



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
FACE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Baldomero Cortada de Oliveira Bello

Rio de Janeiro
2019

BALDOMERO CORTADA DE OLIVEIRA BELLO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
FACE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

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 APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA FACE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Baldomero Cortada de Oliveira Bello

Graduado pelo Instituto Brasileiro de
Mercados de Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo – o ônus da prova sempre foi - e sempre será - de importância ímpar nas relações judiciais, mister pelo fato de relacionar-se diretamente com a busca da verdade, ostentando a teleologia de aproximar a atuação jurisdicional da justeza e, por consequência, aprimorando-a. Assim como a própria sociedade, que passa por mudanças estruturais ao longo do tempo, a questão referente ao ônus probatório também o faz, transformando-se e adaptando-se de acordo com a relação de direito material travada, mas não apenas, pois é igualmente certo que o sistema perquire a utilização de métodos racionais, previamente informados às partes, a fim de balizar a atuação destas para que o órgão jurisdicional desempenhe sua função. A essência do trabalho é delinear o panorama hodierno, detendo-se ao negócio jurídico processual, de forma mais acurada no que tange à convenção processual acerca do ônus da prova entabulada previamente ao processo e que venha a apresentar, a posteriori, uma prova diabólica. Neste diapasão, o artigo 190 do Código de Processo Civil constitui cláusula geral de convenções processuais, sendo certo que permite controle de validade do avençado quando há vulnerabilidade, logo, busca-se analisar se o artigo 373, §3º, inciso II, do mesmo diploma normativo - que trata especialmente do tema probatório -, também possui tal requisito.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Principiologia Processual Civil. Autonomia Privada. Ônus Probatório. Contratos Paritários.

Sumário –Introdução. 1. A evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento jurídico. 2. A releitura do conceito da autonomia da vontade e o ônus da prova no processo civil. 3. O negócio jurídico processual entabulado previamente ao processo e seu controle judicial diante da autonomia privada e da prova diabólica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a possibilidade da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova nas relações contratuais paritárias, mormente quando, nestas, tiver ocorrido convenção para que sua distribuição seja de modo diverso. Procura-se demonstrar até que ponto a autonomia privada permite que o negócio processual altere o ônus probatório.

Para tanto, abordam-se principalmente as posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a conseguir debater se a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais paritárias permite que o negócio processual dificulte, ou até mesmo impossibilite, o ônus probatório, tendo em vista que as partes da relação jurídica contratual se encontram em patamar de igualdade e assim dispuseram.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo forte carga normativa, seus vetores axiológicos irradiaram-se para todo o ordenamento jurídico e, diante disso, a conhecida corrente doutrinária chamado de Direito Civil Constitucional surgiu com o propósito de ser um movimento de releitura de todo o direito privado. Neste diapasão, diante da evolução dos direitos fundamentais, o direito privado – tanto em seu viés material como também em seu viés processual - foi afetado, vindo a perder seu caráter nitidamente liberal e individualista, o qual privilegiava a autonomia da vontade.

Diante disso, em que pese o Código Processual Civil de 2015 surgir com intuito de regular a prova, dispondo sobre a incidência do ônus probatório, o tema merece atenção, uma vez que a doutrina é controvertida acerca da possibilidade de negócios jurídicos contratuais paritários estabelecerem, com supedâneo na autonomia privada, ônus de modo diverso do legalmente previsto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento jurídico, precipuamente no direito privado. Corolariamente, são trazidas reflexões acerca das alterações sofridas pelo direito processual civil em razão da releitura constitucional, bem como a influência das normas processuais no desfecho de uma demanda judicial.

Segue-se, no segundo capítulo, sopesando quais critérios moldam uma real relação jurídica contratual paritária, explicitando, ainda, a releitura do conceito da autonomia da vontade e seus consectários diante da nova perspectiva constitucional do direito material e processual.

O terceiro capítulo, por fim, visa ponderar se é possível que o magistrado, em prol de uma melhor atuação jurisdicional e visando tutelar aquilo que se apresenta como a verdade dos fatos, altere o ônus da prova, aplicando a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, ainda que se trate de uma relação jurídica paritária em que houve um negócio processual dispondo de forma diversa.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador busca racionalizar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis, bem como por se amoldarem bem ao objeto da pesquisa, para, então, comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Deste modo, a abordagem será alicerçada em base qualitativa, valendo-se de bibliografia relacionada ao tema que será desenvolvido, de modo que o pesquisador possa conduzir o raciocínio, após fichamento da questão em fase exploratória, com o condão de sustentar sua tese.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu intensas alterações no último século, moldando-se gradualmente até alcançar o panorama em que hodiernamente se apresenta, sendo certo que foi corolário das também intensas transmutações pelas quais a própria ordem social do Estado perpassou.

