

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

GABRIEL DO VAL SANTOS

A PERSPECTIVA DO DIREITO PROBATÓRIO ANTE A
ADOÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS DA PROVA

SÃO PAULO/SP
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

GABRIEL DO VAL SANTOS

A PERSPECTIVA DO DIREITO PROBATÓRIO ANTE A
ADOÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS DA PROVA

Trabalho apresentado a Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento, e Extensão (COGEAE), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como pré-requisito à obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, na Área de Direito Processual Civil.

ORIENTADOR: RAFAEL MOTTA E CORREA

SÃO PAULO/SP
2014

GABRIEL DO VAL SANTOS

**A PERSPECTIVA DO DIREITO PROBATÓRIO ANTE A ADOÇÃO DA
TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS DA PROVA**

Trabalho apresentado a Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento, e Extensão (COGEAE), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como pré-requisito à obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, na Área de Direito Processual Civil.

Aprovação: ____ de _____ de _____.

EXAMINADOR

Prof. Rafael Motta e Correa – Orientador
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dedico este trabalho à minha avó Cinilda, minha tia Zilnay, minha mãe Lidia e, por fim, minha irmã Carolina, sem as quais eu sequer teria tido a oportunidade e condições necessárias à elaboração do presente estudo.

Agradeço a todos que me auxiliaram na realização deste trabalho, em especial aos Professores Rafael Motta e Correa e José Alexandre Manzano Oliani pela atenção e orientação despendidas durante o curso de pós-graduação e elaboração do presente trabalho de conclusão.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de, a partir de uma análise histórica do direito probatório, tecer considerações acerca de suas influências e desenvolvimento no direito processual civil brasileiro, culminando no Projeto de Novo Código de Processo Civil, ainda pendente de votação, que traz a de forma expressa o aumento dos poderes instrutórios do juiz e, principalmente, a possibilidade de flexibilização do encargo de provar por intermédio de utilização da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova”, desenvolvida no direito argentino, ainda que de maneira subsidiária e mediante presença de pressupostos específicos, com vistas de trazer ao jurisdicionado uma tutela qualitativa, célere e em respeito a tendência contemporânea de constitucionalização do processo civil, em especial aos princípios esculpidos no artigo 5º, incisos XXXV, LXXVIII, LV da Carta Magna.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Poderes Instrutórios do Juiz. Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova. Projeto de Novo CPC. Constitucionalização do Processo Civil.

ABSTRACT

This paperwork has the scope, starting from a historical analysis of the law of evidence, to do some considerations about the influences and development of the law of evidence in the Brazilian Civil Procedure Law, ending in the draft of the New Code of Civil Procedure Law, which is still awaiting enactment.

The Draft of the New Code of Civil Procedure brings significant increase of the instructive powers of the judge and, more than that, the possibility of flexibilization of the obligation of proving by using the "Theory of Dynamic Loads of Evidence", developed in Argentine law.

Even used in a subsidiary way and by the presence of specific assumptions, the "Theory of Dynamic Loads of Evidence" will bring to the citizen a manner to have a qualitative and effective protection, and shows a respect to the contemporary trend of constitutionalization of civil procedure, especially the principles carved in article 5, sections XXXV, LXXVIII, LV, of Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Code of Civil Procedure. Increase of Power of the Judge. Theory of Dynamic Loads of Evidence. New Code of Civil Procedure Draft.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. Breve Histórico.....	10
3. Conceituação.	13
4. Objeto da Prova... ..	17
4.1. Fatos que Independem de Prova.....	18
4.1.1. Fatos Incontroversos.....	18
4.1.2. Fatos Notórios. Máximas de Experiência.....	19
4.1.3. Fatos Irrelevantes.....	20
4.1.4. Fatos Confessados.....	20
5. Finalidade da Prova. Destinatário da Prova.....	23
5.1. Poderes Instrutórios do Juiz.....	23
6. Ônus da Prova.....	28
6.1. Conceito. Ônus x Dever.....	28
6.2. Ônus da Alegação e Ônus da Prova.....	29
6.3. Repartição do ônus da prova. Sistema atual. Anotações sob o manto da Constituição Federal.....	30
7. Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova.....	34
7.1. Origem, definição e pressupostos.....	34
8. A "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" Recepção pelo Direito Brasileiro.....	37
9. "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" e o Projeto de Novo Código de Processo Civil.....	41
9.1. Considerações Iniciais.....	41
9.2. Das modificações propostas pelo Projeto de novo Código de Processo Civil.....	42
10. Jurisprudência.....	49
11. Conclusão.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	56

1. Introdução.

O tema da prova constitui um dos menos aprofundados pela ciência do direito e, não obstante, o estudo da prova é um dos mais interessantes e frutíferos do direito processual, enquanto que não apenas constitui a essência do processo, mas abarca com maior ou menor influência todo o âmbito do processo.¹

Com efeito, o Projeto de Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010 no Senado, e PL 8.046/2010 na Câmara dos Deputados), que pretende modificar o Código de Processo Civil de 1973 vigente em nosso ordenamento traz, em seu bojo, diversas alterações de cunho procedimental, pretendendo se adequar aos anseios sociais que clamam por uma prestação jurisdicional qualitativa e célere, aproximando-se ainda mais do denominado modelo constitucional de processo.

Nesse contexto, foram inseridos novos pensamentos e posturas quanto ao direito probatório, notadamente quanto ao disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente que trata da distribuição do ônus de provar.

Consubstanciando-se na teoria desenvolvida no direito argentino por Jorge W. Peyrano, bem como no resultado positivo apresentado pela legislação especial em vigor no Brasil, em especial do Código de Defesa do Consumidor, pretende o Projeto de Novo Código de Processo Civil se afastar, mesmo que de maneira subsidiária, da visão clássica e estática de divisão do ônus da prova.

Isto porque o desenvolvimento social acabou por ensejar uma gama muito maior de situações postas à apreciação do Poder Judiciário que, por vezes,

¹ **SIERRA DOMINGUEZ**, Apud **BELTRÁN**, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el derecho*, Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 15.

deixaram de ser solucionadas a contento em razão do engessamento ao qual estava submetido o julgador quanto a prova das alegações dos fatos.

É sob este enfoque que foi realizado o presente estudo, como forma de tecer considerações acerca da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova” como forma de flexibilização alternativa (a divisão clássica, na PL 166/2010 ainda permanece com regra geral) do encargo de provar, sua receptividade no direito pátrio, bem como o papel das partes e dos julgadores quanto a sua aplicação, sempre com enfoque na constitucionalização do direito processual.

2. Breve Histórico.

O direito probatório conhecido hoje é fruto de longa conquista histórica. A visão do instituto e a sua finalidade dentro das Ciências Jurídicas passaram ao longo do tempo por diversas modificações vindo da visão adâmica do direito sectário² à concepção de direito a prova como fundamental à prestação jurisdicional qualitativa e justa.

Em sua gênese, conforme leciona Hernando D. Echandia,³ foram cinco as fases do direito probatório, culminando no entendimento contemporâneo da persuasão racional. São elas: (i) a fase étnica ou primitiva; (ii) a fase religiosa ou mística; (iii) a fase legal (ou tarifa legal); (iv) a fase da livre convicção do juiz e, por fim, (v) a fase da persuasão racional do juiz.

Destarte, a fase étnica era assim conhecida pelas características diferentes que apresentava em cada região na medida em que nem se podia à época, falar em “sistema probatório” propriamente dito. Tratava-se de sistema rudimentar, onde de modo que as provas eram abandonadas às impressões pessoais, sendo eventuais discordâncias resolvidas pela força bruta.

² No primeiro período, primórdios da existência da humanidade, fase embrionária das sociedades primitivas, não havendo juízes e tampouco justiça organizada, o direito começando a esboçar-se sob a forma vaga e imprecisa do costume, as contendas e questões eram resolvidas entre os interessados, que faziam justiça a si mesmos com as próprias mãos. Imperava a violência, a força, a astúcia, a vingança" (**MILHOMENS**, Jônatas. *Prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 31).

³ **ECHANDIA**, Hernando Davies. *Teoria general de la prueba judicial*. Tomo I, 3ª ed., Buenos Aires: Editor Victor P. Zavalia, 1976, p. 55/77.

