



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Eficiência da Tutela Jurisdicional à Luz da Teoria Dinâmica do Ônus Da Prova

Pedro Henrique Delocco Alves

Rio de Janeiro
2013

PEDRO HENRIQUE DELOCCO ALVES

A Eficiência da Tutela Jurisdicional à Luz da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil. Professor Orientador: Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro
2013

A EFICIÊNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Pedro Henrique Delocco Alves

Graduado pelo curso de Direito da Universidade Gama Filho. Advogado. Especializado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas.

Resumo: O tema do ônus probandi vem sofrendo modificações ao longo do tempo ante às complexidades pertinentes aos casos mais peculiares. Em que pese a legislação ainda não munir possibilidades de formas para o manuseio do deslocamento do ônus da prova, a doutrina vem inovando ao pavimentar o uso de tal teoria. Nesse viés, serão estudados mecanismos legitimadores do uso da teoria em questão, abordando o estudo a questão da ponderação de interesses conflitantes na dicotomia criada entre direito material e direito processual, a fim de se viabilizar a manipulação da teoria a partir da justificativa da prolação de decisões judiciais mais justas e lógicas.

Palavras-chave: Teoria do Ônus da prova. Influência do Direito Material sobre o Processo. Produção de Prova.

Sumário: 1. Introdução. 2. O ônus de provar em juízo no direito processual civil. 3. A teoria dinâmica do ônus da prova. 4. Aspectos sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 5. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do novo código de processo civil. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa discutirá a prática da teoria do ônus da prova, cujo principal foco é imputar a elaboração da prova em juízo à parte que melhor possuir meios para produzi-la, tendo como escopo a abordagem do tema da teoria dinâmica do ônus da prova à luz da busca de uma tutela jurisdicional mais eficiente e justa.

Noutro giro, tem-se como objetivo da pesquisa a demonstração do arcabouço principiológico que, por si só, auto-justifica a lógica processual da utilização da teoria ora em análise, identificando, ainda, os princípios constitucionais e processuais no âmbito da aplicação da matéria em apreço

Indo mais além, pretende-se responder qual seria o momento processual mais oportuno de se deslocar, caso necessário, o ônus da produção da prova e, finalmente, qual o tratamento escolhido no Novo Código de Processo Civil para abordar a teoria dinâmica do ônus da prova, demonstrando, inclusive a dicotomia entre o posicionamento do ante-projeto do caderno processual em relação ao atual Código de Processo Civil (CPC).

Cumprido destacar que a pesquisa abordará o tema de eventuais fatores de insegurança jurídica no âmbito do deslocamento do ônus da prova, não deixando de lado, ao mesmo tempo, a demonstração de mecanismos inibidores de tal situação.

Cabe dizer que a escolha do tema se justifica, a partir da escassez de material doutrinário e acadêmico que proponha solução à efetivação da técnica da teoria do ônus da prova, em detrimento à importância e provável inserção do tema na nova legislação processual.

Finalmente, o trabalho será desenvolvido calcado na metodologia qualitativa bibliográfica, no âmbito de livros doutrinários e trabalhos acadêmicos, de modo a contextualizar uma melhor compreensão do leitor acerca do tema.

2. O ÔNUS DE PROVAR EM JUÍZO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Mesmo os iniciantes que há pouco assentaram nos bancos acadêmicos do curso de Direito – e até mesmo alguns leigos – possuem uma razoável noção de que na Justiça, de modo geral, quem alega algo, deve provar. Talvez essa noção venha de um instinto primitivo de justiça que todos os homens possuem dentro de si.

Contudo, a velha máxima – que de tão repetida já se tornou apócrifa – em relação “ao ônus de provar incumbir a quem alega”, em muitos momentos gera situações deveras prejudiciais à cognição judicial¹, quando não raro provocando situações distorcidas e injustas, principalmente à parte autora do processo.

A realidade da obrigatoriedade na elaboração da prova por parte de quem alega, está insculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC). O teor do citado artigo reza que o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I) e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

¹ O renomado Doutrinador e Desembargador do TJ – TJ, Alexandre Câmara, conceitua a cognição judicial como sendo as técnicas utilizadas pelo juiz na consideração, análise e valoração das alegações e das provas que irão formar o juízo de valor pelo juiz, afim de decidi-las. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 14. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 273.

