÇÃO E RECURSOS CABÍVEIS

Imagine-se a seguinte situação ocorrida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015¹⁷:

Sociedade limitada empresária “X” apresenta três sócios em seu contrato social e prevê o sócio “Y” como seu único administrador. Em virtude de indícios mínimos de abuso de função, os demais sócios, como presentantes da sociedade limitada “X”, ajuizaram uma ação de resolução parcial em relação a um sócio – ação de exclusão de sócio – com pedido de tutela de urgência, objetivando o afastamento do sócio administrador “Y” de suas funções típicas. Houve deferimento do pedido liminar pelo juízo competente e, em consequência disso, os demais sócios passaram a exercer atividades de administração.

Sabe-se que o sócio pediu, quando de sua contestação tempestiva, genericamente a produção de provas.

Alguns meses depois, o sócio “Y” foi informado, por funcionários da sociedade com quem tinha uma excelente relação, de que os demais sócios estavam desviando recursos financeiros da sociedade “X” para a sociedade “Z”, recentemente criada por ambos e já operante. Foi-lhe narrado, também, que o contador da sociedade “X” se aproveitava de sua função para fraudar os livros empresariais.

Em decorrência de tal fato novo, requereu, por meio de petição simples e antes da designação de audiência de instrução e julgamento, a comprovação de regularidade dos livros empresariais e dos balanços mensais por meio de produção de prova pericial. Contudo, pleiteou que os honorários periciais fossem suportados pela sociedade autora. Fundou seu pedido na

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

possibilidade, legalmente prevista, de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no presente caso.

O juiz, na hipótese narrada, indeferiu o pedido, sob o argumento de que o ônus da remuneração do expert cabe à parte que o requer, conforme artigo 33 do Código de Processo Civil¹⁸, já que o réu não é beneficiário da gratuidade de justiça. Ademais, suscita a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova, pois a relação jurídica, descrita nos autos, não se trata de relação de consumo.

Primeiramente, torna-se necessário abordar, ainda que brevemente, a inversão do ônus da prova¹⁹, em virtude da primeira parte do §1º, do artigo 373 do Código de Processo Civil²⁰. Entende-se, conforme leciona Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto²¹, que o instituto é gênero do qual fazem parte as espécies inversão do ônus da prova *ope legis* e inversão do ônus da prova *ope judicis*. A primeira diz respeito aos casos em que o próprio legislador estabelece distribuição obrigatória do ônus da prova de modo diverso daquele estabelecido na regra geral do Código de Processo Civil²². Por sua vez, a espécie *ope judicis* é aquela em que o legislador normatiza que a inversão do ônus da prova deve ser analisada pelo magistrado, o qual poderá aplicá-la ou não, a depender das circunstâncias materiais do caso *in concreto*²³.

A partir daí, entende-se que o supracitado artigo 373, §1º, primeira parte, do Código de Processo Civil, menciona expressamente “os casos previstos em lei”, reportando-se, por conseguinte, às hipóteses do gênero inversão do ônus da prova. Entretanto, sua segunda parte, como já exposto à exaustão, normativa a dinamização da distribuição do ônus da prova.

Consequentemente, caso não seja hipótese de inversão do ônus da prova *ope legis*, de aplicação obrigatória pelo magistrado, e tampouco hipótese de inversão do ônus da prova *ope judicis*, de aplicação facultativa pelo juiz, poderá haver incidência da dinamização do ônus da prova, sempre a depender do caso concreto. Nesse sentido, mais uma vez, torna-se evidente o caráter subsidiário do instituto trabalhado, em decorrência da interpretação sistemática da lei processual.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Para maior e recomendado aprofundamento do tema inversão do ônus da prova, indica-se a obra MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹ MACÊDO; PEIXOTO. op. cit., p. 109-135.

²² Exemplo de tal modalidade de inversão está previsto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina expressamente que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

²³ Exemplo de tal modalidade de inversão está previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que o juiz poderá, quando verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor, aplicar a inversão do ônus da prova para facilitar a defesa de seus direitos.

Transmutando-se ao caso em análise, percebe-se que o réu pretende que sejam comprovadas, pela sociedade empresária “X”, a regularidade dos livros comerciais e balanços mensais. Ora, não se é pleiteada a alteração da distribuição da carga probatória em sua integralidade, ou seja, o réu não almeja a inversão do ônus da prova, e caso o pleiteasse estaria correta a decisão judicial, pois, de fato, não há previsão normativa que vincule o magistrado a fazê-lo – inversão *ope legis* – e tampouco há previsão que o possibilite empregá-la – inversão *ope judicis*. Em realidade, o que pleiteia o réu é a dinamização do ônus da prova em relação a provas específicas.