Na Grécia, o exame das provas dava-se por intermédio da indução e silogismo, sendo a oralidade sua forma de expressão, com crítica à razão lógica e racional da prova, evidenciando, assim, o predomínio do princípio dispositivo.

Válido aqui destaque ao fato de que em Roma, na fase do Império, houve um retrocesso para o sistema tarifário, ou seja, à valoração da prova, malgrado tenha sido neste momento histórico o nascedouro das presunções legais e o reconhecimento do contraditório em matéria de interrogatório da testemunha de acusação⁴. Teve-se, em contrapartida, a diminuição da liberdade do juiz na apreciação das provas e a imposição de regras gerais preestabelecidas para muitos casos.

Já a fase religiosa⁵ ou mística, lastreava-se na crença de uma intervenção divina, aplicando-se a *justiça de Deus* para os casos particulares, tendo referido pensamento perdurado até a chegada da Idade Média, quando os *escabinos* remodelaram Direito Romano Germânico, buscando a verdade real, a qual era aferida pela convicção pessoal à luz das regras legais e, portanto, caracterizando, assim, um abandono gradual dos meios bárbaros de prova na fase do Direito Canônico para revelar, nos julgadores eclesiásticos, o espírito de verdadeiros juízes que não se regiam pela livre convicção pessoal, mas por intermédio da apreciação das provas, as quais eram sujeitas comandos normativos mais complexos.

⁴ "Nos tempos primórdios, as provas tinham fundo divino, devendo o Autor permitir que o Réu prestasse juramento a respeito de fatos relativos à demanda. O juramento só era permitido ao réu - o autor só poderia prestá-lo em caso de recusa daquele - e era bastante para vencer o processo. Foram os romanos, portanto, os primeiros a enveredarem preocupação com a questão atinente ao ônus da prova." (LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúcio Ferreira Júnior, 1ª ed., 1974, p. 18.)

⁵ "A religião, processo biológico de adaptação social, sempre exerceu sobre o homem, função específica, mais do que hoje, nos primórdios da humanidade. (...) No segundo período, profundamente religiosa, o regime de provas compreende os ordálios, o duelo e o juramento. Especialmente os ordálios são meios de prova de base religiosa. (MILHOMENS, Jônatas. *prova no processo*, cit. p. 32)

Na fase legal verifica-se a introdução da lógica processual, propagação do inquisitório, faculdades inquisitivas, e da livre apreciação da prova judicial, busca da verdade material, império do sistema legal de modo absoluto, em que o juiz tinha que julgar segundo o alegado e o provado.

Chega-se, assim, a fase da livre convicção do juiz, que reproduziu um julgador que não necessitava de critérios, sustentando a crença da razão humana como infalível, não cabendo questionamentos acerca de suas decisões.

Nessa vereda, instaurou-se a fase da persuasão racional do juiz, de modo que este ganhou a liberdade de apreciar e valorar a prova de acordo com os princípios da sociologia e da lógica, cristalizando o respeito à formalidade das leis materiais e da liberdade de apreciação, que resultaram no modelo moderno⁶ da lógica indutiva e da experiência.

Assim, percebe-se que o Direito probatório é uma construção histórica, cuja importância⁷ é inquestionável e que, no campo processual, é irradiado atualmente por comandos principiológicos e legais, por força do neoconstitucionalismo⁸ e neoprocessualismo⁹.

⁶ "(...) a prova, como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento (científico) da verdade dos fatos relevantes para a decisão. Não obstante, o procedimento desse modelo é caracterizado por forte ativismo judicial e pelo privilégio da prova escrita. (...) Segundo o modelo contemporâneo, a visão da prova como demonstração é incongruente, devendo ser entendida como *argumentum*. (JUNIOR ZANETI, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n. 31, jan/mar 2004, p. 001/216.)

⁷ "Já houve quem dissesse que a história da prova reflete toda a história da civilização e não menor autoridade que afirmasse não ser isso contestável. Das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, o avanço e recuos dos povos, a evolução da civilização." (AMARAL SANTOS, Moacir. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 01, p. 23.)

⁸ "Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa, e, por consequência, também tem força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo." (DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, vol. I, 2009, p. 25.)

3. Conceituação.

A delimitação do significado da idéia de prova, conforme bem assevera Luis Alberto Reichelt¹⁰, é tarefa que exige atenção e esforço redobrados, dada a sua complexidade.

Inexoravelmente criação do homem, é cediço que a norma jurídica deriva da necessidade de organizar a vida em sociedade e, em consequência disso, a regular seu comportamento.¹¹

Nessa esteira, ante sua natureza reguladora das situações sociais, *prima facie*, tal norma não passará de um comando abstrato até que qualquer acontecimento social determine causa de sua incidência a um caso em concreto, com vias de reestabelecer o equilíbrio das entre os cidadãos.

Violado o direito e existindo resistência quanto ao cumprimento da norma por determinado indivíduo, aqui sem qualquer distinção entre pessoas físicas e jurídicas, surgirá ao lesado o interesse de ver a norma violada cumprida, por intermédio do caminho da tutela estatal, mediante provocação da atividade jurisdicional.

O instrumento de que o lesado se servirá em busca da mencionada tutela será o processo. É por intermédio deste, em ocorrendo a violação da norma, que o

⁹ Idem, p. 26/27: "Neoprocessualismo é (...) o estudo e aplicação do direito processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico [neoconstitucionalismo]".

¹⁰ REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p 44.

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flavio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 9. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 405.

detentor do direito violado buscará obter provimento que garanta, em seu favor, seu cumprimento e consequências dela inerentes.¹²

Para que isso ocorra, contudo, fazer-se-á necessário que o julgador não só tenha conhecimento das alegações de fatos que autorizem a incidência da norma, como também forme convencimento no sentido de que possui a parte lesada direito de sua aplicação no caso em concreto.

É neste contexto que se insere o conceito de prova, pois envolve grande parte dos instrumentos colocados à disposição das partes a respeito de uma controvérsia proposta ao Poder Judiciário que, na qualidade de terceiro imparcial, deverá determinar qual o desfecho a ser dado ao debate iniciado pela parte que se encontra no pólo ativo da demanda.

É a variedade de aspectos pelos quais pode ser analisado seu conceito que, conforme também esclarece Luis Alberto Reichelt, enseja a dificuldade em deflagrar uma opinião de única aceitação pela Doutrina.

Com efeito, a prolação de um conceito contemporâneo de prova já foi objeto de análise de grandes Juristas como Francisco Carnelutti que, após realizar distinção entre prova e o procedimento empregado para sua realização, expõe entendimento no sentido de que pretende *demonstrar da verdade de um fato por meios legais (por vias legítimas) ou, mais brevemente, a prova legal da verdade de um fato*¹³.

Semelhante conclusão é a de João Batista Lopes, acompanhado de Moacyr Amaral Santos e Humberto Theodoro Jr., para quem melhor solução a ser

¹² Idem, p. 406.

¹³ Tradução do Autor. No original: "*dimostrazine della verità di um fatto data com i mezzi legali (per legitimos modos) o, più brevemente, dimostrazione della verità legale di um fatto*" (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile - parte generale - il concetto giuridico della prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1992, p.44/48.)

adotada emerge da idéia do conceito de prova em dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, esclarece o Autor João Batista Lopes que a prova é *"o conjunto de meios produtores de certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo"*.

Já no que tange ao aspecto subjetivo, ensina como sendo *"a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou da inexistência de fatos alegados no processo"*¹⁴

De outra parte é o entendimento de Eduardo Cambi, para quem a definição do conceito de prova se subdivide em três vertentes e não duas, quando expõe que:

"como atividade, a prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. (...) Como meio, a prova é vista como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. (...) Como resultado, prova é sinônimo de êxito ou de valoração consubstanciada na convicção do juiz."¹⁵

A terceira e última vertente encontrada na Doutrina sustenta a constituição de um único conceito de prova. Esse, inclusive, é o entendimento exarado por Sentís Melendo, para quem a prova é:

"(...) verificação - de fatos - utilizando fontes levadas ao processo por determinado meio - prestados pelos litigantes e

¹⁴ **LOPES**, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 26.

¹⁵ **CAMBI**, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

organizados pelo juiz (...) para que chegue o juiz a uma convicção livre "¹⁶

Referida linha de raciocínio é também acompanhada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem a prova, em direito processual, é *"todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz das suas proposições"*¹⁷.

