

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA LOPES ABREU

**DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA.**

Juiz de Fora

2013

LETÍCIA LOPES ABREU

**DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Juiz de Fora como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2013

LETÍCIA LOPES ABREU

**DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL COMO
INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Clarissa Diniz Guedes

Monografia aprovada em 19 de março de 2013 pela banca composta pelos seguintes membros:

Profª Orientadora: Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª: Isabela Gusman Ribeiro do Valle
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª: Paulla Miguel Monteiro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2013

RESUMO

Este trabalho tem como objeto a análise da possibilidade de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas como instrumento de concretização do direito ao acesso à justiça na perspectiva da terceira onda renovatória explicitada por Cappelletti e Garth. Será demonstrado que a aplicação dessa teoria se legitima através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do Código de Processo Civil. Ao final, será abordada a forma como o Projeto de Lei 8.046/10 regula a teoria, adentrando-se nas divergências doutrinárias e demonstrando como a jurisprudência se posiciona frente à questão.

PALAVRAS CHAVES: Ônus da prova. Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the possibility of application of the dynamic allocation of burden of proof theory as an instrument for realization of the right to access to justice in connection with the third wave renewals explained by Cappelletti and Garth. It will be demonstrated that the application of this theory is legitimized through a systematic interpretation of the Federal Constitution and the Code of Civil Procedure. At the end, will be approach how the Bill Project 8.046/10 regulates the theory, entering on the doctrinal divergences and demonstrating how the jurisprudence deals with it.

KEYWORDS: Burden of proof. Dynamic allocation of burden of proof theory. Acces to justice.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ÔNUS DA PROVA: CLASSIFICAÇÕES E TEORIAS APLICÁVEIS.....	11
2.1	Classificações do ônus da prova: ônus subjetivo e ônus objetivo	12
2.2	Teorias sobre a distribuição do ônus da prova.....	14
3	TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA	18
3.1	A Constituição Federal como fonte da teoria das cargas dinâmicas	19
3.2	O Código de Processo Civil como fonte da teoria das cargas dinâmicas	25
3.3	Aplicação da distribuição dinâmica pela jurisprudência	29
4	REGULAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS PELO PROJETO DE LEI 8.046/10.....	33
4.1	O momento de aplicação da teoria e a necessidade de advertir as partes sobre a sua incidência	34
4.2	Requisitos para a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	39
4.3	Limites à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas	43
5	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil brasileiro não foi elaborado sob a égide da Constituição Federal de 1988, pois foi instituído pela Lei 5.869 de 1973. No decorrer de sua vigência, na tentativa de adequá-lo à nova realidade social e torná-lo compatível com os princípios e garantias constitucionais, o nosso Código de Processo Civil foi objeto de uma série de alterações legislativas.

Contudo, os “remendos” legais não foram aptos a sanar todas as críticas elaboradas pela doutrina e pela jurisprudência à nossa codificação processual civil e, de certa forma, essas reformas prejudicaram sua harmonia sistemática.

Assim, em setembro de 2009, com o objetivo de adequar o Processo Civil às mudanças sociais que ocorreram, bem como possibilitar a concretização de valores constitucionais, como o efetivo acesso à justiça, foi instituída, pelo Senado Federal, uma Comissão de Juristas com a tarefa de elaborar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil.

O trabalho da Comissão de Juristas deu origem ao Projeto de Lei 166/2010, o qual foi aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010. Atualmente, esse projeto de lei encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados, onde passou a ser chamado de Projeto de Lei 8.046/2010.

Uma das alterações propostas pela Comissão de Juristas relaciona-se com o instituto da prova. Este instituto ocupa uma posição importante no sistema processual, pois é através da prova que o magistrado se convence ou não da ocorrência dos fatos envolvidos na lide e a partir disso decide qual a norma deve ser aplicada ao caso concreto.

Como nos ensinam Didier, Braga e Oliveira (2012, p.18): “Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora.”

Entretanto, em alguns casos, mesmo após a conclusão da fase instrutória, certos fatos continuam sem uma demonstração satisfatória a propiciar o convencimento do magistrado. Como o nosso sistema processual veda o *non liquet*, é preciso recorrer às regras referentes à distribuição do ônus da prova.

