A TEORIA DA CARGA DINÂMICA PROBATÓRIA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

LUCAS DANILO VAZ COSTA JÚNIOR
Promotor de Justiça do Estado de Goiás

RESUMO: O presente artigo científico versa sobre a Teoria da Carga Dinâmica Probatória sob a perspectiva dos princípios constitucionais processuais. A teoria, de cuja análise se propõe, tem pressupostos que se contrapõem ao sistema estático de distribuição do ônus de prova, acolhido pelo art. 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Tal sistemática, em diversas situações, inviabiliza a produção satisfatória da prova, razão pela qual deve ser revisitada à luz do texto constitucional, de forma a assegurar efetivamente o acesso à justiça e o devido processo legal. Nesse ponto, a teoria sob exame prontifica-se a densificar o conteúdo dos princípios da cooperação processual e da efetividade, quando estabelece que a prova deva ser produzida por quem tem maiores e melhores condições técnicas de fazê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Carga Dinâmica probatória; perspectiva constitucional; acesso à justiça; devido processo legal; cooperação processual e efetividade.

ABSTRACT: This scientific text deals with the Theory of Freight Dynamics Probative from the perspective of constitutional principles procedural. The theory, whose analysis is proposed, has assumed that if static against the system of distribution of burden of proof, accepted by art. 333 of the Code of Civil Procedure, under which it is the author of the facts constituting the proof of its right, and the defendant, proof of the facts amending, impediments or that lead to the extinction of the right of the author. This systematic, in various situations, prevents the production of satisfactory evidence, why should revisited the light of the constitutional text, in order to ensure effective access to justice and the due legal process. At this point, the theory under examination aims to realize the content of the principles of procedural cooperation and effectiveness, when states that the evidence must be produced by those who have more and better technical conditions to do so.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

KEYWORDS: Freight Dynamics probative; constitutional perspective; access to justice; due legal process; standing cooperation and effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo e Constituição. 3. Prova. 3.1.Conceito. 3.2. Objeto. 3.3. Valoração e sistema da persuasão racional. 3.4. O Direito fundamental à prova. 3.5. Poderes instrutórios do juiz. 3.6. Ônus da prova. 3.7. O sistema estático de distribuição do ônus da prova positivado no CPC. 4. Teoria da carga dinâmica probatória. 4.1. Origem, definição e pressupostos. 4.2. A carga dinâmica probatória no Brasil. 4.3. Carga probatória dinâmica e carga probatória compartilhada: duas faces da mesma moeda. 4.4. Momento da distribuição do ônus da prova. 4.5. Casuística. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

É de *Lavoisier* a idéia de que *nada se perde, nada se cria, tudo se transforma.* A sociedade atual, massificada e globalizada, tem conformação cada vez mais complexa e dinâmica. Nessa perspectiva, antigos dogmas e conceitos merecem ser repensados e relidos a partir da nova formatação social. Disso não foge o Direito que, como produção humana, não é um fim em si mesmo, mas instrumento para estabilização das relações sociais. Nessa sociedade em constante mutação, o Direito, principalmente no segmento processual, deve-se prestar a ser instrumental seguro para transformação positiva da realidade social.

Nesse descortino, para que a jurisdição atinja efetivamente o propósito almejado, é necessário conferir aos jurisdicionados mecanismos concretos para demonstrar a lesão ou a ameaça de lesão aos seus direitos. Nesse particular, o direito probatório assume especial relevo, principalmente sob o prisma do direito constitucional, pois de nada adianta titularizar direitos sem que se possa concretamente demonstrá-los quando se postula esses direitos em juízo.

O presente estudo foi estruturado de forma a relacionar a teoria da carga dinâmica probatória e os princípios constitucionais processuais. Nesse desiderato, inicialmente, no capítulo 2, procurou-se identificar a importância dos princípios constitucionais processuais, dentre os quais o devido processo legal e o acesso à justiça.

Em seguida, no capítulo 3, buscou-se apontar a atual conformação do direito probatório. Contextualizado o assunto, o capítulo 4 apresenta a teoria da carga dinâmica probatória, temática central da presente pesquisa, apontando-lhe a origem e os pressupostos. Sob o prisma constitucional, analisa-se a distribuição do ônus da prova de forma dinâmica, fazendo o cotejo com os princípios do devido processo legal e os consectários da efetividade e cooperação.

Por fim, o capítulo 5 destina-se aos pontos conclusivos da presente pesquisa.

2. Processo e Constituição

O tema objeto do presente trabalho está inserido no Direito Processual Civil, ramo do direito público, para aqueles que adotam a clássica divisão direito público e direito privado. Todavia, antes de adentrar ao tema especificamente e com vistas a contextualizá-lo, mister se faz delinear algumas premissas constitucionais que dão suporte ao processo, de modo a realçar a íntima conexão existente entre processo e constituição.