Portanto, o que se verifica é que inexiste, ainda nos dias atuais, um consenso acerca do conceito de prova no direito processual civil, mas que, quanto ao seu objeto e finalidade, encontra similitudes, conforme ainda verificar-se-á no corpo do presente estudo.

¹⁶ Tradução do Autor. No original: "(...) *verificación - de afirmaciones - utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios - aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez (...) para llegar el juez a una convicción libre*". (SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba - los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas europa-América, 1978, p. 22.)

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

4. O Objeto da Prova.

O objeto da prova é a comprovação de fatos. Sobre o tema assevera Cássio Scarpinella Bueno que:

"O objeto da prova, isto é, sobre o que a prova deve recair, é tema que se ocupa expressamente o Código de Processo Civil. Em geral, o objeto da prova recai sobre fatos cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedido(s) de tutela jurisdicional."

Contudo, parece demasiadamente simplista tal definição, na medida em que não são todos os fatos que devem ser objeto da produção da prova. Isto porque o fato, de pronto, precisa ser relevante ao julgamento da controvérsia.

Além disso, o fato propriamente dito, na sua concepção mais crua, não necessita de prova. Ou ele existe ou não existe. O que dependerá de prova, conforme bem esclarece como bem Cândido Rangel Dinamarco:

"(...) é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. (...) O fato existe ou não existe, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto suscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações sim, é que podem ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes."¹⁸

¹⁸ **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

Nessa esteira, o que se pretende com a produção da prova, seu objetivo, é mediante sua produção e análise, que possa o juiz da causa chegar a um convencimento distinguindo eventuais representações de determinado fato (alegação das partes) e o fato propriamente dito aplicando-se, então, a norma de direito pertinente a situação posta à sua apreciação.

Tal corrente, que se diga, também não goza unanimidade, tendo como contraponto Juristas como Humberto Theodoro Jr.¹⁹, para quem os fatos é que devem ser o objeto da prova, em sua própria existência, e não pela interpretação dada a tais acontecimentos pela parte que alega.

A prova somente não versará sobre fatos em casos de exceção atinentes a eventual demanda que envolva análise de normas de direito estatal ou municipal, quando então terá a parte que demonstrar sua vigência e teor, sendo certo que eventual falta da prova da matéria de direito (exceção) poderá ensejar o indeferimento da pretensão, ante a incerteza do direito invocado.

4.1. Fatos que Independem de Prova.

Já se viu acima que o objetivo da prova envolve, salvo exceção, as alegações de fatos das partes que tenham relevância ao desenvolvimento e julgamento da pretensão posta em juízo. Contudo, existem alguns fatos que carecem de comprovação.

4.1.1. Fatos Incontroversos.

¹⁹ THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual, v. 1, 41 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 382: "São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova".

Os fatos incontroversos possuem previsão expressa em nosso ordenamento processual civil (art. 334, inciso III, do CPC) e podem ser definidos como aqueles que, mesmo que relevantes ao deslinde da demanda, não são objeto de discussão das partes.

Como cabe ao réu o ônus da impugnação específica dos fatos articulados pelo autor (art. 302), aqueles que o réu não impugnar não necessitam de prova, pois seria inócuo exigir da parte que alega exercer atividade probatória voltada a determinada alegação de fato cuja veracidade não foi objeto de questionamento²⁰.

Sobre o tema:

"A ausência de contestação implica não-impugnação dos fatos descritos na inicial, que, por isso, tornam-se incontroversos. Não se transformam em questões, permanecendo como pontos de fato ou de direito."²¹

Não por outro motivo, inexistindo fatos relevantes de julgamento controversos, impõem-se o julgamento antecipado da lide, consubstanciado no disposto no artigo 33, inciso I, do Código de Processo Civil.²²

4.1.2. Fatos Notórios. Máximas de Experiência.

Os fatos notórios também estão expressamente previstos no Código de Processo Civil, no artigo 334, inciso I.

²⁰ **WAMBIER**, Luiz Rodrigues; **CORREIA DE ALMEIDA**, Flavio Renato; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 9. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 411.

²¹ **BEDAQUE**, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3^o ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2008, p 1023.

²² **Art. 330.** O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Com efeito, a notoriedade é a qualidade de certos fatos que os tornam reconhecidamente conhecidos e indiscutíveis, de maneira que mover a máquina do judiciário e tempo para produção de prova de sua ocorrência em nada auxiliaria o juiz da causa a chegar a uma convicção diversa da já existente em seu íntimo.

Aqui, imperioso destaque à comparação, mesmo que breve, entre o fato notório e as máximas de experiência. O fato notório é um fato, ou ainda, um acontecimento inequívoco, enquanto que a máxima de experiência é um raciocínio, um juízo.

As máximas de experiência (art. 335 do CPC) resultam da observação de determinado indivíduo, e até mesmo do julgador, acerca de diversos acontecimentos que tiveram a mesma relação de causa e efeito. Já o fato notório, em contrapartida, não deriva, como já visto acima, de uma repetição de vários fatos, mas, inversamente, da observação de vários indivíduos, ou a certeza do acontecimento, em relação a um só fato.

4.1.3. Fatos Irrelevantes.

Os fatos irrelevantes, ou inconcludentes, podem ser conceituados como todos aqueles que, apesar de existentes, não influenciarão ou apresentarão qualquer reflexo à solução de litígio posta em juízo.

4.1.4. Fatos Confessados.

Com efeito, *quem confessa fala junto, concorda*.²³

É por isso que a doutrina reconhece, de maneira uníssona, que a controvérsia acerca de um fato é pressuposto para que seja objeto de produção probatória.²⁴ Em obra já clássica sobre o tema, Carlos Lessona afirma:

“A prova que se proponha pelas partes deve dizer respeito aos fatos fixados definitivamente em réplica, na petição inicial e na contestação, que não tenham sido confessados claramente pela parte a quem prejudiquem. Portanto, a respeito dos fatos que tenham sido confessados ou que não forem impugnados, não é possível que se admita nem menos que se pratique prova alguma”.²⁵

Portanto, não faria qualquer sentido, aqui também, se falar em produção de prova acerca de uma alegação de fato admitida pela parte em face do qual fora ele alegado.

Ainda sobre o tema:

“A confissão implica abdicação do direito de a parte produzir prova sobre o fato confessado. Quem confessa não pode, depois, pedir a produção de meio de prova cujo objetivo é provar a ocorrência ou não ocorrência do fato confessado. Trata-se de efeito jurídico que decorre do princípio da boa-fé processual, revelado na garantia de proibição de comportamento contraditório (proibição do *venire contra factum proprium*)”.²⁶

²³ **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo 4, p. 316.

²⁴ Nesse sentido: “La valoración de las pruebas es un presupuesto para la fijación de los hechos controvertidos” (**GARCÍA**, Juan Carlos Cabañas. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Trivium, 1992, PP. 31 a 65).

²⁵ No original: “La prueba que se proponga por las partes ha de concretarse a los hechos fijados definitivamente en los escritos de réplica y duplica, o en los de demanda y contestación, y en los de ampliación en su caso, que no hayan sido confesados llanamente por La parte a quien perjudiquen. Por lo tanto, respecto a aquellos hechos que hubieren sido confesados o que no fueren impugnados, no es posible que se admita, ni menos que se practique prueba alguna”. (**LESSONA**, Carlos. *Teoría general de La prueba em derecho civil*. Madrid: Reus, 1957, p. 208/209).

²⁶ **DIDIER**, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v.2. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 87/88.

Essa sistemática advém, em grande parte, da tradição processual alemã, que no §288 do Zivilprozessordnung já previa que “os fatos alegados por uma parte não necessitam de nenhuma evidência substancial se, no curso do processo, eles são admitidos pelo oponente.”²⁷ A admissão dos fatos sequer precisa ser aceita pela outra parte ou pelo juiz para ter efeitos,²⁸ pois a desnecessidade de prova de fatos confessados é regida pelo princípio dispositivo.²⁹

²⁷ **ZPO**, §288: (1) Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

²⁸ **ZPO**, §288, (2) Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

²⁹ **GOLDSCHMIDT**, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 302

5. Finalidade da Prova. Destinatário da Prova.

Com efeito, anteriormente, entendia a Doutrina que do ponto de vista prático e objetivo do processo, "*a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, por meio do convencimento, compor a lide, ou seja, a função da prova é a apuração da verdade para convencê-lo de quem tem razão*".³⁰ Daí concluir-se que o destinatário da prova era o juiz, que deveria formar convencimento acerca das alegações de fatos apresentadas e provadas, prolatando, ao final, decisão justa.