O atual Código de Processo Civil adota, em seu art. 333, a teoria clássica, denominada teoria da distribuição estática do ônus da prova. As regras são prévias e abstratas e não há espaço para que o magistrado altere a forma de distribuição do ônus da prova devido a particularidades do caso concreto.

Essa opção legislativa sofreu diversos questionamentos da doutrina, pois por não considerar as singularidades do caso concreto pode inviabilizar o efetivo acesso à justiça em questões mais complexas.

Com o intuito de garantir um efetivo acesso à justiça nas relações de consumo o legislador instituiu, através do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova nessas relações mediante a presença de certos requisitos.

No entanto, essa inovação legislativa não foi apta a sanar todas as críticas da doutrina à distribuição estática prevista no art. 333 do Código de Processo Civil. A principal delas consiste no fato de que essa norma é legalmente aplicável apenas às relações de consumo, deixando sem tutela efetiva as demais relações jurídicas em que há uma disparidade de armas probatórias.

Muitos doutrinadores brasileiros defendem a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas nas relações cíveis mais complexas.

Por questões metodológicas o presente trabalho terá como objeto apenas a teoria das cargas probatórias dinâmicas, não entrando na análise da inversão judicial do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas será examinada à luz do panorama do atual ordenamento jurídico e das tendências trazidas pelo Projeto de Lei 8.046/10, dando ênfase aos pontos considerados controvertidos pela doutrina.

Há casos na jurisprudência em que a norma rígida do art. 333 do atual Código de Processo Civil deixou de ser aplicada por inviabilizar o efetivo acesso à justiça. Em alguns desses casos a solução encontrada foi a aplicação da teoria objeto do presente trabalho.

Pretendemos demonstrar que essas decisões podem ter sido acertadas, tendo em vista que, apesar da falta de previsão legislativa expressa, a teoria das cargas probatórias dinâmicas já pode ser aplicada em nosso atual ordenamento jurídico, através de uma interpretação constitucional e sistemática do Código de Processo Civil vigente.

Para garantir maior segurança jurídica, o art. 358, *caput* e parágrafos, do Projeto do Novo Código de Processo Civil adota, de forma expressa, a teoria das cargas probatórias dinâmicas, normatizando o que parte da doutrina nacional já defendia e o que a jurisprudência já aplicou em alguns casos.

Vamos conferir se a normatização da teoria, realizada pelo Projeto de Lei 8.046/10, é compatível com a tendência jurisprudencial e doutrinária construída sob a vigência do atual Código de Processo Civil.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas contém alguns pontos obscuros que merecem ser melhor discutidos pela doutrina.

Este trabalho pretende analisar os seguintes pontos controversos: a) qual seria o momento adequado para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em vista a garantia da segurança jurídica e o princípio do contraditório; b) se as partes devem ser

advertidas pelo juiz sobre a incidência da distribuição dinâmica ao caso concreto; c) quais são os requisitos e os limites para a aplicação da teoria; d) se a distribuição dinâmica recai sobre todos os fatos a serem provados ou apenas sobre fatos específicos; e) a quem incumbirá o ônus da prova se a prova for impossível ou de difícil realização para as duas partes.

Neste estudo, iremos verificar se a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é apta a possibilitar um efetivo acesso à justiça na perspectiva da terceira onda explicitada por Cappelletti e Garth, ou seja, iremos verificar se essa teoria é adequada para superar as diferenças materiais entre as partes no que se refere ao conjunto probatório, possibilitando que elas lutem por seus direitos de maneira equânime.

Além do mais, iremos averiguar se a distribuição dinâmica do ônus da prova está de acordo com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica, da igualdade, entre outros.

O estudo proposto será estruturado da seguinte maneira: no capítulo 2, analisaremos os aspectos subjetivos e objetivos do ônus da prova e traçaremos algumas considerações sobre as teorias de distribuição estática e dinâmica.

No capítulo 3, demonstraremos que a teoria das cargas probatórias dinâmicas pode ser aplicada no ordenamento jurídico vigente através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do atual Código de Processo Civil. Neste capítulo, demonstraremos, também, que a teoria em estudo é um meio de concretização do direito ao acesso à justiça na perspectiva da terceira onda explicitada por Cappelletti e Garth .