Em outras palavras, tem-se que o desenvolvimento do Estado brasileiro, em sua acepção político-social, foi acompanhado pela evolução do Direito e, mais especificamente, pela formação do que atualmente se conhece por “gerações de direitos fundamentais”, distinção estabelecida entre os direitos fundamentais com a teleologia de situá-los de acordo com os distintos momentos em que surgiram, sendo certo que se originaram de reivindicações que foram acolhidas pela ordem jurídica.

É de bom alvitre salientar, todavia, que alguns doutrinadores preferem, por questões de rigorismo técnico, a expressão “dimensões de direitos fundamentais”, uma vez que, de acordo com os defensores desta etimologia, o termo “gerações” poderia sugerir uma equivocada ideia de substituição da geração anterior pela mais recente, o que se afigura incorreto, tendo em vista que constituem natureza cumulativa e complementar. Neste sentido é a posição dos autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹:

Num primeiro momento, é de se ressaltar as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações”, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

A divergência em relação à nomenclatura gerou, inclusive, reflexões em grandes autores, tal como Paulo Bonavides, que, conforme relata de Dimitri Dimoulis², reconheceu “dimensões” como termo mais adequado: “Aliás, o próprio Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo “dimensões” em face do termo “gerações”, ‘caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade’.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 318.

² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-35.

Superando a mencionada questão, busca-se realizar um panorama simplista do trajeto percorrido pela mencionada evolução dos direitos fundamentais, com vistas a proporcionar um contorno de entendimento mais lógico e acertado quanto aos deslindes do presente trabalho.

Aponta-se, inicialmente, que é comum identificarem-se três dimensões dos direitos fundamentais de acordo com a fórmula de universalização dos direitos fundamentais e sob os princípios cardeais da Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité* – liberdade, igualdade e fraternidade), porém, incontestável que nos dias de hoje a doutrina já se debruça sobre o que seria uma quarta dimensão, remontando à democracia e ao desenvolvimento biotecnológico contemporâneo³. Ressalve-se que alicerçado nos objetivos do presente trabalho e sendo o presente capítulo apenas um introito com vistas ao melhor entendimento do tema principal, como já supramencionado, abordar-se-á tão somente aquelas dimensões.

Afigura-se indubitável que o Direito é uno, indivisível e jamais pode ser desmembrado de sorte a gerar interpretações e entendimentos extrassistêmicos, pois a harmonia entre toda sua estrutura fundamenta seus pilares. Essa constatação justifica, inclusive, os princípios constitucionais e as diferentes técnicas de hermenêutica, tais como o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição (hipótese em que se apresentam normas plurissignificativas ou polissêmicas, quando a exegese adequada deverá ser a que mais se aproxime da Constituição) e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto (entre os sentidos da norma, identifica-se, de antemão, qual deles é inconstitucional – declarando a parcial nulidade).

Entretanto, uma dicotomia entre direito privado e direito público foi criada para fins acadêmicos, o que acabou refletindo nas suas respectivas aplicações sociais. Assim, a codificação do direito civil passou a ser entendida de maneira incisiva no trato das relações privadas, causando, sobretudo pela influência do liberalismo clássico, uma ideia de absentismo estatal e prezando pelas liberdades individuais. Desta forma, os direitos de primeira dimensão, em um Estado Liberal de Direito ou pré-moderno, eram caracterizados, principalmente, pelos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. Em verdade, como bem lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴ “Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do poder. Daí esses

³Nesse sentido, BOBBIO, Noberto, *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25. BULOS, UadiLammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 404. BONAVIDES, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 570-572.

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.”

Considerando que o paradigma dos direitos de primeira geração era o homem individualmente considerado, precipuamente com um Estado absenteísta, os problemas sociais aumentaram quantitativamente, bem como se hipertrofiaram, passando a demandar uma postura ativa do Estado, o que era mister para conter as reivindicações daquele período por justiça social, tendo em vista o abismo de desigualdade causado pelo ideal de Estado liberal. Desta forma, uma nova compreensão de Estado se descortinou, qual seja, um Estado Social de Direitos (também conhecido como moderno ou *WelfareState*), que passou a titularizar deveres de plexo social, abandonando aquele modelo abstencionista e adotando uma postura provedora e interventora, do que resultaram os direitos de segunda dimensão - caracterizados por um viés de isonomia e impulsionados por prestações estatais positivas.