Atualmente, resguardadas as opiniões contrárias, em atenção ao princípio da aquisição processual ou comunhão da prova deve-se entender como destinatário da prova o próprio processo, vez que, apresentadas as provas nos autos, elas passam a pertencer ao processo e tornando-se irrelevante quem as forneceu.

Tanto que, evidentemente, não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa apresentada em juízo. A prova pertence ao processo e não as partes, podendo ser aproveitada em favor ou desfavor de qualquer pólo (ativo ou passivo) da demanda, tema que será pormenorizado abaixo. Dessa forma, entenda-se: a prova pertence ao processo, até porque são destinadas a formar a convicção do órgão julgador.

5.1. Poderes Instrutórios do Juiz.

³⁰ **SANTOS**, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002. p. 62.

Com efeito, o processo civil contemporâneo ultrapassou a noção de devido processo legal para atingir o plano do *processo justo*.³¹ Isso implica dizer que esse *novo* conceito de processo comprometido com o plano social não mais poderia ser dirigido por um juiz neutro, sob e sujeito às amarras do antigo conceito de imparcialidade.

Conforme bem observa Barbosa Moreira, "*ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro de sua função precípua.*"³²

É nesse sentido que parte da Doutrina entende atualmente que deve ser interpretada a norma contida no artigo 130³³ e 131³⁴, ambos do Código de Processo Civil. Continua Barbosa Moreira:

"(...) a iniciativa da prova em nada compromete a imparcialidade do juiz, pois ele não está fazendo as vezes de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio - é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa."³⁵

Ou seja, para aqueles que defendem a ampla participação da juiz na fase instrutória é tão somente neste ponto que estaria defeso o magistrado de imergir na busca dos fatos que entenda serem necessários à formação de seu convencimento

³¹ THEODORO JR, Humberto. *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz. *In: O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 95.

³³ 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.

³⁴ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz. *In: O processo civil contemporâneo*. Vários autores, Curitiba: Juruá, 1994, p. 95.

e, via de consequência, o julgamento da controvérsia. O pedido e causa de pedir delineada pelas partes, sob pena de violação da imparcialidade.

Com efeito, tal entendimento é acompanhado por José Roberto dos Santos Bedaque quando ensina:

“(...) a denominação "princípio dispositivo" deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível.

As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado princípio dispositivo.”³⁶

No mesmo sentido esclarece Humberto Theodoro que:

"Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico e de dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nos aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência de exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria"

E continua:

"Em síntese, no processo civil contemporâneo não vigora mais, em tema de prova, o princípio dispositivo segundo o qual cabia ao juiz julgar a causa conforme o alegado e provado pelas partes. O que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o alegado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes.”³⁷

³⁶ **BEDAQUE**, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo: RT, 1991.

³⁷ **THEODORO JR**, Humberto. *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.

Portanto, restaria presente o princípio dispositivo apenas no julgamento da demanda, quando fosse porventura verificado pelo julgador que apesar de todo material trazido aos autos - independentemente de quem produziu a prova -, restasse não comprovado o direito perseguido por aquele a quem incumbia provar.

A corrente que se contrapõe a idéia de que o juiz deve deter amplos poderes na instrução processual, sobretudo na instrução probatória, tem como defensor Liebman, o qual afirma que esse princípio é corolário da imparcialidade do magistrado e mais, ao contrariá-lo, o juiz estaria negando a sua necessária imparcialidade.

Para o mencionado Jurista, o julgador ao diligenciar em busca de provas tornar-se-ia de tal forma envolvido que passaria a decidir de forma parcial, devendo o processo restringir-se a um instrumento a ser manuseado pelas partes, prevalecendo, assim, salvaguardando, assim a imparcialidade do juiz.

Sob mesmo enfoque de entendimento encontra-se Moacir Amaral Santos, para quem prevalece entendimento no sentido de que a atuação do julgador, aqui tratando-se de poderes instrutórios, seria complementar a atuação das partes, levando a risca a distribuição do ônus de provar (art. 333 do CPC).

"Se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade e que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para outro; nunca fazer pesar a balança para um lado ou para outro; nunca fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de

completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça."³⁸

Tal entendimento, que é ainda bastante defendido por outros juristas, como por exemplo João Batista Lopes, que ainda considera a participação do magistrado na fase instrutória como subsidiária em relação a atuação das partes ante a necessidade de imparcialidade no julgamento da controvérsia, vem perdendo força ante a mitigação do princípio dispositivo.

Assim, a tendência é no sentido de cada vez mais se enxergar o processo civil sob uma ótica constitucional e social, com a possibilidade de acesso a justiça de maneira qualificada e comprometida com vias de se aproximar ao máximo da verdade real, implicando uma maior participação do magistrado na solução da controvérsia.³⁹

³⁸ **AMARAL SANTOS**, Moacir. *Prova judiciária no cível e comercial*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1983, vol. I, p. 336.

³⁹ **ALVIM**, Thereza Arruda, em reflexão sobre o tema profere entendimento no sentido de que: "(...) desaparece, segundo esse ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório. O curioso é que, em nome também dos princípios da igualdade e da imparcialidade, que inspiram a outra visão, entendidos, porém, de outro modo. Diante de um quadro em que se tem em conta a problemática do acesso a justiça, tem-se necessariamente, como dado indiscutível, a eventual e até frequente condição de desigualdade que possa haver entre os litigantes. O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais, partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob esse ângulo, não o torna parcial. ao contrário, pois tem a função de impedir que uma das partes venha a vencer o processo, não porque tenha o direito, que assevera ter, mas porque é economicamente mais favorecida que a outra. (...) Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas toas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova." In: *Revista de processo*, n. 76, p. 142.

6. Ônus da Prova.

6.1. Conceito. Ônus x Dever.

Ônus pode ser entendido como a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, contrariamente a obrigação, tida como a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio⁴⁰.

Nas palavras de Carnelluti *"falo de ônus quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a fruição de um interesse"*.⁴¹

Em outras palavras, no ônus há, em verdade, a idéia implícita de carga, e não de obrigação ou dever. João Batista Lopes em sua obra "A prova no direito processual civil" esclarece que:

"(...) a lei não impõe o dever ou a obrigação de arrolar testemunhas, requerer perícia ou juntar documentos, mas se a parte deixar de fazê-lo, quando necessário, correrá o risco de não ver demonstradas suas alegações."⁴²

Portanto, pode-se concluir que a diferença entre dever e ônus reside no fato de que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação

⁴⁰ Para José Manoel de **ARRUDA ALVIM**: *"o dever (strictu sensu) tem como característica básica a perpetuidade, ao contrário do ônus e da obrigação, que se esgotam com o seu cumprimento."* (*Manual de Direito Processual Civil*, 6 ed., São Paulo:RT, 1997, p.473.)

⁴¹ **CARNELUTTI**, Francesco. op. e loc. cit., p. 65. Roland Arazí, para quem o ônus constitui instituto autônomo, não se subsumindo, assim, aos conceitos de dever ou de direito. (*La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 87)

⁴² **LOPES**, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*, , São Paulo: RT, 2000, p. 34.

jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve, ao passo que o ônus é em relação a si mesmo, a satisfação do interesse é do próprio onerado⁴³ que tem o poder de escolha, suportando a consequência de sua atuação ou omissão.

6.2. Ônus da alegação e ônus da prova.

Condição *sine qua non* ao posterior ônus da prova é o ônus da alegação que incumbe a cada uma das partes envolvidas na demanda, já visto acima como passo intransponível mesmo para aqueles que defendem a ampla participação do magistrado na produção das provas.