No capítulo 4, trataremos da regulação da teoria das cargas probatórias dinâmicas pelo Projeto de Lei 8.046/10. Para evitar repetições desnecessárias, iremos analisar, conjuntamente, as questões obscuras, atinentes à aplicação da teoria, na perspectiva do atual Código de Processo Civil e na perspectiva do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, no capítulo 5, concluiremos que a teoria das cargas probatórias dinâmicas é um instrumento efetivo para concretizar o direito ao acesso à justiça e faremos algumas considerações sobre a proposta de normatização da teoria trazida pelo Projeto de Lei 8.046/10.

2 ÔNUS DA PROVA: CLASSIFICAÇÕES E TEORIAS APLICÁVEIS

A maior parte das causas não envolve apenas questões de direito; envolve, também, questões de fato.

No que tange ao direito, não há, em regra, necessidade de prova, cabendo ao juiz ter conhecimento do direito objetivo, conforme o princípio do *iura novit curia*. Só há a necessidade de provar o teor e a vigência de normas municipais, estaduais, estrangeiras ou consuetudinárias caso o juiz assim o determine, nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil.

Para que as pretensões veiculadas no processo sejam acolhidas ou rejeitadas é preciso verificar a ocorrência dos fatos sobre os quais incide a norma aplicável, pois, para solucionar a lide, o magistrado não precisa apenas do direito, mas também dos fatos.

É o que afirma José Carlos Barbosa Moreira (1989, p.73):

Quem instaura processo de cognição pleiteia o reconhecimento ou a produção de determinado efeito jurídico. Ao órgão competente para julgar a causa incumbe pronunciar-se acerca do efeito pretendido. Como todo efeito resulta da incidência de uma norma jurídica sobre um fato (ou conjunto de fatos), para julgar necessita o juiz, de um lado, reconstituir o fato (ou o conjunto de fatos) e, de outro, identificar a norma aplicável.

As partes precisam ter no processo ampla liberdade probatória, pois o juiz só toma conhecimento dos fatos que permeiam a lide através das provas trazidas aos autos, tendo em vista que ele não pode valer-se de seus conhecimentos pessoais.

É imperioso que todos os fatos que venham fundamentar a decisão estejam provados, pois meras alegações não são aptas a formar o convencimento do julgador.

2.1 Classificações do ônus da prova: ônus subjetivo e ônus objetivo.

Não há no processo um dever de produzir provas imposto às partes. Há, na verdade, uma liberdade de produção de prova, representada pelo ônus da prova (BAZZANEZE, 2012).

O ônus da prova confere à parte a faculdade de agir para praticar ou não atos destinados a produção de provas. A doutrina costuma dizer que o ônus da prova possui dois aspectos: um subjetivo e outro objetivo.

Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 76) conceituam o ônus da prova subjetivo como “uma regra dirigida às partes, de modo a orientar a sua atividade probatória”. Assim, o ônus da prova subjetivo atua como um estímulo psicológico às partes para que as mesmas se esforcem a fim de provar os fatos que fundamentam suas pretensões. Na hipótese de os fatos não serem provados de forma adequada as partes correm o risco de receber uma decisão contrária aos seus interesses.

Na lição clássica de Barbosa Moreira (1989, p. 74):

Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato de veras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta com larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).

A inobservância das regras de distribuição do ônus da prova pelas partes é lícita, pois, como já foi dito, a lei não impõe um dever jurídico de provar. Assim, caso uma das partes não

se desincumba do seu ônus de produzir determinada prova ela não poderá ser compelida a fazê-lo pela outra parte ou pelo juiz. A não produção da prova ou a insuficiência probatória têm como consequência a mera aceitação do risco da prolação de uma decisão desfavorável.

No entanto, o ônus da prova é um ônus imperfeito, haja vista que seu descumprimento não acarreta, necessariamente, consequências negativas para a parte que não se desincumbiu dele.

A parte onerada sofrerá as consequências negativas apenas se o fato cujo ônus da prova lhe incumbia não for provado nos autos, de forma negativa ou positiva. Ou seja, se nada ficar demonstrado sobre a existência ou inexistência de um fato, o juiz concluirá desfavoravelmente à parte a quem incumbia o ônus de demonstrá-lo.

Assim, se a prova for produzida pela parte adversa, pelo Ministério Público, por terceiro ou *ex officio*, a parte incumbida do ônus probatório não terá que arcar com as consequências negativas de sua inércia.