Vale dizer que a política legislativa aplicada no art. 333 do CPC fora a condizente à teoria estática do ônus da prova, cujo escopo é atribuir, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer em juízo².

Diante do panorama legal construído pela sistemática processual acima mencionada, a realidade nos processos judiciais sob a égide do processo civil – inclusive aqueles cujo CPC rege subsidiariamente – tem configurado um extremo e quase sempre injusto fardo de produção de prova somente pela parte Autora do processo.

Com efeito, tal sistemática de produção de prova não só deixa o Autor em posição vulnerável na lide, como também, em muitos momentos, acaba desrespeitando preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais, tal como o acesso à justiça insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Se o CPC se apresenta como instrumento apto à instrumentalização de direitos materiais, não pode, ao mesmo tempo, criar uma regra geral e absoluta no sentido de que o autor deva sempre produzir ato constitutivo do seu direito, sob pena de estar o caderno processual estar fechando as portas do Judiciário à parte não capaz de produzir a prova.

Nesse ponto, se o ônus de produzir prova em juízo se tornar um ato impossível – ou até mesmo deveras complexo - de ser efetivado ao ponto do interessado na produção dele se desincumbir, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional³.

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual cível*. 7. ed. Salvador, JusPODIVM, 2012, v. 2. p. 80.

³ GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, De Jure, páginas 384 – 407, Nov. de 2007.pág. 386.

Nesse contexto, o arcabouço de mazelas geradas pelo art. 333 do CPC pode criar, no mundo jurídico, diversas vicissitudes injustas, o que, por si só, traz a latente necessidade da elaboração de uma medida que remedei tais distorções e que, ao mesmo tempo, imprima um tom mais justo à produção de prova em juízo.

No limiar de um caos processual, doutrinadores vêm invocando uma salutar e providencial teoria que, de fato, surge como uma proposta mais igualitária e razoável em relação à atual sistemática de produção de prova.

Essa teoria, pouco a pouco invocada por doutrinadores e por magistrados, almeja distribuir o ônus de provar de uma forma dinâmica, de modo que se impute a parte mais capaz de produzi-la, a obrigação de forjá-la. A essa teoria, dá-se o nome de teoria dinâmica do ônus da prova.

3. A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria dinâmica do ônus da prova recebe diversas denominações, valendo mencionar as seguintes costumeiras: teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, teoria do deslocamento do ônus da prova ou somente teoria do ônus da prova.

Segundo Didier, a melhor definição para a teoria da distribuição do ônus da prova seria aquela “segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. *Em outras palavras: prova quem pode* (grifo nosso)

4.”

⁴ DIDIER JR., Fredie. op. cit p. 96.

Os adeptos desta teoria evocam que “a questão da distribuição do ônus da prova depende da verificação, no caso concreto, de quem possui maiores facilidades ou condições técnicas para produzir aquela prova⁵.”

A teoria dinâmica do ônus da prova teve sua gênese no Direito Argentino, sendo utilizada principalmente no campo da responsabilidade civil – em especial nas causas de erro médico –, tendo seu desenvolvimento ocorrido pelas mãos do doutrinador portenho Jorge W. Peyrano, cujo entendimento, em regra, alude que

[...] a carga probatória, dependendo das circunstâncias do caso e sem se preocupar se é o autor ou o réu, cabe a quem tem melhores condições de produzi-la, e não simplesmente a regra tradicional capitulada no artigo 333 em nosso Código de Processo Civil⁶.

Note-se que pela sua natureza, a distribuição dinâmica do ônus da prova está intimamente ligada à prova diabólica, definida como aquela “que será praticamente impossível de ser produzida pela parte a que foi atribuído tal ônus⁷”.

Nesse compasso, sucede que nem sempre as partes possuem meios para atender o ônus de confeccionar a prova que lhes foi rigidamente atribuído, estando, portanto, configurada a dita prova diabólica⁸.

⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual civil contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2012. v. 2. p. 224.

⁶ PEYRANO, Jorge W. *apud* BERNÁRDEZ, José Antônio Ocampo. *A teoria da carga dinâmica da prova como forma de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2006. p. 65.

⁷ CARLYLE, Edward. *Direito processual civil*. 2. ed. Niterói, Impetus, 2008. p. 264..

⁸ DIDIER JR., Fredie. *op. cit* p. 95.