Com efeito, em tópico pretérito, restou concluído que o objeto da prova cinge-se as alegações de fatos trazidos à apreciação do julgador pelas partes, delimitando a controvérsia e o alcance do ônus *probandi*. Na lição de Rosenberg:

"(...) às partes incumbe não só o ônus de provar os fatos necessários para a decisão, mas também o ônus de introduzi-los no processo mediante afirmações ou alegações."⁴⁴

Frise-se, neste ponto, que o ônus da alegação dos fatos controversos é exclusivo das partes que compõe a relação processual na qualidade de autores, réus e interessados, sendo vedado, ao julgador, acrescentar, de ofício, qualquer informação.

No que tange ao ônus de prova das alegações de fatos já trazidos à esfera do julgador, conforme foi também exposto anteriormente no presente estudo,

⁴³ **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. III, p. 281.

⁴⁴ **ROSENBERG**, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires: Ejea, 1956, t.I, p. 39.

possui o magistrado prerrogativas à realização de atos, mesmo que sem provocação das partes, que se façam necessários à formação de seu convencimento. É esta, ao menos, a tendência do direito processual civil contemporâneo como forma de aprimoramento da prestação jurisdicional.

6.3. Repartição do ônus da prova. Sistema atual. Anotações sob o manto da Constituição Federal.

A hodierna doutrina civilista da repartição do ônus da prova converge à doutrina de Chiovenda, com influência de Carnelluti, que atribui ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos capazes de modificar, impedir ou extinguir o direito daquele.

O Código de Processo Civil de 1973, na linha do entendimento clássico acerca da distribuição do ônus da prova de Chiovenda, em seu artigo 333⁴⁵, estabelece uma visão estática ao expor ser do autor incumbência de provar fato constitutivo de seu alegado direito, enquanto pesará sobre o réu o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão autoral.

Moacyr Amaral Santos, grande estudioso do tema no Brasil, esclarece que:

"A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e ao réu,

⁴⁵ **Art. 333.** O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)"

em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito"⁴⁶

Contudo, posicionamentos parelhos aos até aqui expostos já não se fazem mais totalmente pertinentes, como regra de procedimento, na medida em que vão de encontro aos avanços pelos quais já passou e ainda passa não só a matéria aqui objeto de debate, como também o direito processual civil como um todo, cada vez mais voltado aos ditames da Carta Magna e suas garantias fundamentais de acesso a uma jurisdição qualitativa, publicista e empenhada na busca do processo justo.

Isto porque a garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se, necessariamente, a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário.⁴⁷

O direito de ação deve ter nele inserido oportunidade de o autor e réu influírem no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova⁴⁸, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo⁴⁹.

Sobre o tema a doutrina manifestou entendimento:

"(...) o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do

⁴⁶ **AMARAL SANTOS**, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1983, vol. I, p. 153.

⁴⁷ **MARINONI**, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* São Paulo: RT, 2004, p. 215.

⁴⁸ **GOMES FILHO**, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

⁴⁹ **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., v. 03, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição o direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade."⁵⁰

Na mesma linha:

“Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso déficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova”⁵¹

Portanto, inexorável que a questão atinente a repartição do ônus da prova deve ter observância à luz da Constituição Federal e garantias fundamentais, sendo certo que *a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça*⁵².

Dito isto, e considerando a dinamicidade do direito, o acesso e interesse cada vez maior do homem médio na proteção e busca de seus interesses por intermédio da atividade jurisdicional, resta evidente que o conceito clássico de repartição do ônus da prova (art. 333 do CPC), sob o prisma do direito processual como instrumento de pacificação e reorganização social, não mais se presta a abarcar sequer a maioria das situações do cotidiano.

⁵⁰ **MARINONI**, op. cit., p. 310.

⁵¹ **CANOTILHO**, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, 169.

⁵² **KNIJNIK**, Danilo. *As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 943.

Em outras palavras, antiquado se tornou referido entendimento quando passou-se a analisar o processo civil não somente pela disputa de direito entre particulares, mas sob um viés público e constitucional de entrega de tutela, após cognição exauriente, visando chegar o mais próximo possível da conquista da verdade real que envolva a controvérsia.

Para tanto, deverá o julgador, consubstanciando-se no conjunto probatório trazidos aos autos (não interessando aqui quem o produziu), formar a convicção necessária para proferir a melhor decisão.

Portanto, o quanto disposto no artigo 333 *caput* e respectivos incisos e parágrafos do Código de Processo Civil, em especial I e II, deve ser entendido, ante o direito positivo brasileiro, como regra de julgamento, quando então deverá ser verificado se o conjunto probatório coletado ao longo da instrução, que não mais pertence as partes ou até mesmo ao juiz, mas sim ao processo, é suficiente à pretensão daquele que deu causa a demanda ou não.

Esta é a tendência contemporânea que permeia a matéria e cujas nuances serão baixo debatidas.

7. Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova.

Na linha do que já foi exposto acima é que foi desenvolvida a "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", nada mais sendo, em linhas gerais, do que a possibilidade de produção da prova necessária à formação do convencimento do magistrado pela parte que possui mais condições.

7.1. Origem, definição e pressupostos.

O inglês Bentham⁵³, remotamente, já sinalizava que a obrigação de provar cabia a quem tivesse melhores condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes.

Contudo, a denominada "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", se não por ele concebida, certamente foi desenvolvida no direito processual argentino pelas mãos e pensamentos do jurista Jorge W. Peyrano o qual, a partir da concepção de processo como uma situação jurídica dinâmica, assim como Goldschmidt⁵⁴, defende a necessidade de se levar em conta as peculiaridades do caso em concreto a fim de que se distribua, em atenção ao princípio da igualdade e da busca por uma prestação jurisdicional qualitativa, qual das partes revela as melhores condições de produzir a prova.

⁵³ **BENTHAM**, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Granada Editorial Comares, 2001, p. 36.

⁵⁴ **GOLDSCHMIDT**, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

Segundo Peyrano⁵⁵, *se recomenda que a distribuição do ônus da prova seja rigorosa ao ponderar pelos fatos alegados qual das partes está em melhores condições de produzi-la.*

Roland Arazi⁵⁶, outro autor que escreve sobre teoria da prova, destaca que:

“(...) a necessidade de apreciar as omissões na produção da prova segundo as circunstâncias do caso em concreto é que deu origem a denominada carga dinâmica, em oposição as regras estáticas aplicadas a todos sem distinção”

Referida solução tem como substrato, como referencial, a situação fática imposta ao julgador pela análise da controvérsia apresentada pelas partes, ignorando-se, assim, a posição que cada uma delas ocupa no processo (autor ou réu) e até mesmo a espécie de alegação de fato que se pretende provar (extintivo, constitutivo, modificativo de direito).⁵⁷

Essa concepção trazida pela "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", sem qualquer dúvida, rompe com a visão clássica de distribuição do ônus de provar e faz transparecer o conteúdo de princípios processuais que vão ao encontro da visão contemporânea publicista do direito processual civil, o da igualdade substancial entre as partes e o princípio da cooperação, buscando a solução mais justa.

⁵⁵ Tradução do Autor. No original: “(...) recomienda que la valoración probatoria sea estricta al ponderar el material allegado por la parte que está em mejores condiciones de producir, vgr. la prueba de descargo”. (PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. ED, t.153, 2005, p. 965.)

⁵⁶ Tradução do Autor. No original: “(...) la necesidad de apreciar las omisiones probatorias según las circunstancias del caso dio origen a la denominada carga dinámica, por oposición a las reglas estáticas aplicables en todos los supuestos sin distinción”. (ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <<http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>> Acesso em: 20 de mar 2014.)

⁵⁷ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*, São Paulo: RT, n. 788, 2001, p. 98.

Sobre o tema ensina Arazi⁵⁸ que:

“(...) os litigantes tem o dever de colaborar com o esclarecimento dos fatos e a carga de prová-los recai, principalmente, sobre quem tiver em melhores condições de cumpri-la.”.

Pela "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", portanto, é inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo de provar, sendo também irrelevante a posição da parte no processo e, por fim, desconsiderável a distinção de fatos entre constitutivos, modificativos e extintivos de direito.

⁵⁸ Tradução do Autor. No original: "(...) los litigantes tienen el deber de colaborar en el esclarecimiento de los hechos y la carga de probarlos recae, principalmente, en quien estuviese en mejores condiciones de cumplirla". (ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <<http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>> Acesso em: 20 de mar 2014.)