Isso ocorre devido ao princípio da comunhão de provas, também chamado de princípio da aquisição processual, o qual dispõe que, uma vez produzida a prova, ela deixa de pertencer àquele que a providenciou (parte, juiz, terceiros, Ministério Público) e passa a pertencer ao processo, passando a ser pública e podendo favorecer ou desfavorecer qualquer uma das partes (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2012).

Contudo, mesmo com o uso do poder instrutório conferido ao juiz pelo art. 130 do Código de Processo Civil, as provas trazidas aos autos podem ser insuficientes para formar o convencimento sólido do julgador sobre a ocorrência ou não de fatos relevantes para a lide.

Levando-se em conta o escopo de pacificação social do processo, o magistrado não pode se eximir de julgar alegando insuficiência probatória. Ele tem que se pronunciar em algum sentido, resolvendo o mérito da lide, uma vez que o nosso ordenamento veda o *non*

liquet, ou seja, o juiz não pode deixar de produzir uma sentença de mérito por insuficiência de prova.

Assim, à míngua de elementos probatórios convincentes, para resolver o mérito da ação, o juiz tem que recorrer às regras de distribuição do ônus da prova no seu aspecto objetivo.

O ônus da prova objetivo tem como destinatário o magistrado e possui aplicação subsidiária. O juiz só poderá recorrer a ele se, após o término da fase instrutória, fatos relevantes para a solução da controvérsia permanecerem sem um esclarecimento satisfatório.

O ônus da prova objetivo determina para o magistrado qual das partes deverá suportar os riscos advindos da situação de penúria probatória. Esses riscos devem ser arcados pela parte que tinha o ônus de provar o fato que ficou sem demonstração acerca de sua existência ou inexistência.

2.2 Teorias sobre a distribuição do ônus da prova

Algumas teorias estabelecem critérios para determinar como o ônus da prova deve ser distribuído entre as partes.

Atualmente, o nosso ordenamento adota a teoria estática do ônus da prova, uma vez que o Código de Processo Civil, ainda vigente, determina em seu art. 333 e incisos, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa teoria distribui o ônus da prova de forma prévia e abstrata. O intérprete tem que analisar apenas a posição ocupada pela parte no processo – autor ou réu- e a espécie de fato a ser provado – constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. As

partes já sabem, *a priori*, quais fatos devem provar para não correrem o risco de receberem uma decisão desfavorável.

No âmbito da teoria estática não há espaço para que o aplicador flexibilize a distribuição do ônus da prova em face de particularidades do caso concreto.

Como afirma Eduard Yoshikawa (2012, p. 123), o juiz não pode:

Deixar de atribuir ao autor a consequência da inexistência de prova dos fatos constitutivos por ele alegados (improcedência do pedido), nem ao réu a da inexistência de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (procedência do pedido).

A prática mostrou que a aplicação da distribuição estática é inadequada em algumas situações, pois por não considerar as particularidades do caso concreto pode ocasionar a criação de direitos materiais inexistentes ou inviabilizar a concretização de direitos existentes, frustrando o efetivo acesso à justiça.

Com o objetivo de oferecer aos jurisdicionados uma prestação mais adequada surgiram novas teorias sobre a distribuição do ônus da prova, entre elas a teoria das cargas probatórias dinâmicas, sistematizada e difundida pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano (2004 a, b).

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, também chamada pela doutrina e jurisprudência nacionais de teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, busca uma flexibilização do critério estático de distribuição do ônus da prova.

Essa flexibilização deve ocorrer somente nos casos em que a aplicação da teoria estática possa gerar decisões inadequadas, ou seja, a distribuição dinâmica deve ocorrer apenas de forma excepcional.

É o que nos explica Peyrano (2004a, p.87):

(...) Como no nos cansamos de repetir, que se trata de una doctrina de aplicación excepcional y residual a la que se debe recurrir ante la comprobación de que el empleo de los parámetros corrientes llevaría en la especie a soluciones manifestamente inicuas.¹

A distribuição dinâmica deve ser adotada nos casos em que há uma grande disparidade de armas probatórias entre as partes, pois a finalidade dessa teoria é evitar que uma das partes tenha o ônus de produzir uma prova diabólica, quando essa mesma prova puder ser mais facilmente produzida pela outra parte.