Já os direitos denominados de terceira dimensão, são marcados pela ideia de titularidade difusa ou coletiva, sob o espeque de um Estado Democrático de Direito, também chamado de pós-moderno. Este ostenta uma atuação de intervenção moderada, ou seja, somente age quando há distorções no mercado e para determinadas atividades (interesse público relevante ou imperativos de segurança), ganhando força a ideia de subsidiariedade. Tais direitos são concebidos para a proteção de coletividades e grupos (tal como direito ao meio ambiente e à paz). Neste diapasão, são as palavras de Luís Roberto Barroso⁵: “Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor.”

Diante de todo o exposto, tem-se que com a evolução do direito e das concepções político-sociais do Estado brasileiro, a Constituição Federal passou a ser o cerne de todo o ordenamento jurídico, devendo sua carga axiológica irradiar-se por todo os ramos do direito, inclusive àqueles marcados outrora por forte vetor liberal. Um exemplo disto é o movimento de despatrimonialização e constitucionalização do Direito Civil. Nesta esteira, ensina Luís Roberto Barroso⁶:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-201.

⁶Idem. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=14>. Acesso em: 07 abr. 2019.

normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Assim, afigurando-se como inquestionável que todas as diretrizes do ordenamento pátrio devem ser alvo de releitura com base na Constituição Federal, é igualmente acurada a afirmativa de que o Direito Civil sofreu forte incidência dessa filtragem constitucional, notoriamente por figurar em faceta do Direito na qual a luminosidade da intervenção/regulação estatal não abrangia, ou seja, que ostentava maior âmbito de liberdade nas avenças. Dessa forma, passar-se-á à análise das alterações sofridas pelo Direito Civil e pelo Direito Processual Civil, respectivamente, no que tange à autonomia da vontade e ao ônus probatório.

2. A RELEITURA DO CONCEITO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Incontáveis relações e interações humanas constituem a vida de uma sociedade, porém, não são todas essas condutas que ingressam no universo jurídico. Os atos volitivos, entendidos como manifestações de vontade (sejam as meramente internas ou as eventualmente declaradas), podem emanar-se em qualquer direção, desde atos triviais do dia-a-dia - *vg.* ir à padaria - até mesmo a interferência ou formação de negócios jurídicos, tal como um contrato, negócio jurídico por excelência.

Deduz-se, assim, que a autonomia da vontade possui uma abrangência imensurável, todavia, quando esse elemento volitivo, com supedâneo na norma, envolve matriz jurídica, tem-se como mais apropriada a utilização da expressão “autonomia privada”, uma vez que esta, além de alcançar o campo do direito, traz consigo a noção de respeito aos limites impostos principalmente pelo ordenamento jurídico (mas não apenas, já que também encontra obstáculos em princípios sociais), enquanto a “autonomia da vontade” absente tal característica, restringindo-se a escopos extrajurídicos e conferindo à carga volitiva um caráter quase que absoluto⁷.

⁷Sobre o tema, é interessante invocar o escólio de Francisco Amaral, que em 1989 já apontava distinção entre os termos: “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. p. 213. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Em outros termos, a autonomia privada enquadra os corolários jurídicos que determinado ato volitivo pode tangenciar ou ensejar, denotando atenção aos aspectos jurídico-materiais, mormente ao arcabouço constitucional que, como outrora explicitado, se irradiou para todas as vertentes após o advento da Constituição de 1988, dando azo à personalização do direito privado. Nas palavras de Robson Godinho⁸: “A autonomia privada trabalha não com a vontade subjetiva soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa, que autoriza a formação de normas negociais e determinação de seu próprio comportamento individual.”

Afere-se, desta feita, que excessos ou inobservâncias formais ou materiais possibilitam que o ato seja levado ao inexorável controle judicial, justificando análise casuística de seus elementos (essenciais, naturais ou acidentais) a fim de determinar os efeitos do mencionado ato, inclusive, pelo seu esquadramento diante dos planos da conhecida teoria da Escada Ponteanana.

A autonomia da vontade, a seu turno, guarda relação com o século XIX, possuindo contornos de um período em que a vontade das partes ostentava um grau muito mais elevado de intocabilidade no direito privado, justamente em razão de inobservância de matrizes constitucionais, sociais e éticas.

Diante do exposto, resta evidente que os termos e suas respectivas utilizações são distintos, devendo haver cuidado quando de seus empregos, sob pena de o interlocutor trazer à lume verdadeiro desconhecimento acerca do debate, o qual é de hodiernidade relativa.