De se ver que a relação entre processo e constituição é de nítida complementaridade. É que o direito processual orienta-se por diversas normas positivadas na Constituição Federal, ao mesmo tempo em que se estrutura ou deve estruturar-se, no plano infraconstitucional, para concretizar direitos previstos no texto constitucional.

Observa-se então que a parte processual da Constituição pode ser visualizada em dois planos. No primeiro plano estaria o direito constitucional processual e, no segundo, o direito processual constitucional.[1]

O direito constitucional processual representa o conjunto de normas processuais, notadamente normas-princípios, previstos no texto constitucional, que se destinam a tutelar a essência do direito processual. São exemplos: a garantia do acesso à justiça (art. 5°, inc. XXXV); o princípio do devido processo legal (art. 5°, inc. LIV); os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, inc. LV); o princípio da independência da função jurisdicional (art. 2°); o princípio do juiz natural (art. 5°, incs. XXXVII e LIII).

Por sua vez, o direito processual constitucional seria a reunião de normas constitucionais que regulam: a organização da estrutura jurisdicional; a distribuição de competência entre os respectivos órgãos jurisdicionais; o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos e as chamadas ações constitucionais. Como exemplos de dispositivos constitucionais desse timbre, têm-se: o mandado de segurança (art. 5°, incs. LXIX e LXX); a ação popular (art. 5°, inc. LXXIII); o dissídio coletivo (art. 114, § 2°); o *habeas corpus* (art. 5°, inc. LXVIII); o *habeas data* (art. 5°, inc. LXXII); o mandado de injunção (art. 5°, inc. LXXI); a ação civil pública (art. 129, inc. III); a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, inc. I, "a", e § 1°).

Nesse contexto, pontual é a observação de Dinamarco (1996, p. 25), para quem:

> A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao

[1] Sobre o tema, ver Nery Júnior (1995, p. 19-20) e Almeida (2003, p. 31-35).

> controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

Dito de outro modo, no Direito Constitucional Processual, a Constituição Federal serve ao processo, ao estabelecer normas-princípios que lhe devem servir de norte, ao mesmo tempo em que consubstanciam garantias àqueles que participam da relação jurídico-processual.

De outro lado, no Direito Processual Constitucional, é o processo que passa a servir à defesa da Constituição, ou seja, o conjunto de princípios que regulam a chamada jurisdição constitucional e a organização da estrutura jurisdicional.

No presente trabalho, interessa mais de perto o Direito Constitucional Processual, já que a distribuição do ônus da prova será extraída a partir da principiologia constitucional do processo.

Se assim é, importa anotar que, pelo princípio da supremacia a Constituição Federal, o Direito Constitucional Processual encontra-se no cimo da pirâmide normativa e, por isso, constitui o fundamento de validade imediato da Lei Processual, conforme se vê no art. 22, inc. I, da CF/88. Daí correta a conclusão de que a norma processual, para ser válida, deve conformar-se, material e formalmente, ao texto constitucional.

Mas não é só. Além da conformação normativa, é preciso que toda a atividade de interpretação do processo seja pautada na busca pela realização dos valores eleitos pelo texto constitucional. É dizer: o processo é que deve ser interpretado à luz da Constituição e não o contrário.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual, assume especial relevo o estudo dos princípios - notadamente os de índole processual - que, segundo Alexy (2002, p. 86-87), são mandamentos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Assim, a engenharia processual não deve estruturar-se como um fim em si mesma, ou seja, não pode ter por obra-prima um castelo de fórmulas complexas, esteticamente belas, mas substancialmente ocas. Ao contrário, o processo deve ser pensado para constituir mecanismo seguro à concretização de direitos, na maior medida possível, dentro das realidades jurídica e fática existentes.

É com essa preocupação – conformidade da estrutura processual com a tábua axiológica constitucional – que será abordado o direito probatório no tocante à distribuição dinâmica do ônus da prova.

3. Prova

3.1. Conceito

A palavra prova tem caráter polissêmico ou plurissignificativo. No sentido comum, significa a demonstração da verdade de uma proposição. No sentido técnico-jurídico, pode ser entendida como o ato de provar, ou seja, a atividade probatória. Também costuma ser empregada como sinônimo de fonte de prova, ou seja, as coisas, pessoas e fenômenos dos quais se extrai a prova. São exemplos de fontes de prova as testemunhas, os peritos, entre outros. Fala-se também em prova no sentido de meio de prova, que é a técnica utilizada para extrair a prova de onde ela jorra. Assim, tem-se a prova testemunhal, a prova pericial, a prova documental etc. Outra acepção é a de prova como resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos com vistas a influir no convencimento do julgador.

A despeito dessa variedade de acepções, para o presente trabalho, entende-se por prova a atividade desenvolvida no processo visando à formação de um juízo com o maior grau de certeza possível sobre a ocorrência ou não das alegações das partes.