8. A "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova". Recepção pelo Direito Brasileiro.

Em se tratando aqui o direito brasileiro em todo seu arcabouço, compreendendo legislação, doutrina e jurisprudência, observa-se que a "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", já apresenta hipóteses de incidência, ao menos em legislação específica, como por exemplo em matérias atinentes às relações de consumo (artigo 6º, inciso VIII) e processos de natureza coletiva, tendo inclusive sido objeto de diversos julgados do E. STJ, por exemplo:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

(...)

II - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85."⁵⁹

Com efeito, indiscutivelmente, pelo menos na Jurisprudência, a "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" vem ganhando cada vez mais espaço, na medida em que as situações do cotidiano passam a demonstrar, em ordem crescente, que a divisão estática do ônus de provar não se presta mais, sozinha, a abarcar a gama de situações impostas ao magistrado no momento de julgar.

⁵⁹ STJ - REsp nº 1049822/RS, Min. Rel. Francisco Flacão, T1, DJ 18.05.2009.

Portanto, não podendo qualquer matéria ser afastada da apreciação do Poder Judiciário, por determinação constitucional, é por vezes a flexibilização da carga de provar a solução encontrada para entendimento do litígio pelo juiz.

Além da norma consumerista é, sem qualquer dúvida (assim como no direito argentino), no campo da responsabilidade civil médica que se vê, de forma mais constante, a aplicação da "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" no direito brasileiro.

Em julgamento de relatoria do Excelentíssimo Ministro Ruy Rosado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim consolidou entendimento sobre a temática posta em análise:

"(...) o v. acórdão apontou para a falta de provas dos réus, quanto à regularidade dos procedimentos adotadas, pois dispunham dos meios para elucidar as circunstâncias dos fatos. (...) A prova da regularidade do comportamento está nas mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo mais que possa ilustrar o caso."⁶⁰

Contudo, malgrado as questões desenvolvidas em foro, fica a questão de se haveria espaço e receptividade à "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" na doutrina contemporânea.

A questão já foi objeto de análise em outros países, por exemplo o Uruguai, na *IX Jornada Uruguayas de derecho Procesal*, realizada no ano de 1997, em Rivera. Ressalte-se, aqui, que o mencionado país encontra-se, como bem assevera nesse aspecto Antonio Janyr Dall'Agnol Junior.⁶¹

⁶⁰ STJ - REsp nº 69.309, Min. Rel. Ruy Rosado, T4, DJ 18.06.1996.

⁶¹ **DALL'AGNOL JUNIOR**, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*, São Paulo: RT, n. 788, 2001.

Com efeito, esclarece Dall'Agnol Junior que em referido encontro, o Autor Angel Landoni Sosa, nas pegadas de tese afirmativa desenvolvida por seu contemporâneo Leslie Van Rampey, depois de admitir o duplo aspecto do ônus probatório (regra de julgamento e regra de comportamento), defende o entendimento de que as teorias modernas que referem-se a distribuição do ônus da prova (Peyrano: cargas probatórias dinâmicas; Morello: visão solidária da carga da prova) seriam sim passíveis de recepção naquele ordenamento, na medida em que estaria enraizado naquele ordenamento princípios como o da boa-fé processual, dever de colaboração e lealdade no litigar.

Tais princípios encontram-se também mencionados na legislação constitucional e infraconstitucional, fazendo-se desnecessário muito esforço para que se chegue a conclusão de que inexistiria, em análise macro, motivos que porventura pudessem obstar sua utilização no Brasil.

Diz-se acima uma análise macro porque voltando atenção ao nosso sistema atual vigente, imperioso se faz menção ao fato de que a regra geral, mesmo que dita por muitos como ultrapassada, ainda é o comando contido no artigo 333 do CPC.

Nessa esteira, se porventura sobrevir inovação dependente de ato do julgador (inversão do ônus) - quando possibilitada pela análise do caso em concreto, torna-se evidente que tal regra inovadora somente poderá ser estabelecida em tempo hábil à defesa da parte destinatária do "novo" encargo de provar.

Caso assim não fosse, ter-se-ia uma surpresa insanável, em franca oposição aos princípios da segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação dos sujeitos do processo em busca da construção de decisão justa a dirimir a controvérsia.

Sobre o tema já exarou entendimento a Doutrina, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier no sentido de que:

"(...) se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo ônus probandi."⁶²

Portanto, somente assegurando a cada litigante o conhecimento prévio de qual será o objeto da prova e a quem cabe o encargo de produzi-la é que restará preservada a garantia constitucional da ampla defesa.⁶³

É exatamente neste ponto que parte da Doutrina entende ser desnecessária a modificação do quanto disposto no artigo 333 do CPC.

Isto porque, para os apreciadores do posicionamento de ser a divisão do ônus uma regra de julgamento, e não de procedimento, o sistema atual *"não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza."*⁶⁴

Opiniões de parte a parte, clarividente que a visão clássica de distribuição do ônus de provar contida no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 não mais se presta a suportar a gama de situações que foram se desenvolvendo com as relações sociais, motivo pelo qual é motivo de abordagem no Projeto de Novo Código de Processo Civil, tema a ser desenvolvido adiante.

⁶² **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. *Noções gerais sobre o Código de Defesa do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, nº 10/256.

⁶³ **BARBOSA MOREIRA**, Carlos Roberto. *Inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, Rio de Janeiro: ID- Instituto de Direito, 1996, v. I, p. 309.

⁶⁴ **NERY JUNIOR**, Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 531.

9. Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova e o Projeto de Novo Código de Processo Civil.

9.1. Considerações Iniciais.

As novas necessidades de um país em desenvolvimento e, em consequência, de uma sociedade mais ativa e participativa, fizeram com que o Estado iniciasse um estudo para instituir um *novo* Código de Processo Civil, que se adequasse melhor a uma prestação jurisdicional célere e atendente aos anseios daqueles que necessitam valer-se do Poder Judiciário para busca de seu direito.

Tal modificação pretende atender as pretensões acima expostas, mas principalmente aproximar-se, ainda mais, dos ditames constitucionais e do Estado Democrático de Direito, em os comandos exteriorizados no artigo 5º, inciso XXXV e inciso LXXVIII⁶⁵, o segundo trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Sobre o tema assevera a Doutrina que:

“A publicização do direito processual civil, especialmente a partir de meados do século passado, incentivada pela constitucionalização das garantias constitucionais trazidas pelas Constituições contemporâneas, exigiu mudanças significativas na estrutura processual.

O processo civil moderno não pode ser construído sob a égide, exclusiva, do princípio dispositivo. Isto porque o mecanismo

⁶⁵ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

processual não está voltado somente à resolução de conflitos de caráter exclusivamente individual e patrimonial.”⁶⁶

É nessa toada que está inserida, no Projeto de Lei, a divisão do ônus de provar, com vias de contemplar técnicas processuais destinadas à efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere.

Sobre o tema:

“(…) servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco de até eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material.”⁶⁷

9.2. Das modificações propostas pelo Projeto de novo Código de Processo Civil.

O artigo 380, incisos I e II, do Projeto repete a primeira parte do atual CPC em seu artigo 333, mantendo, portanto, em análise superficial, os ditames da doutrina clássica sobre a distribuição do *ônus probandi*.

Malgrado os termos acima, que em nada interferem na dinâmica atual de divisão do ônus de provar, pertencendo ao Autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu suposto direito e, ao réu, comprovar sua inexistência, vícios ou cumprimento da obrigação, o artigo 377 já traz modificação importante quanto a maior participação do julgador na fase instrutória.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 675.

⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

Conforme já esclarecido em item pretérito do presente estudo, ante a tendência de publicização e necessidade de prolação de decisão justa, não mais se pode identificar a prova produzida nos autos como mera alegação de cada uma das partes, utilizando-as apenas como meio de atingir o objetivo da parte que a produziu.

Nesse sentido, o que se pretendeu com o artigo 377⁶⁸ foi consolidar entendimento no sentido de que a prova deverá ser produzida, mesmo que por intermédio de atuação direta do julgador, para solução da controvérsia e não com vias de satisfazer a alegação exclusiva de uma parte ou de outra. Não outro é o teor do artigo 378⁶⁹ da PL 166/2010.

Trata-se de clara abertura e, porque não, aumento dos poderes instrutórios do juiz que, em última análise, deverá formar seu convencimento, mediante livre apreciação do conjunto trazido aos autos do processo.