Ultrapassado o aspecto atinente à epistemologia dos termos e acreditando ter cumprido com a missão de esclarecer a mudança que permeou o panorama jurídico pátrio - especialmente o direito privado -, no que tange à liberdade da vontade nos negócios jurídicos, passa-se ao estudo do ônus da prova, o qual é de basilar importância para que haja a compreensão das teorias que daí decorrem, bem como suas aplicabilidades no negócios jurídicos processuais e seu eventual controle.

Inicialmente, ingressando no tema de *ônus probandi*, é de bom alvitre salientar que o presente trabalho ostenta objeto delimitado, tendo o escopo de apresentar as facetas relacionadas à questão do controle judicial de negócio jurídico processual entabulado em momento anterior ao processo e envolvendo ônus probatório, sendo certo que realizado por partes consideradas paritárias, mas que, posteriormente – durante o processo -, houve

⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

descompasso na viabilidade da prova, verificando-se verdadeira prova diabólica⁹. Assim, pela mesma razão, buscar-se-á explicações mais detidas tão somente de conceitos centrais das premissas necessárias ao entendimento do supracitado debate, não incorrendo em maiores dilações em conceitos e/ou teorias conexas, tal como os aspectos do ônus da prova (seu viés objetivo e subjetivo)¹⁰, distinções entre ônus e dever¹¹, dentre outros.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, incisos I e II, manteve a regra já existente no sistema anterior – mais especificamente no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 – de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, porém, admite-se, ainda, a existência de distribuição estática do ônus de forma distinta da citada regra geral, marcada pelo fato do próprio legislador estabelecer, antecipadamente, a quem caberá o ônus de provar fatos específicos – vg. o artigo 38 da Lei 8.078/90.

Com o tempo, passou a ser claramente perceptível que a distribuição fixa, abstrata e rígida, previamente encartada pelo legislador, não atendia aos anseios de robustecimento do material probatório, além de permitir o fatídico cenário em que o processo não era dotado de máxima efetividade quando da busca pela verdade dos fatos, pois não raras eram as vezes que a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo em razão de não conseguir se desincumbir satisfatoriamente daquele ônus legalmente estipulado pelo legislador.

Diante, portanto, da inquestionável constatação de que existem situações fáticas que emergem com complexidade insuscetível de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, de modo que foram sendo criadas e aplicadas outras regras de inversão e dinamização estabelecidas em lei, sendo este o contexto em que surgira a teoria da distribuição da carga

⁹ A prova diabólica é aquela de excessiva dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de produção ou obtenção.

¹⁰ Em seu aspecto subjetivo, o ônus da prova estampa a teleologia de nortear as partes envolvidas na demanda para que saibam, de antemão, as suas respectivas parcelas de responsabilidade em relação ao fato que se busca demonstrar em Juízo. Assim, direciona-se às partes, pois serve como um alerta acerca do risco de derrota na demanda caso não se desincumbam satisfatoriamente de suas tarefas em relação à demonstração dos fatos que lhe beneficiariam. O seu aspecto objetivo, a seu turno, é compreendido como uma regra de julgamento, pois consiste em arcabouço normativo direcionado ao magistrado para que exerça sua atividade julgadora, ainda que haja insuficiência em termos de provas produzidas. Em outros termos, há a determinação de qual das partes suportará as consequências da mencionada insuficiência, uma vez que veda-se o *Non Liquet* – deixar o juiz de decidir a questão posta.

¹¹ Em apertada síntese, um dever constitui uma obrigação, não permitindo qualquer juízo de voluntariedade da parte sobre a apresentação e/ou fornecimento, ou não, daquela prova, exceto se optar por incorrer em ilícito – imagine-se uma ordem judicial de apresentação de determinado documento. O não atendimento a um dever configuraria manifesto ilícito, tal como uma desobediência e, por corolário, geraria sanções. O ônus, por outro lado, contrapõe-se ao dever jurídico, sendo certo que se a parte não se desincumbir daquele, não cometerá qualquer ilícito, apenas perdendo ou deixando de obter uma vantagem.

dinâmica do ônus probatório, trazendo consigo a possibilidade de modificação opejudicis do ônus da prova, ou seja, a possibilidade de o Estado-juiz alterar quem sofrerá as consequências pela insuficiente corroboração da hipóteses fáticas. FredieDidie Jr¹². resume o tema com sua peculiar excelência - e sem abandonar a simplicidade -, sendo de bom alvedrio a transcrição de suas palavras:

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes. A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque feita à luz de uma situação concreta. O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente quem arca com a falta de prova; são as chamadas regras sobre ônus da prova. Mas essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

O Código de Processo Civil de 2015 reconheceu expressamente, em seu artigo 373, §1º, a teoria da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova, que consiste justamente na maior flexibilização, pelo juiz, das regras do ônus probatório¹³. Entretanto, é de bom alvitre salientar que o dispositivo supracitado alicerça que sua aplicabilidade depende de decisão específica e fundamentada, além de averiguação e conseqüente constatação acerca de “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade” de cumprimento do encargo.