3.2. Objeto

Mas, o que, exatamente, deve ser provado no processo? Muitos, decerto, responderiam: os fatos. É o que, aliás, sugere a redação dos artigos 333 e 334 do CPC. Ocorre, porém, que os fatos, uma vez ocorridos, deixam de existir e o que sobram deles são apenas as histórias. Diante disso, o julgador não tem como reconstruir os fatos já ocorridos, pode apenas valorar as alegações (histórias) das partes sobre a ocorrência ou não dos fatos. Portanto, cada parte conta a sua versão e quem contar e demonstrar a melhor, a mais verossímil, terá mais chances de se sagrar vencedora. Nessa linha, Arenhart (1996, p. 688) averba que:

> O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.

É exatamente por essa razão – de que não se provam os fatos, mas tão-só as alegações sobre eles – que a doutrina processual atual entende que a atividade probatória não tem como perseguir a verdade real, porque essa é inatingível. Busca-se, isso sim, dentro das reconhecidas limitações humanas, o alcance da verdade processual, ou seja, aquela que mais se aproxima do que efetivamente ocorreu. Nesse ponto, merece transcrição a precisa lição de Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 21), para quem:

> É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é idéia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou aconteceu ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles.

Feita essa observação, tem-se que o objeto da prova deve ser então a alegação de fatos que sejam controvertidos, entendidos como tais aqueles afirmados por uma parte e contestados pela outra; relevantes, ou seja, os que guardam conexão com a causa; determinados, a saber, aqueles individualizados no tempo e no espaço. Logo, *a contrario sensu*, descabida a prova sobre fatos indeterminados, indefinidos, inúteis e aqueles física ou juridicamente impossíveis de demonstração.

Conforme disposto no art. 334 do Diploma Processual, também independe de prova a alegação sobre os fatos: notórios, afirmados por uma parte e confessados pela contraparte, admitidos como incontroversos e, ainda, aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Mas e o direito? É passível de prova? Em regra não, por conta do postulado segundo o qual o juiz conhece o direito (*iura novit curia*), salvo em relação a direito estrangeiro, estadual, municipal e costumeiro, quando o teor e a vigência não forem do conhecimento do juiz, consoante o art. 337 do CPC.

3.3. A valoração da prova e o sistema da persuasão racional

Bem, definido o campo da atividade probatória, esta, como atuação destinada à formação do convencimento judicial, deve desenvolver-se nas seguintes etapas: proposição, admissão, produção e valoração. Em síntese, uma vez apresentada a prova, o juiz deverá analisar a utilidade e o cabimento de sua produção. Se admitida, a prova deve ser produzida e o seu conteúdo passa a pertencer ao processo, em atenção ao princípio da comunhão de prova. Em seguida, por ocasião da prolação da sentença, ao juiz cabe valorar a prova, ou seja, revelar o impacto que ela teve na formação de seu convencimento.

Em especial, na fase de valoração da prova, extrai-se dos artigos 131, 165, 436 e 458, II, do CPC, a opção pelo sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Segundo esse sistema, o julgador tem ampla liberdade para formar sua convicção, mas tem o dever de apontar, a partir do material probatório coletado, os motivos e as circunstâncias que o levaram a adotar essa ou aquela posição.

Sem sombra de dúvida, esse dever de motivar confere maior legitimidade à atuação jurisdicional, na medida em que possibilita o controle da decisão pelas partes por meio dos recursos cabíveis, pelos tribunais ao apreciá-los, e, por que não dizer, também da opinião pública, já que a atividade jurisdicional, como forma de poder que é, deve ser exercida em nome do povo. E de outra forma não poderia ser pois, como adverte Moreira (2004, p. 107), "[...] *el Estado de Derecho no está autorizado para interferir em nuestra esfera personal sin justificar su interferência"*.

Tamanha é a importância disso, que a CF/88, em franca incursão em matéria processual, recepciona o sistema da persuasão racional quando, no art. 93, inc. IX, considera a fundamentação como requisito de validade da decisão judicial.

Convém anotar, contudo, que o sistema da persuasão racional, embora seja a regra, comporta mitigações, pois sobrevivem no CPC resquícios normativos do sistema da prova legal ou da prova tarifada, para o qual as provas têm valor certo. Como exemplos, citam-se os artigos 302, 319, 334, IV, 434 e parágrafo, 359, 364, 366, 368, 370, 2ª parte, 373, 376, 378, 379, 401, 406 e parágrafos.

3.4. O direito fundamental à prova

Por certo, de nada adiantaria que o Estado reconhecesse uma lista extensa de direitos individuais e coletivos se, ao mesmo tempo, não conferisse aos seus titulares mecanismos aptos a demonstrar, em juízo, a veracidade das alegações para que, com isso, pudessem exercer influência no convencimento do julgador. Afinal, possuir direitos sem poder demonstrá-los é o mesmo que não os possuir.

Sob essa perspectiva, o direito à prova constitui instrumento necessário para a proteção e a concretização de quaisquer direitos, inclusive os fundamentais, e que pode ser visualizado em tríplice dimensão: direito de requerer a produção da prova, direito de participar de sua produção e direito de se pronunciar sobre a prova produzida.