Como exemplo de prova diabólica, tem-se o caso do autor do processo de usucapião que, para atender um dos requisitos de interposição dessa, ação acaba por obrigado a provar que não é proprietário de qualquer outro imóvel. Em tese, esse autor deve apresentar certidões negativas de todos os Registros Gerais de Imóveis, fato este que, logicamente, inviabiliza qualquer demanda dessa natureza.

Impende dizer que a ponderação por parte do juiz quanto à utilização da teoria em estudo, deverá ser efetivada de forma equânime, sob pena de ocorrer a “inversão do deslocamento do ônus da prova”. Ou seja, ao desonerar a parte hipossuficiente na produção do substrato probatório, sem o devido estudo casuístico, o magistrado pode imputar à parte contrária um oneroso fardo probatório, cuja produção também é impossível ou excessivamente complexa.

Frisa-se que a pavimentação processual do uso da teoria em questão é balizada por princípios de natureza processual, tal como os da boa-fé e da lealdade⁹, bem assim como o da solidariedade com o órgão jurisdicional¹⁰.

Conquanto num primeiro momento a teoria do deslocamento dinâmico do ônus da prova se assemelhe e muito com o instituto da inversão do ônus da prova, ambas não se confundem¹¹, na medida em que a primeira não encontra previsão legal para a sua aplicação¹²

⁹ Vide artigo 14, II do CPC.

¹⁰ Vide artigos 339 e 345 do CPC.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. op. cit. p. 225.

¹² Adianta será estudado que o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil pretende inserir no ordenamento legal a utilização do deslocamento do ônus da prova.

- sendo defendida pela doutrina e pela jurisprudência -, a inversão possui previsibilidade legal, tendo como maior exemplo o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Após breve apresentação da teoria do deslocamento do ônus da prova, importante se faz tecer comentários quanto à sua aplicação:

4. ASPECTOS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O magistrado uma vez sendo o representante estatal da aplicação da tutela jurisdicional está obrigado a perseguir a verdade dos fatos, não relegando qualquer meio para exercer sua jurisdição.

Logo, o magistrado tanto pode, quanto deve, utilizar-se de todos os meios possíveis¹³, caso não alcance meios profícuos de alcançar as verdades necessárias ao devido desfecho da lide. Vale citar que essa afirmação tem como respaldo o princípio da verdade real ou princípio inquisitivo, cujo antônimo processual é o princípio da verdade formal.

Ocorre que no afã de exercer a atividade jurisdicional, muitas vezes influenciada pelo cumprimento de políticas de metas, o juiz acaba não sopesando, sob a ótica da viabilidade da produção da prova, qual das partes é mais capaz de produzir a prova em juízo e, por conseguinte, não sabendo aplicar a benéfica teoria em estudo.

¹³ Oportuno se faz, nesse momento, a transcrição do teor do art. 130 do CPC, vejamos: Art. 130. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.* (grifo nosso)

Como regra de validação, o princípio da distribuição do deslocamento do ônus de provar prescinde a observância de certas regras¹⁴, quais sejam: (i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim casuisticamente; (ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas dinâmica; (iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); (iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou modificativo do direito –, mas quem tem mais possibilidades de prová-lo.

No que tange o momento processual para aplicação da teoria da dinâmica do deslocamento do ônus da prova, três correntes doutrinárias são estudadas¹⁵ à luz da sua melhor aplicação.

A primeira corrente sustenta que o deslocamento deve ser operado logo no início da demanda, ou seja, logo após o despacho citatório. Em relação à segunda corrente, tem-se que o deslocamento ocorre antes de se iniciar a fase da instrução da causa, no caso, anteriormente ao despacho saneador do magistrado. Já a terceira e última corrente, defende que o deslocamento dever-se-á realizar no bojo da sentença¹⁶.

A partir de uma lógica processual, boa parte da jurisprudência vem optando pela segunda corrente, eis que, levando em conta o final da fase postulatória do processo, o juiz já possuirá as postulações dos litigantes, podendo, por isso, moderar a conveniência da aplicação

¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. op. cit. p. 224.

¹⁵ CARLYLE, Edward. op. cit. p. 266.

¹⁶ A jurisprudência não recepciona com bons olhos essa corrente, valendo citar, como exemplo, o Enunciado da Súmula 91 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ – RJ).

ou não da teoria do deslocamento do ônus de provar, no caso concreto, respeitando tanto com pedido autoral, quanto a tese de bloqueio.