Ademais, afigura-se indubitável, com esteio no texto legal, que a aplicação de tal técnica não deve ocorrer tão somente na sentença; ao contrário, cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos controvertidos e da especificação das provas – portanto, quando do saneamento do processo -, esclarecer que a causa não será regida pela regra estática do ônus probandi (art. 373, caput), mas pela técnica ora em comento, pois, somente dessa maneira, possibilitar-se-á o contraditório¹⁴ e privilegiar-se-á toda a moldura processual constitucional,

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 128-129.

¹³ Ressalte-se, todavia, que já existiam normas positivadas dispendo acerca da técnica de inversão do ônus probatório, caso do artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dispõe que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹⁴ O princípio do contraditório (previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição federal e também no artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015) importa na garantia de participação dos atos processuais e, igualmente, na capacidade de influenciar nas decisões. Aquela garantia é a denominada formal, enquanto esta conforma o seu espectro substancial. Esta dimensão substancial, que garante o poder da parte influenciar nas decisões, abrange a vedação às decisões surpresas (artigos 9º e 10, ambos do diploma processual civil), pois, por questões lógicas, se uma parte foi surpreendida com uma decisão, significa que não tinha conhecimento acerca de seu proferimento, e, corolariamente, tem-se que não lhe fora oportunizada a fala.

sendo mister rememorarmos que o próprio artigo 1º preceitua que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Neste diapasão, são as palavras de Humberto Theodoro Júnior¹⁵:

O novo Código absorveu a teoria do ônus dinâmico da prova, mas o fez com todas as cautelas necessárias para evitar decisões surpresa e para cumprir, com efetividade, o contraditório, e bem observar o princípio democrático da cooperação entre os sujeitos do processo.

Ato contínuo de estudo, o parágrafo segundo do aludido comando impõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar a mesma situação para a parte adversa, ou seja, aquela que recebeu o encargo – mas que não estava primitivamente com tal ônus – não poderá descortinar-se, igualmente, em posição de excessiva dificuldade ou impossibilidade desincumbência do encargo. Dito de outra forma, caso a prova seja considerada diabólica para ambas as partes, não será admissível que o julgador se valha da distribuição em prejuízo da parte que inicialmente não possuía tal ônus, devendo decidir com base em outras provas, presunções e/ou regras de experiência¹⁶.

Por sua vez, é certo que o parágrafo terceiro, ainda do artigo 373 do diploma processual civil, autoriza que as partes distribuam diversamente o ônus da prova por meio de convenção, desde que esta postura respeite duas condições, quais sejam: i) não torne excessivamente difícil o exercício do direito e; ii) não recaia tal convenção sobre direito indisponível. Por corolário lógico, se o dispositivo impede a inversão nos casos a que alude, por exclusão a autoriza nas demais hipóteses. Por fim, é de bom tom apontar que tal ajuste pode ocorrer antes do processo ou no curso deste.

O presente trabalho trata justamente dessa convenção que torna difícil o exercício do direito. Como se verá a seguir, busca-se investigar se a referida vedação incide apenas em relações de vulnerabilidade - em compasso com o negócio jurídico processual previsto no artigo 190, parágrafo único - ou também em relações paritárias.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 938.

¹⁶ Apenas a título de recordação, as presunções podem ser divididas em presunções legais (que podem ser relativas ou absolutas, conforme admitam ou não prova em contrário) ou em presunções simples ou hominis (mencionadas, juntamente com as regras de experiência técnica, no artigo 375 do Código de Processo Civil, autorizando o juiz a decidir com base em regras de experiência comum, que são subministradas pela observação do que ordinariamente acontece).

3. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ENTABULADO PREVIAMENTE AO PROCESSO E SEU CONTROLE JUDICIAL DIANTE DA AUTONOMIA PRIVADA E DA PROVA DIABÓLICA

Diante de tantas teorias e conceitos, faz-se interessante realizar um breve compêndio do tema, o que ensejará maior inteligência do raciocínio a ser desenvolvido. Como outrora dito, existem as regras gerais de aplicação do ônus da prova, que são aquelas instituídas no artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973 e que foram mantidas pelo Código de Processo Civil hodierno, mais especificamente em seu artigo 373, incisos I e II, as quais instituem sua distribuição de acordo com o interesse na afirmação do fato. Por esta estrutura técnica, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, buscando levá-lo ao sucesso, com a procedência de seus pedidos; ao réu caberá provar os fatos que modificam, extinguem ou impedem os direitos autorais, buscando a improcedência dos pedidos da exordial.