Acerca do assunto, expressiva a opinião de Marinoni (1999, p. 258), para quem:

> O direito à prova é resultado da necessidade de garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra VIGORRITI, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo.

Daí que se pode identificar o direito à prova como direito fundamental, não expresso como aqueles listados nos incisos do art. 5º da CF/88, mas implícito, porque, na esteira do art. 5º, § 2º, da CF/88, decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal substancial (art. 5º, inc. LIV), do contraditório (art. 5º, inc. LV) e também do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV).

Na mesma linha, em trabalho específico sobre o tema, Eduardo Cambi encara o direito à prova "[...] como um desdobramento da garantia constitucional do devido processual legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório". E mais adiante assinala que "[...] a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam." (CAMBI, 2001, p. 166).

Na qualidade de direito fundamental, conclui-se que o direito à prova tem aplicabilidade imediata, deve ser interpretado no sentido que lhe confira a maior efetividade possível e, ainda, diante de eventual colisão com outro direito fundamental, deve passar pelo juízo de ponderação imanente ao princípio da proporcionalidade.

3.5. Os poderes instrutórios do juiz

A título de contextualização, em breve resgate histórico, cabe rememorar que, no Estado Absolutista, o poder estatal concentrava-se nas mãos do Executivo. Com a Revolução Francesa e a consolidação do Estado Liberal, ganhou destaque o Parlamento, ao qual se atribuiu a função de inovar a ordem jurídica, notadamente para assegurar o direito a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, assumindo o Estado feição garantista e não intervencionista. No século XX, ao perceber a consagração da igualdade apenas formal, o Estado Social, além de garantidor, passou a intervir na sociedade e na economia para assumir o papel de provedor, em ordem a promover os direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa fase, o Poder Executivo retorna à posição de destaque, notadamente em razão do poder de inovar a ordem jurídica por meio das medidas provisórias (antigos decretos-lei). E, no século XXI, além de garantidor e prestador, o Estado Social Democrático de Direito tem o compromisso com a transformação positiva da realidade social, mediante a concretização de direitos, na maior medida possível, tarefa que, sem dúvida, confere maior destaque à função jurisdicional.

Dentro dessa visão transformadora da ordem constitucional, ganha força, na instrução probatória, a atuação do juiz, que pode determinar, inclusive de ofício, a produção de provas, consoante o art. 130 do CPC.

Ora, é certo que o dever de motivar as decisões potencializa a responsabilidade do juiz no processo. Diante desse panorama, a atividade probatória assume papel de extremo relevo, já que repercutirá na maior ou na menor capacidade de o juiz formar seu convencimento, com reflexos imediatos na fundamentação da decisão. Assim, inegável que a falta da prova ou a insuficiência na sua produção compromete

a formação da convicção do julgador e, via de conseqüência, reflete na adequada prestação jurisdicional. Por esse motivo, na processualística atual, ao magistrado deve-se conferir uma participação mais ativa na produção da prova, respeitadas as demais garantias processuais constitucionais.

Todavia, esse ativismo judicial no campo probatório não seria meramente complementar e posterior à atividade das partes, mas simultâneo. Isso porque, em relação a algumas provas, a sua não produção no momento oportuno pode esvaziar os efeitos que com elas se pretendiam obter, desfalcando, sobremaneira, o conjunto probatório, de modo a comprometer a efetividade na prestação jurisdicional.

No entanto ainda há parcela da doutrina que considera a persecução probatória pelo juiz no processo civil como violadora dos princípios do dispositivo, da isonomia e da imparcialidade. Não é, com o devido respeito, o entendimento que se adota no presente trabalho. Na verdade, esses princípios devem ser interpretados não mais no contexto do Estado Liberal, mas sob o enfoque do atual Estado Social Democrático de Direito, a que antes se aludiu.

Desse modo, não se vulnera o princípio do dispositivo, porque, como bem anota Bedaque (2001, p. 93), "[...] se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é". Ou seja, enquanto a relação jurídica material pode ter forte índole privada, a relação processual tem o timbre público, por contar com a participação do Estado-Juiz.

A seu turno, o princípio da isonomia também não é violado, a não ser sob o enfoque meramente formal, o que é incompatível com a visão transformadora própria do Estado Social Democrático de Direito. Na visão substancial, ao revés, a isonomia significa reconhecer eventual desigualdade entre as partes, e tratá-las desigualmente na medida em que se desigualam. Prejudicada, sim, estaria a isonomia se uma das partes, com nítida superioridade na produção de prova, pudesse dela dispor ao seu alvedrio, sem que nada pudesse ser feito. Com a participação ativa do juiz, essas distorções podem ser evitadas e corrigidas.

De igual forma, não resta comprometida a imparcialidade do juiz, porque o aprofundamento na apuração dos fatos só vem favorecer a parte que realmente tenha razão. Arguta, nesse particular, a observação de Bedaque (2001, p. 108) ao questionar: "[...] não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?".