Assim, quando a produção de uma prova for muito difícil ou impossível para uma das partes, o ônus de produzi-la deverá ser conferido a outra, desde que esta detenha melhores condições (fáticas, técnicas, profissionais) de produzir tal prova.

Não há uma distribuição prévia do ônus da prova. O aplicador do direito tem que analisar, no caso concreto, quem efetivamente possui melhores possibilidades de produzir a prova, sendo irrelevante a posição ocupada pela parte e o tipo de fato a ser provado.

Como nos ensina Peyrano (2004a, p.79):

El onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a probar, rol de acto o demandado) para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quien está em mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva.²

São conferidos maiores poderes ao julgador, pois ele tem que analisar se a prova revela-se muito difícil ou impossível para uma das partes e, em caso afirmativo, tem que verificar se a outra parte possui efetivamente melhores condições de produzir a prova.

¹ “Como não nos cansamos de repetir, se trata de uma doutrina de aplicação residual e excepcional a que se deve recorrer ante a comprovação de que o emprego dos parâmetros correntes levariam a soluções manifestamente inócuas no caso.” (tradução livre)

² “O ônus da prova independe de enfoques apriorísticos (fato a provar ou posição de autor ou demandado) para limitar-se a indicar que o ônus da prova recai sobre quem está em melhores condições fáticas, técnicas ou profissionais para produzir a prova respectiva.” (tradução livre)

Assim, suas decisões devem ser bem fundamentadas, deixando claro que para uma parte a produção da prova é diabólica e que a outra possui melhores condições de produzi-la. Além do mais, tem que determinar um prazo para que a nova parte onerada possa produzir a prova.

3 TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA

A teoria estática de distribuição do ônus da prova, prevista expressamente no nosso ordenamento processual civil vigente, não analisa as particularidades do caso concreto. Por não conferir espaço para que o magistrado adeque a distribuição do ônus da prova às necessidades do caso concreto ela pode fazer com que sejam desconsideradas as desigualdades materiais que ocorrem entre as partes no que se refere ao acesso às fontes de prova e à capacidade técnica e financeira de viabilizar a sua produção.

A aplicação dessa teoria, por refletir, algumas vezes, no plano processual, as desigualdades materiais presentes entre as partes, pode criar direitos materiais inexistentes ou inviabilizar a concretização de direitos materiais existentes.

Nesses casos, o processo deixa de ser um instrumento de concretização de uma ordem jurídica justa e passa a ser um fim em si mesmo, pois se torna um mecanismo de alteração ou até de violação, do ponto de vista fático, do direito material. Essa desvirtuação do processo é inaceitável, como nos ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 47):

Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (a aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado).

Além de, em alguns casos, desvirtuar a finalidade do processo, a aplicação da teoria estática do ônus da prova pode, também, gerar consequências ainda mais gravosas, como a violação, em concreto, de alguns princípios e garantias constitucionais.

A Constituição Federal é a norma suprema do nosso ordenamento e, em razão disso, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com ela, inclusive no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Assim, todas as normas infraconstitucionais, incluindo-se as normas do Código de Processo Civil, devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos valores, princípios e garantias constitucionais.

Se o aplicador do direito perceber que a incidência de uma norma irá gerar uma inconstitucionalidade *in concreto* ele deverá procurar uma interpretação compatível com a Constituição. Caso não encontre, deverá deixar de aplicar a norma ao caso em análise.

Dessa forma, sempre que o magistrado perceber que a incidência da teoria estática de distribuição do ônus da prova irá ferir, *in concreto*, um princípio constitucional ele deverá deixar de aplicá-la àquele caso e procurar uma solução compatível com o ordenamento jurídico como um todo.

3.1 A Constituição Federal como fonte da teoria das cargas dinâmicas

Apesar de não prevista expressamente por nossa legislação, a teoria das cargas probatórias dinâmicas deverá ser aplicada aos casos em que a adoção da teoria da distribuição estática do ônus prova possa gerar uma inconstitucionalidade em concreto e possa desvirtuar a finalidade do processo.