Mais do que isso, à luz da segunda corrente em testilha, o magistrado poderá definir sobre quais provas o deslocamento deverá incidir – ato este em total consonância com a natureza jurídica do despacho saneador -, não causando, portanto, qualquer ofensa ao princípio do contraditório e impedindo a instauração de uma insegurança jurídica, sendo franqueado, pois, ainda a possibilidade da interposição de recurso pela parte inconformada.

5. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Note-se que quanto à teoria da distribuição do ônus da prova, sua aplicação ocorrerá sempre com base na situação concreta levada ao juízo, bem como a partir da demonstração de que a observância da distribuição prévia do ônus da prova será ideal e suficiente para garantir um resultado justo.

Aliás, o espírito da teoria da dinâmica do ônus da prova está insculpido no Anteprojeto do Novo Código Civil¹⁷, vejamos:

“Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório,

¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em: 17/07/2013.

distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. (grifo nosso)

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.”

Conforme se depreende da exegese do vindouro texto legal, o magistrado poderá ponderar, a partir de um exame das circunstâncias da causa e levando em conta as peculiaridades do fato a ser provado, distribuir o fardo de provar para a parte que melhor puder forjar a prova necessária.

Cumprido salientar que projeto da *novel* legislação teve a cautela de prever a possibilidade de uma manifestação da parte que vier a receber o ônus da produção da prova após o seu deslocamento, rendendo prestígio ao princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, vedando a insegurança jurídica.

O fato da dinâmica do deslocamento do ônus de provar estar incluído no projeto de elaboração do novo código de processo civil, demonstra que o Poder Legislativo está atento às novas técnicas processuais cujos objetivos são implementar procedimentos mais eficientes e justos no bojo da demanda judicial.

Nesse contexto, cabe apontar que “a razão de ser do direito processual está no direito material, pois seu objetivo é assegurar, mediante a tutela jurisdicional, a integridade do

ordenamento e dos interesses juridicamente protegidos¹⁸”, postura esta sustentada pelos diversos doutrinadores que ora colaboraram na elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil.

6. CONCLUSÃO

O magistrado não pode ser um reles expectador do processo, sob pena de estar causando malefícios não só à marcha processual, como também prejudicando do mesmo modo uma decisão judicial de mérito que pouco provavelmente será remediada.

O processo civil deve se adaptar às necessidades do direito material, a fim de viabilizar uma eficiente tutela jurisdicional. Nesse contexto, levando em conta que o Estado deve sempre primar pela efetivação da justa tutela jurisdicional, tem-se que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova não é ato infundado, ante os princípios processuais que balizam sua auto-legitimação.

Os operadores do processo civil devem ter noção da natureza ética da matéria, reconhecendo a identidade dos ideais entre as o direito material e o direito processual. Nesse diapasão, tem-se que a invocação da teoria em apreço não só é medida salutar, mas como também uma questão de razoabilidade, posto que os benefícios da sua aplicação guiarão o processo à uma tutela mais eficaz, à uma tutela justa.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 188.

Vale dizer que o projeto do novo código de processo civil prevê expressamente a plena possibilidade de observação do contraditório quando da aplicação da teoria do deslocamento do ônus da prova, vedando qualquer insinuação de insegurança jurídica.

Importante consignar que caso não se prolate uma tutela justa tão somente por força da incapacidade do jurisdicionado para produzir prova, estará sendo negado, indiretamente, o direito constitucional de acesso à justiça.

Por isso, deve o procedimento adaptar-se às necessidades da relação material, estando, portanto, obrigado o Judiciário a exercer seus atos revestidos de razoabilidade no sentido de não dissociar as regras matérias das regras processuais.

Assim, caso a aplicação do deslocamento do ônus da prova seja ato necessário à efetivação da tutela jurisdicional, não só estará ocorrendo a legitimação em si da própria teoria, mas como também a instrumentalização da Justiça perante os nossos olhos.

REFERÊNCIA

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

BERNÁRDEZ, José Antônio Ocampo. *A teoria da carga dinâmica da prova como forma de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional*. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2006.

CÂMARA. Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 14. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006

CARLYLE, Edward. *Direito processual civil*. 2. ed. Niterói, Impetus, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual cível*. 7. ed. Salvador, JusPODIVM, 2012, v. 2.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, De Jure, páginas 384 – 407, Nov. de 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual civil contemporâneo*. São Paulo, Saraiva, 2012. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual cível: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 45. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, v.1.