Contudo, no artigo 380, §1º, do Projeto de Novo Código de Processo Civil⁷⁰, cristaliza-se como uma das maiores modificações atinente ao tema das provas, sendo, inclusive, objetivo fim das considerações expostas no presente estudo. A inserção da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova”, de forma expressa, em nosso ordenamento processual.

Com efeito, em determinados casos a excessiva dificuldade da parte que alega o fato em provar transformou-se em óbice à prestação de uma tutela

⁶⁸ **Art. 377.** Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

⁶⁹ **Art. 378.** O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁷⁰ **Art. 380.** O ônus da prova incumbe:

(...)

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

jurisdicional efetiva e qualitativa, motivo pelo qual fez-se imperiosa a presença de mecanismos alternativos⁷¹ de obtenção do convencimento do julgador, mediante a flexibilização do sistema de distribuição do ônus de provar.

Sobre o tema:

“É louvável a iniciativa do Projeto de Novo Código que, percebendo a influência positiva do art. 6º, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor, amplia a técnica da inversão do ônus da prova para todas as relações jurídicas marcadas pela desigualdade de armas. Com a distribuição dinâmica do ônus da probatório, os mesmo benefícios atribuídos aos sujeitos da relação de consumo poderão ser estendidos àqueles que integram outros vínculos em que a posição – social, econômica, política, hierárquica etc. – de um dos litigantes seja superior a do adversário, inibindo ou dificultando o exercício do direito constitucional à prova.”⁷²

Como cediço, trata-se a inversão de ônus da prova de mecanismo processual que, em linhas gerais, pretende proteger a parte dita por hipossuficiente tecnicamente à produção da prova de ver seu direito afastado diante da dificuldade na comprovação de suas alegações. Sobre isso é o magistério de Inês Lépori White quando esclarece que *“muitas vezes, esse ideal [de igualdade] não se alcança quando as partes que são beneficiadas por ele não se encontram em igualdade de condições.”*⁷³

⁷¹ **CAMBI**, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

⁷² **CAMBI**, Eduardo. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 677.

⁷³ **WHITE**, Inês Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: **PEYRANO**, Jorge W. Cargas probatórias dinâmicas, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 65.

Procura, assim, promover o princípio constitucional da isonomia e, ao dar chances iguais aos hipossuficientes e vulneráveis, assegurar as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁷⁴

Além do enfoque da preservação da igualdade material entre partes desiguais, deve-se também observar a hipótese de incidência da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova” sob o corolário do dever de lealdade e colaboração das partes⁷⁵, ou seja “dever que as partes têm de conduzir-se com lealdade no processo, probidade e boa-fé, no dever de colaborar entre si para desentranhar a verdade dos fatos e no dever de cooperação para com o órgão jurisdicional, para averiguar como ocorreram os fatos para que o juiz possa ditar uma sentença justa”⁷⁶.

Contudo, em se tratando de exceção à regra, não poderia deixar o Projeto de Novo Código de Processo Civil de estabelecer limitações a utilização da teoria das cargas dinâmicas e consequente inversão do ônus da prova.

Com efeito, o artigo 380 estabelece, primeiramente, que a inversão do ônus não pode ser utilizada como forma geral, devendo ser as alegações dos fatos inicialmente ser analisada pelo julgador, a fim de que se verifique as peculiaridades do caso que, porventura, possam ensejar a sua hipótese de incidência.

Outrossim, requerida a inversão e deferido o pedido formulado, deve ser este justificado a fim de que a parte – a quem a partir de então terá o ônus de provar -, possa impugnar os fundamentos que ensejaram a tomada de postura de exceção.

⁷⁴ **CAMBI**, Eduardo. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 677.

⁷⁵ **KNIJNIK**, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “Ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 944.

⁷⁶ **AIRASCA**, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: **PEYRANO**, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 141.

Em terceiro lugar, é necessário que o sujeito a quem se atribui o ônus de provar esteja em posição privilegiada à sua produção.

“É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria.”⁷⁷

Esse limite material, que se diga, faz-se necessário na medida em que o ônus dinâmico da prova não pode, simplesmente, ser utilizado com substrato à inércia da parte que alegou o fato, mas única e exclusivamente para evitar a formação da *probatio diabólica*, ante uma possível impossibilidade material que recai sobre uma das partes.⁷⁸

“(...) não bastará sustentar ou provar que uma parte se encontra em melhor posição para a produção da prova se, assim mesmo, não se tiver evidenciado que quem o invoca não tem modos de produzi-la.”⁷⁹

Superados tais obstáculos, verifica-se patente que, como esclarece Eduardo Cambi, a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser utilizada

⁷⁷ **BARBIERO**, Sergio José. *Cargas probatórias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In: **PEYRANO**, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 101.

⁷⁸ **KNIJNIK**, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “Ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 947.

⁷⁹ **BARBIERO**, Sergio José. *Cargas probatórias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In: **PEYRANO**, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 104.

como regra de julgamento⁸⁰, sob pena de causar decisão surpresa (tema também abordado pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil em seu artigo 10⁸¹), comprometendo as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que, como já oportunamente discorrido alhures, se assim fosse restaria impossibilitada à parte a quem caberia a produção da prova de fazê-lo.

“(...) inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual a direção o direito subjetivo corre perigo (...). Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador (...) não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório”.⁸²

Ponto que também enseja crítica quase que uníssona do estudiosos do direito que mergulharam sobre o tema da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova” e sua aplicação ao Projeto de Novo CPC reside no conteúdo do artigo 380, §2º, que estabelece que a inversão do ônus de provar não implica na modificação dos encargos inerentes a produção da prova.

Para tais autores, tratar-se-ia de determinação contraditória a contida no referido dispositivo na medida em que a prova necessária a resolução da controvérsia apenas se o beneficiário pela inversão quitasse o importe inerente a sua produção. Portanto, se assim mantidos os termos do artigo, ter-se-ia a mitigação

⁸⁰ **CAMBI**, Eduardo. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 678.

⁸¹ **Art. 10**. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

⁸² **ALVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. In: *Garantias Constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 143.

do princípio da colaboração processual, sob enfoque da produção da prova como meio de proteção do direito material, com vistas à obtenção de decisões mais justas.

10. Jurisprudência.

A fim de corroborar entendimento já exarado, no sentido de que a "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" já vem sendo utilizada no ordenamento jurídico brasileiro (e certamente acabou por influenciar também o legislador no a avançar com o Projeto de Novo Código de Processo Civil), imperioso destaque a alguns julgados proferidos por nossos Tribunais a respeito da temática aqui debatida.

"EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO.

A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para fornecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada (...)"⁸³

Ainda acerca da responsabilidade civil na área médica:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

Não viola regra sobre prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina

⁸³ TJ/RS - Emb. Infr. nº 70017662487, Rel. Des. Odone Sanguiné, DJ 31.08.2007.

o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus." ⁸⁴

Já na seara das ações de natureza coletiva, esse foi o entendimento já proferido pela Câmara Especial de Meio-Ambiente do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. - Ação Civil Pública Ambiental - Decisão que impôs à ré o adiantamento do honorários periciais - Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastreada na simples idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido apenas em parte para reduzir o valor fixado." ⁸⁵

Além das acima expostas, diversas outras decisões já foram exaradas pela Jurisprudência em diversos campos fáticos distintos, dando ainda mais certeza da aplicabilidade da "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova" no direito brasileiro, conforme transcrições abaixo:

"APELAÇÃO CIVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ANÚNCIO INVERÍDICO E OFENSIVO À HONRA DA AUTORA VEICULADO NO SITE DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR E DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

(...)

Atuando a Ré como provedora de acesso à internet e não sendo possível a identificação do real responsável pelo conteúdo ofensivo do anúncio, é o seu dever de indenizar pelos danos causados à personalidade da autora. Aplicação da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, ou seja, incumbe

⁸⁴ STJ - Resp nº 69309/SC, Min. Rel. Ruy Rosado Aguiar, DJ 18.06.1996.

⁸⁵ TJ/SP - AI nº 7786635200, Des. Rel. Samuel Júnior, DJ 23.10.2008.

a quem tem mais condições a prova de fato pertinente ao caso.
(...)"⁸⁶

Por fim:

"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DO CONTRATO OBJETO DA PRETENDIDA REVISÃO.