Desta feita, o mencionado dispositivo desempenha o papel de regra de conduta, pois certo que permite que as partes tracem, previamente, suas estratégias probatórias, ou seja, cientes de seus respectivos ônus, saberão também qual modo de agir lhes trarão melhores perspectivas no tocante aos seus interesses, pelo menos em uma análise preambular.

Apesar das aludidas regras, prévia e fixamente estipuladas, passou-se a constatar que nem sempre tais ditames conduziam à maior efetividade do processo – sob o prisma de busca da verdade real -, pois não raras eram as vezes em que o mais frágil da relação processual sucumbia em razão de dificuldades na produção da prova, oriundas da atribuição legalmente estipulada. Diante disto, novas balizas envolvendo situações de hipossuficiência foram criadas, de modo a permitir que a parte atingida por essa hipossuficiência fosse beneficiada; uma verdadeira vantagem processual – o que constitui as regras de inversão do ônus da prova *ex vi lege*.

Prosseguindo, empenhando-se em desenvolver ainda mais o panorama existente, com vistas à sua efetividade, criou-se a técnica da dinamização dos ônus probatórios. Em contornos gerais – mantendo a teleologia alhures revelada de apenas sintetizar o conteúdo para passar à ideia central -, trata-se da possibilidade de o juiz, no caso concreto e desde que atento às condicionantes processuais e materiais (previstas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 373 do Diploma Processual), atribuir os ônus probatórios de maneira diversa da legalmente prevista, o que o faz com supedâneo na razoabilidade e com o objetivo de que aquele que possui melhores condições de produzir a prova suporte o seu ônus.

Finalmente, culmina-se ao ponto almejado, qual seja, ao negócio jurídico processual, mais especificamente à convenção processual acerca do ônus da prova. O Código de Processo Civil atual manteve, nos incisos do parágrafo terceiro de seu artigo 373, a diretriz elencada pelo seu antecessor nos incisos do parágrafo único do artigo 333.

Nesta entoada, houve a manutenção de que a convenção sobre os ônus probatórios não pode ocorrer quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Tais limitações constam, respectivamente, nos incisos I e II, tanto do dispositivo da codificação atual quanto da pretérita.

Note-se como a doutrina tem tratado as restrições, precipuamente a constante no inciso segundo, mas, antes, é de bom alvitre apontar, novamente, que a convenção ora comentada pode ser celebrada antes ou durante o processo, o que resta indiscutível diante do disposto no parágrafo 4º do artigo 373. É em relação ao inciso segundo (que trata da excessiva dificuldade para o exercício do direito), mister quando o negócio jurídico processual fora concretizado antes do processo e por partes paritárias, que deseja-se perquirir neste capítulo. Fez-se o peculiar apontamento atinente a perfeita possibilidade da convenção ser entabulada antes do processo, pois existia séria divergência doutrinária durante a vigência da legislação processual anterior, que não pormenorizava o detalhe. A título de corroboração, colaciona-se excerto das palavras de Robson Godinho¹⁷:

Relembre-se que uma das clássicas discussões envolvendo a matéria situa-se precisamente na natureza e no momento em que se podem estabelecer tais convenções. Parece-me que, pelas razões expostas nos itens antecedentes, configura-se neste dispositivo o reconhecimento de que se trata de um ato processual em sentido amplo, independentemente de ser celebrado antes ou no decorrer de procedimento específico. Ou seja: trata-se de negócio jurídico cujos efeitos repercutem em um procedimento atual ou futuro, sem qualquer confinamento temporal ou topográfico, o que revela importante evolução técnica, já que persistem entendimentos doutrinários no sentido de que se trataria de negócio extrajudicial. Com o novo dispositivo, essa discussão felizmente estará superada.

No que tange às limitações à convenção sobre a distribuição do ônus da prova (constantes, como já citado, nos dois incisos do parágrafo terceiro do artigo 373), tem-se no inciso primeiro que não pode recair sobre direito indisponível da parte, o que não ocasiona motivos para maiores dilações, à exceção de um interessante posicionamento, apresentado pelo professor Fredie Didier Jr.¹⁸, que visa a permitir a convenção com direito indisponível como objeto:

¹⁷GODINHO, op. cit., p. 239

¹⁸DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 142-143.

Parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos disponíveis ou indisponíveis. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponíveis tornando mais fácil para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada. O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito.