Para fundamentar a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas no nosso ordenamento vigente é preciso fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal e uma interpretação constitucional e sistemática das normas do atual Código de Processo Civil.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, inciso LIV, o direito fundamental ao devido processo legal. Esse direito contempla um conjunto de garantias conferidas às partes para que as mesmas possam exercer de modo efetivo suas faculdades e poderes processuais. O respeito a essas garantias é essencial para o correto exercício da função jurisdicional.

Entre os direitos contemplados pelo devido processo legal estão o direito ao juiz natural, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito à igualdade processual, o direito à prova, entre outros.

O direito fundamental à prova possui uma relevante importância no resultado do processo, pois ele é o meio apto a demonstrar a veracidade das alegações produzidas em juízo, influenciando o convencimento do julgador.

É através do direito à prova que o indivíduo demonstra ser titular de outros direitos. Como afirma Lucas Danilo Vaz Costa Júnior, (2013) “o direito à prova constitui instrumento necessário para a proteção e a concretização de quaisquer direitos, inclusive os fundamentais.”

Para que a parte tenha maiores chances de obter uma decisão favorável aos seus interesses, para que o seu direito material seja tutelado, é necessário que ela se desincumba dos ônus probatórios que recaem sobre ela.

Dessa forma, é racional entender que as regras que regulam a distribuição do ônus da prova afetam a garantia do acesso à justiça. Nas palavras de Robson Renault Godinho (2009, p. 294), “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.”

Entende-se, portanto, que o legislador infraconstitucional não tem liberdade total para distribuir o ônus da prova, ou seja, há limites constitucionais materiais à sua distribuição. O

ônus da prova não pode ser distribuído entre as partes de maneira a frustrar o gozo do direito fundamental ao acesso à justiça na sua perspectiva mais ampla.

O acesso à justiça é garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” O princípio do acesso à justiça cria para o indivíduo o direito de obter uma prestação jurisdicional e, em contrapartida, cria para o Estado o poder-dever de prestá-la.

Na obra, “Acesso à Justiça” (1988, *passim*), Cappelletti e Garth nos ensinam que o conceito de acesso à justiça foi se transformando ao longo dos anos, tornando-se cada vez mais abrangente.

Durante o Estado Liberal, quando havia uma concepção totalmente individualista dos direitos, o acesso à justiça era visto como o mero direito formal do indivíduo de propor e contestar uma ação. Ao Estado cabia apenas a função de garantir que o direito de uns não fosse violado por outros. Não havia qualquer atuação positiva do Estado no sentido de tutelar o direito dos mais fracos.

No Estado Social, novos direitos foram conferidos aos indivíduos, principalmente à camada mais desprivilegiada da população. Por conseqüência, o direito ao acesso à justiça assumiu maior relevância, pois de nada adiantariam os novos direitos se não houvesse mecanismos efetivos para concretizá-los. A atuação positiva do Estado para garantir um acesso à justiça efetivo passou a ser essencial.

Como afirmam Cappelletti e Garth (1988, p.12) “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

Três movimentos, conhecidos como ondas renovatórias, buscaram melhorar, ampliar, o acesso à justiça para que os direitos materiais de todos fossem realmente garantidos.

A primeira onda renovatória buscou garantir assistência jurídica aos necessitados, pois uma das maiores barreiras ao acesso à justiça são as custas processuais. Nesse sentido, o Estado passou a prover aos mais fracos assessoria jurídica e a criar mecanismos para que eles não tivessem que arcar com o pagamento de custas e emolumentos processuais.

Já a segunda onda buscou garantir efetividade para os direitos difusos. Para isso vários institutos do direito processual clássico tiveram que ser alterados, como a legitimidade ativa, eficácia da coisa julgada, entre outros.

A terceira onda foi chamada por Cappelletti e Garth de “enfoque de acesso à justiça”. Essa onda engloba as duas anteriores e visa a criação de novos mecanismos procedimentais e a melhora de institutos processuais já existentes, com o fim de tornar os direitos materiais exequíveis. Isso porque, o acesso à justiça só é efetivo quando os direitos materiais são devidamente tutelados e, para isso, é essencial que as regras de procedimento sejam adequadas ao tipo de litígio em análise.

Ao se referirem à terceira onda Cappelletti e Garth dizem que (1988, p. 71) “(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais(...)”