Com o deferimento da tutela de urgência, o réu não mais era administrador da sociedade empresária, contudo lhe é garantido o direito de acesso irrestrito aos documentos contábeis referentes à atividade empresarial, já que não houve a perda da qualidade de sócio. Contudo, ainda que tal direito seja respeitado pelos demais sócios administradores, tem-se que se demonstra insuficiente para que o réu comprove o que alega. Isso se dá, pois, em havendo suposta prática de ato fraudulento pelo contador da sociedade “X”, torna-se necessário perícia técnica sobre tais documentos contábeis.

O artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil²⁴, aponta expressamente que “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso” quando houver “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Nesse contexto, tem-se por inequívoco que é mais fácil à sociedade empresária “X” provar a regularidade de suas atividades do que o réu provar a existência de fraude; principalmente, pois se encontra afastado das atividades de administrador que antes exercia, o que denota sua impossibilidade ou excessiva dificuldade em fazê-lo. Consequentemente, o juiz poderia determinar a dinamização do ônus da prova somente em relação a essa prova, de forma fundamentada, e oportunizando à sociedade empresária “X” a desincumbência do ônus que lhe for atribuído – conforme leciona o artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil, por meio de relatório detalhado dos livros empresariais e balancetes, por exemplo.

Ademais, em certos casos, a atividade empresarial exercida é extremamente complexa e vultosa, apesar de se tratar de sociedade limitada, o que acarretaria em honorários periciais também elevados. Consequentemente, não se estaria diante, apenas, de impossibilidade ou excessiva dificuldade em fazer prova do pretendido, mas em verdadeira hipossuficiência econômica por parte do requerente.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

Portanto, a decisão, ao indeferir o pleito do réu, vai de encontro aos princípios da cooperação e da paridade de armas, pois a alegada existência de fraude seria resolvida simplesmente pela dinamização do ônus da prova. O que poderia, inclusive, servir como prova emprestada em possíveis ações futuras referentes às consequências da ação fraudulenta.

Além disso, o risco de dilapidação do patrimônio empresarial também estaria dirimido, pois provada a fraude, haveria a possibilidade de substituição dos administradores por um administrador judicial, por exemplo, resguardando-se o direito do réu aos haveres que devidamente lhe caibam. Por outro lado, caso reste provada a regularidade do exercício de empresa pela sociedade “X”, dá-se seguimento ao feito, denotando-se a ausência de prejuízo. Ressalta-se que deve ser assegurada à parte a oportunidade de se desobrigar do ônus que lhe for atribuído pelo magistrado.

Ultrapassada a questão, torna-se imprescindível abordar a fase processual em que deve ocorrer a dinamização do ônus da prova. O Superior Tribunal de Justiça apresenta jurisprudência consolidada de que a inversão do ônus da prova *ope judicis*, prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor²⁵, é regra de instrução, ou seja, a decisão que a determinar deverá ocorrer preferencialmente ao longo do saneamento do processo. Entretanto, caso seja proferida posteriormente, deverá ser oportunizada à parte, a quem recai o ônus, a apresentação de novas provas²⁶.

É evidente que a inversão *ope judicis* do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova são institutos distintos, contudo em ambos os casos, é necessário que haja decisão judicial para que sejam aplicadas ao processo. Como não se trata de distribuição geral ou inversão legal do ônus da prova, as partes não tem conhecimento prévio de como ela se dará, sendo necessário, por conseguinte, que o magistrado se manifeste, por meio de decisão interlocutória, acerca da inversão *ope judicis* do ônus da prova e, por interpretação analógica, sobre a dinamização do ônus da prova. Em outras palavras, silente o magistrado, presume-se a regra geral – distribuição estática, o que denota a necessidade de as partes serem informadas sempre que a distribuição se der de forma diversa.

No que tange aos recursos cabíveis, uma análise mais contida torna-se pertinente. Conforme se depreende acerca da leitura do artigo 1.015, XI, do Código de Processo Civil²⁷,

²⁵ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. nº 1.450.473/SC*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142376014/agrg-no-recurso-especial-n-1450473-sc-do-stj>> Acesso em: 06 mar. 2019.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil²⁸. Algumas situações surgem a partir daí:

1. A parte pleiteia a dinamização do ônus da prova e o pedido é indeferido. Nesse caso, a própria parte poderá agravar a decisão;
2. A parte pleiteia a dinamização do ônus da prova e o pedido é deferido. Trata-se de hipótese em que a parte contrária poderá interpor agravo de instrumento;
3. Nenhuma das partes pleiteia a dinamização do ônus da prova e o magistrado o faz de ofício. Tal situação é possível, em virtude dos Princípios da Cooperação e da Paridade das Armas, bem como, da atuação ativa do magistrado. Caso a hipótese concreta apresente tal configuração, ambas as partes poderão interpor o recurso de agravo de instrumento, a depender de seu interesse;
4. Nenhuma das partes pleiteia a dinamização do ônus da prova e o magistrado não o faz de ofício quando do saneamento. Nessa derradeira hipótese, não há cabimento de recurso algum, pois como nenhuma das partes o pleiteou quando do momento oportuno, entende-se que há preclusão. Ademais, presume-se que o julgador, ao analisar o caso *in concreto*, entendeu ser a distribuição estática do ônus da prova, prevista no *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil, suficiente e adequada para lastrear o processo de forma eficaz.