A resposta à indagação acima é afirmativa. Com efeito, a atividade desenvolvida para atingir, no maior grau possível, a verdade processual não pode ficar condicionada ao maior poderio econômico ou cultural de qualquer das partes, sob pena de o juiz declarar o direito a quem não o possua.

Ademais, cabe anotar que as provas produzidas sob a determinação judicial são submetidas ao crivo do contraditório, para que as partes, além de poderem participar da produção probatória, possam influir no convencimento do julgador, o que, por si só, afasta o receio de ofensa à imparcialidade judicial.

E não é só. O ativismo judicial no campo probatório não ocorre de forma absoluta, já que o juiz deve fundamentar a necessidade da colheita da prova que determinou e também enunciar os motivos que lhe formaram o convencimento.

Em relação à revelia, cujo principal efeito é tornar o fato incontroverso, interessante notar que o juiz, ao se deparar com alegações de verossimilhança duvidosa, deve ordenar que o autor produza a prova de suas alegações. Afinal de contas, a alegação de um conto de fadas pelo autor não se torna verdade só pela ausência de contestação do réu.

Portanto, conclui-se que os poderes instrutórios conferidos ao juiz têm o condão de promover o equilíbrio entre as partes no processo, em observância ao princípio da paridade de armas, com vistas a uma prestação jurisdicional mais equânime e legítima, que busque a concretização do direito a quem efetivamente o tenha.

3.6. Ônus da Prova

Muito comum a confusão que se faz entre ônus e obrigação, como se sinônimos fossem. Esclarece Carnelutti (2001, p. 255) que "[...] existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus." Vale dizer, assim, que, enquanto a obrigação tem conotação estática de direito material, o ônus tem a nota dinâmica própria da relação jurídico-processual.

Na mesma linha, Goldschmidt (1936, p. 7-9) concebe ônus como encargo do qual se desincumbe ou não para figurar em situação de vantagem ou desvantagem perante o direito. Ou seja, se a parte não exerce o ônus que lhe cabe, deixa apenas de desfrutar da vantagem processual que teria se o tivesse exercitado, na forma e no momento previstos nas leis processuais.

Sucede, então, que as disposições sobre ônus da prova não impõem às partes o dever de provar algo, mas, na verdade, indicam quem, por ocasião da sentença, arcará com as conseqüências desfavoráveis no caso de ausência da prova sobre certa alegação. São, pois, regras de julgamento e de cunho subsidiário que auxiliam o juiz quando, por ocasião da prolação da sentença, permanecer em estado de dúvida.

Tais regras justificam-se pela vedação imposta ao juiz de pronunciar o *non liquet*, cláusula do Direito Romano que permitia ao magistrado que deixasse de julgar quando o caso não se mostrava claro. Ora, se, mesmo diante da falta ou da insuficiência de provas, o juiz tem o dever de julgar, conforme art. 126 do CPC, imperiosa a criação

de um mecanismo de julgamento capaz de afastar o *non liquet.* Esse mecanismo é justamente a distribuição do ônus da prova, pelo qual o juiz, diante do estado de incerteza, fica autorizado a proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus de tal prova e dele não se desincumbiu e que, com isso, passou a ostentar posição jurídica de desvantagem.

Como bem observa Watanabe (1998, p. 619), não tem sentido aplicar regras de distribuição do ônus da prova quando houver no processo juízo de verossimilhança, hipótese em que o juiz julgará consoante o material probatório coligido e o seu livre convencimento.

Nesse contexto, assume especial valia o princípio da comunhão da prova, segundo o qual a prova, independente de quem a tenha produzido, ainda que pela parte sobre a qual não recaísse o ônus inicialmente, passa a pertencer ao processo. Assim, se com a prova produzida o julgador obtiver um juízo de certeza processual, desnecessário investigar o ônus da prova.

Em síntese, as regras sobre o ônus da prova permitem ao juiz, quando em dúvida por ocasião do julgamento, onerar a parte que não se desincumbiu de seu encargo probatório com um julgamento desfavorável.

3.7. O sistema estático de distribuição do ônus da prova positivado no CPC

Em linhas gerais, a distribuição do ônus da prova é disciplinada pelo art. 333 do CPC, conforme o qual cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu, a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

É dizer: ultimada a instrução probatória, para a qual concorreram as partes e o juiz, e ainda presente o estado de dúvida, o juiz aplicará as regras estáticas do ônus da prova, de forma a onerar com um julgamento desfavorável a parte que não se desvencilhou de seu encargo. Assim, se o encargo era do autor, arcará este com uma decisão de improcedência; se do réu, arcará com uma decisão de procedência do pedido do autor.

Resta claro, pois, a adoção, pelo CPC, de um sistema rígido e estático de ônus de prova, pelo qual o legislador, apriorística e objetivamente, regrou a distribuição do ônus, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto.