É preciso alterar diversos procedimentos, pois as regras do processo civil costumam desconsiderar que, na maior parte das vezes, as partes se encontram em situação de desigualdade material perante a corte. É exatamente isso o que ocorre quando as regras rígidas de distribuição do ônus da prova previstas no art. 333 do nosso atual Código de Processo Civil são aplicadas a casos que fogem do padrão de normalidade, pois, por serem estanques, essas regras não permitem que o juiz altere, no caso concreto, o ônus da prova para buscar a igualdade material no que tange à prova.

Sempre que o juiz verificar, no caso concreto, que uma das partes não consegue se desincumbir do ônus da prova que recai sobre ela - seja por não ter acesso ao meio de prova, seja por não ter conhecimento técnico para produzi-la – e que a prova, por qualquer razão, pode ser mais facilmente produzida pela outra parte, deverá adaptar o procedimento, aplicando a teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Com a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas a forma de distribuição do ônus da prova é alterada conforme as particularidades do caso concreto. Com isso é instituída uma paridade de armas entre as partes, evitando-se que questões estranhas ao direito material interfiram no julgamento do mérito da lide, garantindo-se, assim, um efetivo acesso à justiça na perspectiva da terceira onda explicitada por Cappelletti e Garth. Para que haja acesso efetivo à justiça é essencial que as partes litiguem em paridade de armas.

Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p.15):

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação reivindicação dos direitos.

Para que o mérito da lide seja decidido apenas com base em fundamentos jurídicos é imprescindível a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas aos casos complexos. Com isso, a influência da incapacidade probatória de uma das partes será afastada, ao passo que será aproveitada ao máximo a capacidade probatória da outra, permitindo que a situação fática envolvida na lide seja esclarecida da melhor maneira possível.

Ademais, a aplicação da teoria estática de distribuição do ônus da prova pode violar, em concreto, o princípio da igualdade previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que “todos são iguais perante a lei”.

Durante o Estado Liberal a igualdade pregada era apenas formal e negativa. Haveria igualdade desde que a lei não estabelecesse qualquer forma de diferenciação entre os indivíduos.

No Estado Social o modelo de igualdade buscado era o material, os iguais deveriam ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade. Para isso, passou a ser necessário que o Estado atuasse positivamente para garantir uma igualdade real entre os sujeitos.

Nos casos em que há uma grande disparidade de armas probatórias entre as partes, a aplicação da distribuição estática do ônus da prova pode consubstanciar a idéia retrógrada de igualdade formal pregada durante o Estado Liberal, pois, por distribuir o ônus da prova abstratamente pode acabar protegendo, em concreto, o litigante que tem melhores condições de demonstrar ou omitir fatos relevantes, criando um privilégio inconstitucional.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos prima-se pela igualdade material. A aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é um meio de concretizar essa igualdade no plano processual, porque na medida em que se confere o ônus probatório à parte que possui melhores condições concretas de se desincumbir dele é dado um tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Esse tratamento desigual conferido aos desiguais pela teoria das cargas probatórias dinâmicas é justificável por dar valor às singularidades do caso concreto. É retirado o ônus da prova da parte que não tem condições de se desincumbir dele para que seja conferido àquele que possui melhores condições de produzir a prova, de forma a evitar eventuais prejuízos que possam ser causados a uma das partes caso a distribuição estática seja aplicada.

O próprio Código de Processo Civil ao dispor, em seu art. 125, I, que compete ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, permite que o magistrado aplique a teoria das cargas probatórias dinâmicas ao caso concreto sempre que verificar que há uma disparidade

de armas probatórias entre elas, uma vez que a igualdade material entre os sujeitos é um valor constitucional que deve refletir também no campo processual. Só é possível haver paridade de armas entre as partes se o ônus da prova for atribuído a quem possuir melhores meios de satisfazê-lo.

3.2 O Código de Processo Civil como fonte da teoria das cargas dinâmicas

Grande parte da doutrina defende que o art. 130 do atual Código de Processo Civil fundamenta a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico vigente.

É o que afirma Thaís Bazzaneze (2012, p. 73): “Atualmente é o art. 130 do CPC que revela o ativismo judicial no campo probatório e, conseqüentemente, serve de fundamento legal para a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.”