Caso em que o contrato objeto da pretensão revisional não veio aos autos, ônus que cabia à instituição financeira, pela observância do princípio da carga dinâmica da prova."⁸⁷

Inexorável, portanto, que já vem, por intermédio dos julgados da Jurisprudência, sendo admitida e aplicada, de forma implícita ou não, a "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", como meio de trazer igualdade à relação processual e com vias de se obter o correto entendimento acerca das alegações dos fatos controversos que envolvem o caso em concreto.

⁸⁶ TJ/RS - Ap. nº 70013361043, Des. Rel. Artur Arnildo Ludwig, DJ 21.12.2006.

⁸⁷ TJ/RS - Ap. nº 70017420225, Des Rel. Isabel de Borba Lucas, DJ 07.12.2006.

11. Conclusão

Viu-se por intermédio do presente estudo que o direito probatório é uma construção histórica, de importância inquestionável no campo processual, notadamente diante da nova visão que vem gradativamente sendo implementada em nosso ordenamento jurídico como um todo.

Com efeito, não se pode olvidar que a tendência do direito infraconstitucional é aproximar-se cada vez mais dos preceitos constitucionais, fazendo, no campo do direito processual civil ao menos, que seja ultrapassada a mera resolução de litígios entre particulares, para atingir passo superior, pautado na entrega ao jurisdicionado de tutela qualitativa, célere e justa.

Foi assim, justamente em virtude do aparecimento de necessidades outras de uma sociedade em desenvolvimento, mais ativa e participativa, que ensejou a movimentação Estatal para que iniciasse um estudo visando um novo Código de Processo Civil, que se adequasse melhor aos anseios daqueles que necessitam valer-se do Poder Judiciário em busca de seu direito.

Nessa toada, tem-se que várias mudanças, muitas delas já utilizadas de forma maquiada sob o manto do *poder geral de cautela* em razão da especificidade do caso em concreto, são agora objeto de análise do Poder Legislativo na PL 166/2010.

Dentre tais modificações, especificamente na matéria concernente presente estudo, vale destaque ao aumento dos poderes instrutórios do juiz que, para formar seu convencimento, poderá, caso entenda necessário, determinar a

produção da prova que entender necessária à solução da controvérsia poste pelas partes à sua apreciação.

Não obstante, foi trazida também à pauta a possibilidade de inserção da "Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova", de desenvolvimento do direito argentino, e que no Brasil já encontrava espaço na legislação especial consumerista, com aplicação também na seara das ações coletivas e demandas que envolvam responsabilidade médica.

Trata-se, em linhas gerais, de meio alternativo de comprovação das alegações de fatos onde, verificando-se a fraqueza de uma de uma das partes em produzir a prova, pode o magistrado inverter o ônus, passando o encargo àquele que tenha mais condições de produzi-la.

Ou seja, verificando-se que a visão clássica estática de distribuição do ônus da prova (que ainda permanece como regra geral) não se faz suficiente à solução qualitativa da demanda, passaria o julgador a possuir mais essa alternativa como meio de formar seu convencimento e, conseqüentemente prolatar decisão justa.

Tal teoria, que se diga, vai ao encontro da visão contemporânea do destinatário da prova, o processo, onde se deixa de dar atenção a quem produziu a prova, voltando-a para as provas em si, como meio de obtenção de solução ao fato controverso.

Por esta linha de raciocínio, a utilização do princípio dispositivo dar-se-ia apenas no julgamento da lide, quando então o julgador estaria apto a verificar, após formação do conjunto probatório, se a tutela pretendida merece guarida e proteção estatal ou não.

Viu-se, portanto, que a teoria das cargas dinâmicas da prova possui sim legitimação perante o direito positivo brasileiro, como forma alternativa de resolução da problemática criada pelo entendimento clássico que, por vezes, se mostra insuficiente e desconforme aos princípios constitucionais, tornando letra morta o dever de acesso irrestrito ao Poder Judiciário.

Mais do que isso, verificou-se também que o projeto de novo Código de Processo Civil traz limitações que deverão ser observadas quando da intenção de aplicação da “Teoria das Cargas Dinâmicas da Prova”, sendo necessário estarem presentes pressupostos objetivos como:

- (i) o litigante, que a princípio não havia sido onerado, possuir posição privilegiada quanto ao episódio controvertido que se pretende comprovar;
- (ii) o dever do magistrado em analisar previamente a questão controvertida, a fim de que se verifique a necessidade de comprovação do fato e quem, em tese, possui melhores condições de produzir prova a fim de esclarecê-lo;
- (iii) a necessidade de justificação para a inversão do ônus, oportunizando à parte onerada impugnar tal *decisum*;
- (iv) a impossibilidade de utilização da inversão do ônus como regra de julgamento, sob pena de ser violado o princípio constitucional de direito ao contraditório e ampla defesa, bem como meio de se evitar a prolação de decisão surpresa, matéria também abordada no projeto do CPC, em seu artigo 10º.

Em linhas finais, tem-se que felizes foram os legisladores com a inserção da flexibilização do ônus de provar também nas questões que fogem a legislação especial, o que certamente trará ao jurisdicionado maior crença no Poder Judiciário e acerto de suas decisões, pois estará munido o julgador de mais armas à formação

de seu convencimento sobre a controvérsia apresentada, tornando suas decisões certamente mais próximas do ideal de justiça.

Outrossim, verifica-se que também com acerto foi a intenção do legislador, com os Projetos de Lei que culminarão no Novo Código de Processo Civil, em especial no ponto atinente ao direito probatório, de afastar o formalismo processual exacerbado que por vezes engessou o julgador na prolação de suas decisões em detrimento da entrega do direito material pretendido, evitando-se, assim, que o processo civil acabe sendo um fim em si mesmo e não um instrumento de pacificação das relações sociais, com a entrega de tutela satisfativa aquele a quem ela pertence, conforme preceito que há muito já foi exposto Ulpiano e que ainda é atual aos nossos dias: *"os preceitos de direito são viver honestamente, não prejudicar outrem e dar a cada um o que é seu."*⁸⁸

⁸⁸ Tradução do Autor. No original: *Praecepta iuris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribure.*

BIBLIOGRAFIA

AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: **PEYRANO**, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *A garantia do contraditório*. In: *Garantias Constitucionais do processo civil*. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <<http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>> Acesso em: 20 de março 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, 6 ed., São Paulo:RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, Thereza Arruda. In: *Revista de processo*, n. 76.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*, 4 ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz. In: *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, Rio de Janeiro: ID- Instituto de Direito, vol. I, 1996.

BARBIERO, Sergio José. *Cargas probatórias dinâmicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In: **PEYRANO**, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo: RT, 1991.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3º ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2008, p 1023.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Granada Editorial Comares, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile - parte generale - il concetto giuridico della prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*, São Paulo: RT, n. 788, 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, vol. I e II, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., v. 03, São Paulo: Malheiros, 2005.

ECHANDIA, Hernando Davies. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, 3ª ed., Buenos Aires: Editor Victor P. Zavalia, 1976.

GARCÍA, Juan Carlos Cabañas. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Trivium, 1992.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

JUNIOR ZANETI, Hermes. *O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n. 31, jan/mar 2004.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “Ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LESSONA, Carlos. *Teoría general de La prueba em derecho civil*. Madrid: Reus, 1957.

LOPES, João Batista. *Manual das provas no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Lídio Ferreira Júnior, 1ª ed., 1974.

_____. *A prova no Direito Processual Civil*, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, T. 2, 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos* São Paulo: RT, 2004.

MILHOMENS, Jônatas. *Prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

NERY JUNIOR, Nelson; **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante*, 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - versão Câmara dos Deputados de 09/10/2013, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. ED, t.153, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, Tomos 3 e 4.

REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba* - los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas europa-América, 1978.

SIERRA DOMINGUEZ, Apud **BELTRÁN**, Jordi Ferrer. *Prueba y verdade em el derecho*, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

THEODORO JR, Humberto. *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.

_____. Curso de Direito Processual, v. 1, 41 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; **CORREIA DE ALMEIDA**, Flavio Renato; **TALAMINI**, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 9. ed., São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Noções gerais sobre o Código de Defesa do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, nº 10/256.

WHITE, Inês Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W. Cargas probatórias dinâmicas, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.