No que diz respeito à vedação do inciso II, que proíbe que o negócio jurídico processual que verse sobre ônus da prova gere uma prova diabólica, é certo que tal proibição já se encontra expressamente positivada, quando há envolvimento de uma parte vulnerável, na cláusula geral de negociação processual. Esta cláusula encontra-se no artigo 190, também do Código de Processo Civil, e possui tal nomenclatura por permitir a negociação de diversas outras questões atinentes ao processo, tal como seu procedimento, faculdades e deveres processuais, dentre outros. O seu parágrafo único é expresso ao apontar a possibilidade do controle judicial da validade do negociado, principalmente quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

É certo que o artigo 373, §3º, inciso II, trata de forma especial do ônus probatório enquanto o artigo 190, como já dito, é uma cláusula geral que permite convenções acerca de diversas matéria processuais. O imbróglio emerge quando se confronta os dispositivos, pois o artigo 190 apresenta a possibilidade de controle de validade do entabulado quando há vulnerabilidade de alguma das partes, enquanto o artigo especial não faz tal ressalva.

Basta pensar em um negócio jurídico processual pactuado antes de eventual processo, por partes plenamente capazes e em situação paritária - por todos e quaisquer vieses imagináveis: estrutural, técnico-jurídico, financeiro, empresarial. Se, posteriormente, em sede judicial, viesse a surgir a chamada prova diabólica para a parte que originariamente não teria aquele ônus, o que aconteceria com tal negócio? O artigo 190, que trata da cláusula geral de negociação, não permitiria o controle, pois nenhum dos negociantes era abarcado por qualquer vulnerabilidade. Ademais, ter-se-ia que aplicar o dispositivo especial, justamente em razão de sua especialidade, como ensinam os clássicos metacritérios construídos por Norberto Bobbio no que tange à solução de antinomias de primeiro grau.

Pois bem, parcela da doutrina processualista restringe a incidência da norma especial - artigo 373, §3º, II – aos contratos de adesão em relações civis e às relações de consumo. É o caso, por exemplo, de José Eduardo Carreira Alvim¹⁹:

Embora não tenha sido expresso o inc. II do §3º do art. 373, como foi a fonte que lhe serviu de inspiração, trata-se, nesse caso, de verdadeira inversão do ônus da prova, em que, pela regra processual, deveria ser suportado por uma das partes, mas acaba, por convenção entre elas, sendo suportada pela outra [...] A hipótese disciplinada pelo inc. II do §3º do art. 373 se prende a negócios jurídicos, nos quais uma das partes se submete às normas contratuais impostas pela outra, como acontece com os contratos de adesão ou contratos padrão, em que o fornecedor, geralmente grandes empresas, com atividades monopolizadas (ou semi-monopolizadas), impõem aos consumidores, coercitivamente, determinadas cláusulas, independentemente do seu consentimento.

No mesmo diapasão parece ser a posição de Araken de Assis²⁰, que assim expõe seu posicionamento:

É mais vaga a segunda reserva, pré-excluindo negócios sobre ônus da prova que impossibilitem ou dificultem a pretensão ou a defesa (art. 373, §3º, II). O fundamento da restrição localiza-se na necessidade de garantir a igualdade das partes no tocante à paridade de armas (*Waffengleichheit*). Logo se insinua nessa rubrica os litígios envolvendo consumidores, que se presumem vulneráveis (art. 4º, I, da Lei 8.078/1990), ao menos tratando-se de pessoa natural. E, com efeito, o art. 51, VI, da Lei 8.078/1990 proíbe nas relações de consumo cláusulas que invertam o ônus da prova, protótipo das chamadas cláusulas vexatórias, subsumidas no art. 373, §3º, II, como também se entende no direito italiano. [...] Por identidade de motivos, nos contratos de adesão, em geral, opera o veto legal.

Todavia, em que pese a respeitável posição supracitada, entende-se que este aparenta não constituir o raciocínio mais consentâneo. O legislador foi claro, não tendo realizado tal limitação na regra – o que o fez quando desejou, vide o já abordado artigo 190.

Ademais, a despeito de ser mais uma especificidade do processo, afigura-se inquestionável que possui relevância ímpar dado o fato de que pode influenciar não apenas diretamente no resultado da contenda – como várias outras especificidades do processo o poderiam, se não todas -, mas de sobremaneira, pois seria responsável por dar azo a resultados totalmente descabidos e injustos, aniquilando todos os direitos da parte e distanciando-se da verdade real. Possibilitar-se-ia, se tal visão fosse implantada, que o negócio jurídico processual entabulado previamente ao processo, por partes paritárias, não sofresse qualquer controle. Por consectário lógico, poder-se-ia haver um negociante com razão e direitos,

¹⁹ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 315.