Embora se reconheça que tal sistema, apoiado na idéia de calculabilidade do encargo probatório prefixado, visa alcançar a segurança jurídica, valor constitucional inserto no *caput* do art. 5º da CF/88, fato é que em certos casos será difícil ou até mesmo impossível demonstrar em juízo o direito material alegado por uma das partes. Isso se verifica, por exemplo, nas chamadas provas diabólicas, ou seja, aquelas cuja produção por uma das partes, senão impossível, é de difícil ocorrência.

Por conta disso, cresce na doutrina e na jurisprudência um movimento tendente a flexibilizar essa rigidez da norma, de forma a permitir ao julgador que ajuste a distribuição do ônus da prova conforme o caso concreto. Logo, verificada a manifesta disparidade das condições probatórias entre as partes, o juiz, atento ao caso concreto, estabelecerá que o ônus da prova recaia sobre a parte que disponha das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Portanto, a regra estática de distribuição do ônus, prevista pelo legislador, em alguns casos, deve ceder lugar ao sistema dinâmico, conduzido pelo juiz, à luz das particularidades do caso concreto. E isso se afeiçoa com o maior ativismo judicial na produção probatória, referido linhas atrás, como forma de corrigir destemperos na produção probatória, com vistas a uma decisão mais justa e equânime.

Mas essa distribuição do ônus da prova pelo juiz deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, para que as garantias processuais de ambas as partes não sejam suprimidas. Na verdade, como observa Marinoni (2007), a modificação só deve ocorrer "[...] quando ao autor é impossível, ou mesmo muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência". Nesse estágio, em contraposição ao sistema estático, opção expressa do CPC, tem-se o sistema dinâmico de distribuição do ônus da prova, cujo detalhamento será feito a seguir.

4. Teoria da Carga Dinâmica Probatória

4.1. Origem, definição e pressupostos

Remotamente, o jusfilósofo inglês Bentham (2001, p. 36) já sinalizava que a obrigação de provar cabia a quem tivesse melhores condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes. Mas a repartição dinâmica do ônus da prova foi sistematizada e desenvolvida como proposição teórica pelo jurista argentino Peyrano, o qual, a partir da concepção de processo como uma situação jurídica dinâmica, tal qual Goldschmidt (1936), defende a necessidade de se levar em conta as peculiaridades do caso concreto para se aferir qual das partes revela as melhores condições de produzir a prova.

Segundo Peyrano (1978), se "[...] *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".*

Arazi (2007), outro grande autor que escreve sobre teoria da prova, destaca que "[...] *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*".

Esta concepção dinâmica, sem sombra de dúvida, rompe com o sistema rígido e estático de distribuição do ônus da prova ao eleger o caso concreto como referencial

adequado para orientar o juiz na distribuição do ônus da prova. Além disso, permite densificar o conteúdo de vários princípios processuais, tais como o da igualdade substancial entre as partes e o da cooperação. Aliás, acentuando o perfil cooperativo do processo, Arazi (2007) ensina que "[...] *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*".

Em obra específica sobre o assunto, Dall'Agnol Júnior (2001, p. 98) anota que a distribuição dinâmica leva em conta o processo em sua realidade concreta, desprezando por completo a posição que a parte ocupa (se autor ou réu) ou a espécie do fato alegado (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). A demonstração do fato, ainda que alegado pela parte contrária, cabe àquele que se encontrar em melhores condições de fazê-lo.

Em linhas gerais, a teoria da carga dinâmica probatória estabelece que: a) o encargo probatório seja repartido casuisticamente e não de forma estática e abstrata; b) é irrelevante a posição assumida pela parte na causa (tanto faz se autor ou réu); c) o que importa não é a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito –, mas sim quem revela maiores possibilidades concretas de prová-lo.

Mas, postas essas premissas, é de se indagar sobre a compatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico brasileiro. É o que se verá no tópico seguinte.

4.2. A carga dinâmica probatória no Brasil

Embora não haja regra expressa no CPC que acolha a teoria da carga dinâmica probatória, o art. 6º, inc. VIII, do CDC, estabeleceu a técnica da inversão do ônus da prova, segundo a qual o juiz pode redistribuir o encargo probatório, em favor do consumidor, quando preenchidos pressupostos de aferição circunstancial, a saber, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. Eis um exemplo claro de aplicação da teoria dinâmica, embora limitada à defesa dos interesses do consumidor, porque o encargo será redistribuído quando, no caso concreto, o fornecedor revelar melhores condições de produzir a prova.

Mas, de um modo geral, é possível identificar essa concepção dinâmica em nosso ordenamento a partir de uma interpretação sistemática e principiológica da legislação processual atual. Como bem anotam Didier Junior, Braga e Oliveira (2007, p. 61), com didática irretocável, extrai-se a carga dinâmica probatória dos seguintes princípios:

a) princípio da igualdade (art. 5º, *caput,* da CF/88 e art. 125, I, do CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, do CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no

intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fatos e provas esclarecedoras;
c) princípio da solidariedade e da cooperação (art. 3º, I, da CF/88 e arts. 339, 340, 342, 345 e 355, do CPC), pois todos têm o dever de colaborar com o magistrado na tarefa de descortinar a verdade dos fatos;
d) princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;
e) princípio da adequação do procedimento, que decorre do devido processo legal, significando uma modelagem procedimental a partir das peculiaridades do caso concreto;
f) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88), que garante a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, na medida em que confere a quem efetivamente tenha um direito o mecanismo adequado para demonstrá-lo em juízo.