Tal sistematização tem por objetivo apresentar clareza no que tange ao recurso cabível para atacar o mérito da decisão judicial, seja a que defere, seja a que indefere o pedido de dinamização do ônus da prova. Contudo, caso haja pedido de quaisquer das partes atinente à dinamização sem a devida manifestação judicial, não há óbices à interposição de embargos de declaração, em virtude da omissão quanto à questão requerida pela parte, conforme leciona o artigo 1.022, III, do Código de Processo Civil²⁹.

Em derradeiro, aponta-se que a dinamização do ônus da prova, apesar de normatizada pelo legislador infraconstitucional desde 2015, ainda apresenta uma aplicação incipiente. Uma das possíveis explicações para sua baixa implementação é a complexidade dos institutos do ônus da prova e a confusão recorrente entre o gênero inversão do ônus da prova e a espécie dinamização do ônus da prova. Outra possível causa a ser apontada é a sua relativa abstração, sem parâmetros claros de execução ou limitação do poder do juiz. Entretanto, o real, ou talvez

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

mais evidente, óbice à efetividade do instituto é a possibilidade de sua efetivação de ofício ser interpretada como ativismo judicial do magistrado.

Tem-se por certo que a não aplicação do instituto pode se apresentar como um meio de o juiz se eximir de futuros questionamentos, pois ao se tratar de possibilidade legal, em que não há vinculação, os riscos de uma decisão criticável são menores. Contudo, se é inquestionável que a atuação do magistrado apresenta consequências, o mesmo pode se afirmar acerca de sua inércia. Nesse sentido, o silêncio pode acarretar consequências nefastas à produção probatória; diz-se isso, pois a distribuição estática pode ser mais vantajosa a uma das partes, o que fatalmente acarretaria em um provimento final legal, porém injusto.

Ademais, imparcialidade não é sinônimo de passividade. Isso significa dizer que a postura ativa do julgador, como agente da tríade processual, pode acarretar no emprego da dinamização como mecanismo de se atingir real paridade de armas entre as partes. Em outras palavras, o instituto jurídico pode se apresentar como um reequilíbrio da capacidade de lastro probatório entre os litigantes, quando a distribuição estática do ônus da prova se demonstrar insuficiente. Portanto, em hipóteses como essas, a imparcialidade almejada importa necessariamente postura ativa do juiz que, ao dinamizar o ônus da prova, possibilita produção probatória equilibrada e mais próxima do ideal de justiça, apto a dirimir conflitos em seu aspecto material.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa evidenciou a aplicação, ainda incipiente, da dinamização do ônus da prova. O tema é problematizado partindo-se do panorama atinente ao neoconstitucionalismo, o qual representou uma virada epistemológica concretizada pela interpretação da legislação processual com a filtragem das regras e princípios constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Por sua vez, o segundo e o terceiro capítulos se cingiram em aspectos processuais. Aquele relacionado aos conceitos e distinções das diferentes espécies de distribuição do ônus da prova; esse referente a possíveis soluções que dizem respeito ao momento da decisão de dinamização, bem como, aos recursos a ela cabíveis.

A abordagem foi pensada de forma sistemática, levando-se em consideração a lei processual em sua totalidade e a Constituição Federal, objetivando-se a apresentação do instituto de forma integrada. Ademais, foram abordadas possíveis causas à embrionária aplicação prática do instituto, bem como, soluções éticas a elas.

Ao longo de todo o trabalho, a autora pretendeu enaltecer a necessidade de uma postura ativa do magistrado, como integrante da relação processual contemporânea, relegando sua passividade a tempos pretéritos em que o positivismo puro imperava. Atualmente, não é mais possível alinhar valores sociais, como a justiça, a uma postura passiva do julgador. Nesse sentido, situações em que há inegável desequilíbrio na possibilidade de produção probatória das partes demandam uma ação do magistrado.

Nesse contexto, a dinamização se apresenta como sugestão para que se alcance um procedimento justo e eficaz. Em aspectos práticos, o emprego do instituto representa um avanço procedimental, pois se afasta o mecanicismo e a padronização do processo ao se buscar a distribuição da carga probatória que melhor se amolde ao caso concreto, considerando-se suas circunstâncias peculiares.

Portanto, é necessário que haja produção acadêmica sobre o tema, pois balizas bem estruturadas trazem clareza à forma e ao conteúdo do instituto em análise, o que acarretaria uma aplicação mais confortável pelo magistrado. Por oportuno, salienta-se que a produção teórica atual e especializada, ainda que não dirima todas as possíveis controvérsias existentes, possibilita ao juiz aplicação segura, como se evidenciou ao longo da presente pesquisa de forma aprofundada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869_imprensa.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. nº 1.450.473/SC*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/142376014/agrg-no-recurso-especial-n-1450473-sc-do-stj>> Acesso em: 06 mar. 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.