²⁰ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. V.2. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206.

porém, impossibilitado de desincumbir-se do encargo, pois surgira uma prova diabólica que, até então, era imprevisível.

No sentido de que o artigo 373, §3º, inciso II, não se aplica apenas às relações de consumo e aos contratos de adesão em relações civis²¹, dispõe Humberto Theodoro Júnior²²:

[...] ao vetar a convecção que torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, o Código tem em mira a necessidade de não restar inviabilizado o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Prestigia-se, com semelhante restrição, a conveniência de manter-se viável a busca da verdade real e o pleno acesso à Justiça, por meio sempre de decisão capaz de realizar o direito material, com efetividade. Reprime-se, também, a infração à boa-fé e à lealdade, que se acham asseguradas pelas normas fundamentais do processo democrático (art. 5º).

Por corolário, pelo fato de englobar a própria efetividade da tutela jurisdicional, bem como as garantias constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, indica-se que a conformação constitucional mais adequada é aquela que se amolda com maior congruência à releitura do direito processual civil com base na Constituição Federal, no mesmo compasso da outrora trabalhada personalização do direito privado.

CONCLUSÃO

O artigo tratou de abordar um tema essencial a todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a questão referente ao ônus probatório. Buscou-se apresentar o panorama contemporâneo, com suas regras, princípios e teorias próprias. Antes de alcançar o escopo principal do artigo - que consistia em tratar da possibilidade, já sob os ditames do Código de Processo Civil hodierno, de haver controle do negócio jurídico processual, mais especificamente da convenção processual acerca do ônus probatório entabulada, antes do processo, por partes paritárias e que viesse a apresentar, posteriormente, uma prova diabólica -, fez-se uma análise da evolução dos institutos que tangenciam o tema.

No primeiro capítulo, o autor perquiriu esquadrihar o mencionado panorama através de uma ótica constitucional, precipuamente, relatando a evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento pátrio, pois certo de que tal alteração naqueles direito ensejou fortes mudanças nas bases do Direito e seus corolários. No segundo capítulo, seguiu-se com as análises, porém, com olhos voltados às leis, verificando-se os elementos diretamente

²¹Parece ser, igualmente, o posicionamento de Teresa Wambier: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1129-1130.

²²THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 943.

ligados ao negócio jurídico processual, tal como a carga volitiva e seus limites – de autonomia da vontade que, sofrendo influência do tratado no primeiro capítulo, tornou-se autonomia privada – e breve abordagem comparativa ao diploma principal prévio, qual seja, o Código de Processo Civil de 1973, a fim de checar se houve mudanças no dispositivo especial quando confrontado com o atual.

Este autor concluiu que a regra geral manteve-se como era - ou seja, a regra estática do ônus da prova -, todavia, o tempo provara que tal regra, de distribuição fixa, abstrata e rígida, previamente encartada pelo legislador, não atendia aos anseios de robustecimento do material probatório, dando azo a processos carentes de efetividade no tocante à busca pela verdade dos fatos, pois não raras eram as vezes que a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo em razão de não conseguir se desincumbir satisfatoriamente daquele ônus legalmente estipulado pelo legislador. Diante, portanto, da inquestionável constatação de que existem situações fáticas que emergem com complexidade insuscetível de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, de modo que foram sendo criadas e aplicadas outras regras de inversão e dinamização estabelecidas em lei, sendo este o contexto em que surgira a teoria da distribuição da carga dinâmica do ônus da prova.

No terceiro capítulo, após preencher o artigo com o sustentáculo necessário à devida compreensão o tema, o autor apresentou o ponto nevrálgico do escopo do trabalho. Nesse sentido, tem-se que artigo 190, do Código de Processo Civil, é cláusula geral de negócios jurídicos processuais, permitindo convenção, inclusive, acerca de seus ônus, porém, prevendo o controle apenas de suas respectivas validades. Por outro lado, o artigo 373, §3º, inciso II, do mesmo diploma normativo, trata de forma especial da convenção sobre o ônus probatório, mas não faz ressalva de aplicação apenas a casos envolvendo vulnerabilidade, como defende parcela relevante da doutrina, devidamente mencionada no trabalho. Dessa forma, após intensa reflexão, o autor concluiu que a resposta do imbróglio que mais se coaduna com a Constituição Federal é aquela que permite o amplo controle, pois admitir o contrário seria negar a própria efetividade da tutela jurisdicional, bem como as garantias constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, o legislador não limitou o controle no mencionado dispositivo, diferentemente do que fizera no artigo 190.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. V.2. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil/?pagina=14>. Acesso em: 07 abr, 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.