De se ver, portanto, que a teoria da carga dinâmica probatória possui forte substrato constitucional, uma vez que, calcada nos princípios acima referidos, constitui mecanismo apto a densificá-los, de forma a propiciar a concretização dos direitos em juízo, na maior medida possível.

Bem por isso é que Godinho (2006, p. 182), ao relacionar a distribuição do ônus da prova com o exercício dos direitos fundamentais, averba que:

> [...] se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito eclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional.

Importante registrar que, *de lege ferenda,* essa teoria foi incorporada ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que no art. 11, § 1º, estabelece que "[...] o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração".

4.3. Carga probatória dinâmica e carga probatória compartilhada: duas faces da mesma moeda

Ao discorrer sobre a responsabilidade médica, Kfouri Neto (2002, p. 137) distingue a carga probatória dinâmica da carga probatória compartilhada. Para o autor, na carga probatória dinâmica opera-se a transferência da posição da parte litigante – autor ou réu – em relação ao ônus da prova. Ou seja, "[...] por decisão do juiz, tais posições podem variar, e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico". A distribuição é dinâmica por apresentar uma mobilidade variável a partir de cada caso concreto.

Já a carga probatória compartilhada seria a atribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de fazê-lo como, por exemplo, os conhecimentos técnicos dos médicos em demandas de responsabilidade na área da saúde. Nesses casos, o autor-paciente produz toda a prova de que dispõe para contribuir com a instrução da demanda e o réu-médico, de forma compartilhada, acaba sendo intimado para agregar elementos àquela mesma prova, tendo em vista que lhe é mais fácil anexar aos autos o prontuário do paciente e prestar as demais informações técnicas sobre o procedimento em questão, de forma a contribuir para um julgamento justo e compatível com a realidade.

Na verdade, conquanto distintas na visão de Kfouri Neto (2002), verifica-se que a carga dinâmica e a carga compartilhada são dois aspectos de um mesmo fenômeno, ou seja, são o verso e o anverso da mesma moeda de forma que, antes de se distinguirem, complementam-se como proposição teórica.

4.4. Momento da distribuição do ônus da prova

Tradicionalmente, como dito antes, prevalece na doutrina e na jurisprudência a idéia de que as regras de ônus da prova previstas no art. 333 do CPC são regras de julgamento e não de procedimento.

Já em relação à inversão do ônus da prova, prevista no CDC, é grande a polêmica sobre a natureza e o momento adequado para a inversão. A respeito do assunto, formaram-se três correntes. Em apertada síntese, há quem entenda tratar-se de regra de procedimento e o momento adequado para a inversão seria no recebimento da Inicial. Para outra corrente, embora concorde tratar-se de regra procedimental, o momento ideal seria no despacho saneador. Por fim, há quem afirme tratar-se de regra de juízo, pelo que o momento da inversão dar-se-ia por ocasião do julgamento da causa.

Apresentada a celeuma, convém perguntar, em relação à teoria da carga dinâmica do ônus da prova: qual seria o momento adequado para aplicá-la?

Bem, coerente com os apontamentos feitos ao longo deste trabalho, entende-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser operada pelo juiz antes da fase instrutória. Ora, se a distribuição dinâmica assenta-se na cooperação e na lealdade, deve o juiz, de antemão, ao verificar circunstancialmente quem revela melhores condições de produzir determinada prova, declinar à parte o ônus para que, em tempo hábil, possa dele desincumbir-se satisfatoriamente. Não fosse assim, como ressalta Gidi (1995), poder-se-ia conceber a peculiar situação de se atribuir um ônus ao réu e, ao mesmo tempo, negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia, o que, sem dúvida, compromete as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Outro não é o entendimento acolhido pelo Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, elaborado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em parceria com

a Universidade Estácio de Sá, que no art. 19, § 1º, dispõe que "[...] o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora".

Portanto, o momento mais adequado para aplicar-se a distribuição dinâmica é o saneador, assegurando-se, a um só tempo, a cooperação e a lealdade que devem permear a relação jurídico-processual.

4.5. Casuística

Mesmo ausente regra expressa no CPC, muitos de nossos tribunais, apartados de uma concepção meramente legalista, vêm reconhecendo aplicabilidade prática à teoria da carga dinâmica probatória, a partir de uma interpretação sistemática e coerente com o texto constitucional, o que é um avanço.

Assim, antes das notas conclusivas, cabe fazer referência, ainda que minimamente, ao enfoque dado à matéria objeto do presente trabalho pela jurisprudência de nossos tribunais:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.
> 1. *Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.*
> 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.
> 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.
> 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.
> 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.
> Recurso Especial não conhecido. (STJ. Resp nº 69309/SC, grifo nosso).
>
> AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - CONTRATO BANCÁRIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE - FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. - A inversão do ônus da prova tem o objetivo de restabelecer a isonomia entre as partes, mediante a facilitação, na medida certa, da defesa dos direitos do consumidor. - O princípio da carga dinâmica consiste na possibilidade de a prova, em processos com características especiais, receber tratamento diferenciado, devendo o magistrado distribuir

o ônus probatório à parte que se encontra em melhores condições de realizar a prova, e não à parte que a requereu. - Nas ações de revisão contratual é presumível a facilidade de exibição de documentos pelos bancos, que certamente mantêm arquivados os contratos celebrados com seus clientes, bem como os extratos de movimentação de conta corrente. Negaram provimento ao recurso. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0702.06.289424-2/002(1), 03/07/200).

REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO PELO BANCO. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. - De acordo com o princípio da carga dinâmica da prova, aquele que está no controle da prova não pode negá-la. Assim, cabe ao Banco apresentar a documentação relativa aos contratos firmados, não podendo se furtar de fornecê-la. Preliminar rejeitada e recurso não provido. Rejeitaram a preliminar e negaram provimento (TA_ MG. Apelação Cível nº 2000000398779-5/000(1)).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE RELATIVA - PRECLUSÃO - MUDANÇA NA CAPACIDADE DE PAGAR DO ALIMENTANTE OU NA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO - COMPROVAÇÃO- RECONVENÇÃO - ARGÜIÇÃO DE FATO NEGATIVO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - DECAIMENTO DE PARTE MÍNIMA PELO AUTOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 401 DO CC DE 1916 E ARTS. 21, PARÁGRAFO ÚNICO E 245 AMBOS DO CPC. Nas chamadas nulidades do gênero das não-cominadas, ou mesmo nas irregularidades de ordem processual, não havendo qualquer manifestação, na primeira oportunidade em que a parte falar nos autos, verifica-se a preclusão. Provada a alteração do binômio necessidade/possibilidade, impõe-se a procedência do pleito revisional/exoneratório de alimentos. Pelo princípio da carga dinâmica da prova, a comprovação de determinado fato compete à parte cuja produção da prova está ao seu alcance. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários. Rejeitaram preliminar e negaram provimento. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0686.01.019604-2/002(1**),** 26/08/2004).

5. Conclusão

À guisa de conclusão, tem-se que:

a) o processo civil atual deve ser estruturado para concretizar os direitos fundamentais, na maior medida possível;

b) o aumento dos poderes instrutórios do juiz harmoniza-se com a missão de transformação positiva da realidade social, própria de um Estado social democrático de Direito, na medida em que visa ao equilíbrio entre as partes no processo;
c) o direito à prova é direito fundamental implícito, conforme art. 5º, § 2º, da CF/88, porquanto de nada adianta titularizar direitos sem poder demonstrá-los em juízo;
d) o sistema estático do ônus da prova, positivado no art. 333 do CPC, porque alheio à realidade do caso concreto, pode conduzir a julgamentos disparatados, inviabilizando a concretização do direito de quem efetivamente o tenha;
e) a teoria da carga dinâmica probatória, desenvolvida pelo jurista argentino Peyrano (2005), rompe com o sistema estático, ao deslocar para o juiz a tarefa de distribuir o ônus da prova àquele que, no caso concreto, revelar melhores condições técnicas e específicas de produzi-la;
f) para essa concepção teórica, prova quem, casuisticamente, reunir melhores condições para tanto, pouco importando a posição que ocupa no processo ou a natureza do fato probando;
g) embora não expressa no CPC, a teoria da carga dinâmica inspirou a inversão do ônus da prova no CDC. Além disso, a partir de uma interpretação sistemática, pode ser extraída de vários princípios, entre os quais: *igualdade, boa-fé, cooperação, devido processo legal, adequação do procedimento e acesso à justiça;*
h) a distribuição dinâmica do ônus da prova revela-se mecanismo de forte substrato constitucional, que potencializa o direito fundamental à prova, razão pela qual vem sendo absorvida pela doutrina e pela jurisprudência nacionais;
i) o momento processual adequado para aplicá-la é por ocasião do despacho saneador, para que a parte onerada tenha a possibilidade de desincumbir-se de seu ônus satisfatoriamente. ♦

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro:* um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAZI, Roland. *La carga probatoria.* Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm.> Acesso em: 13 nov. 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Revista do Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996.

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

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.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil.* Campinas: Bookseller, 2001.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, 2001.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Jus PODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 13, 1995.

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto.* Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br.> Acesso em: 13 nov. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Prueba y motivación de la sentencia. *Temas de direito processual.* 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *ED,* t.153, p. 965, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.