Esse dispositivo confere, expressamente, iniciativa probatória ao juiz, permitindo que ele determine, defira ou indefira a produção de provas. A maior ingerência do juiz na atividade probatória tem como objetivo permitir que ele tenha cognição plena do substrato fático da lide.

O conhecimento amplo da questão fática envolvida no caso permite que decisões mais justas sejam tomadas, vez que se aumentam as chances de sair vencedor aquele que realmente tinha razão.

Para que o juiz tome profundo conhecimento da situação fática de uma lide em que a prova revela-se diabólica para uma das partes e em que a outra parte possui melhores condições de produzi-la é preciso que ele aplique a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Dessa forma, podemos dizer que o art. 130 do Código de Processo Civil permite implicitamente a adoção da distribuição dinâmica, vez que, nos casos com grande disparidade probatória, ela se configura como o melhor meio a propiciar ao magistrado o conhecimento pleno da situação fática.

Mais uma vez, citamos Thaís Bazzaneze: “Ao se permitir que o juiz interfira de ofício na fase probatória do processo, possibilita-se a dinamização do encargo estático de provar, com o fim de que a verdade que baseia o direito material seja colacionada aos autos.”

A possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova de ofício ou de aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas não afeta a sua imparcialidade, pois antes da produção da prova não há como saber a quem ela irá efetivamente beneficiar.

O medo de afronta ao princípio da imparcialidade do juiz não deve prosperar, pois todas as provas produzidas são submetidas ao contraditório, permitindo que as partes influenciem no convencimento do julgador.

Além do mais, foge do seu dever de imparcialidade aquele que aplica a teoria estática de distribuição do ônus da prova aos casos em que sabe que ela irá gerar uma decisão injusta, uma vez que esse juiz que se atém à legalidade estrita privilegia a parte que terá vantagens sendo omissa e, em contrapartida, o aprofundamento na análise da questão fática só privilegia quem realmente tem razão, propiciando um efetivo acesso à justiça.

O art. 355 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.” Este dispositivo é um exemplo da mentalidade que fundamenta a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas em nosso ordenamento, na medida em que permite que o magistrado recorra a todos os meios que possam auxiliá-lo a revelar as questões fáticas envolvidas na lide.

Se o juiz pode determinar que a parte exhiba documento ou coisa, ele pode determinar, também, que a mesma junte aos autos uma prova que possui melhores condições de produzir,

mesmo que esse ônus não tenha sido conferido a ela através das regras rígidas de distribuição do ônus da prova.

De acordo com o art. 339 do nosso Código de Processo civil as partes têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Thaís Bazzaneze e Luis Reichelt usam esse dever para fundamentar a aplicação da distribuição dinâmica (BAZZANEZE, 2012; REICHELTL, 2011).

No entanto, entendemos de forma diversa. Se houvesse um dever de colaboração no que tange à prova, a parte que não se desincumbisse do seu ônus estaria sujeita a cometer um ilícito e poderia ser forçada a produzir a prova, sob pena de sofrer uma sanção. As partes seriam obrigadas a produzir provas relativas a todas as questões. Além de ser inviável, poderia gerar um grande tumulto processual.

Essas consequências são contrárias ao instituto do ônus da prova, pois ele confere uma faculdade de produção de provas às partes, em benefício do próprio interesse.

Nesse sentido, citamos Eduardo Yoshikawa (2012, p.139):

Igualmente inviável (...) fundar a alteração do ônus da probatório em um suposto “dever de colaboração”, quer com a parte contrária (...), quer com o juiz, sob pena da desnaturação do instituto.

No processo as partes têm o dever de proceder com lealdade e boa-fé (= proibição da má-fé processual), no tocante, por exemplo, às alegações deduzidas em juízo, cujo descumprimento pode ensejar a aplicação das penalidades previstas nos arts. 16 e 18 do CPC, mas não têm, certamente, o “dever” de prová-las, nem a improcedência da demanda ou da contestação constituirá, na hipótese, sanção pelo seu inadimplemento. (grifo nosso)

Apesar de entendermos que o dever de cooperação não fundamenta a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, entendemos que o princípio da colaboração associado ao grande desequilíbrio probatório pode fundamentá-la em alguns casos.

Se diante de uma situação de disparidade de armas probatória o juiz determinar que uma das partes passará a ter o ônus de produzir determinada prova, esta parte deverá

colaborar com a instrução do processo. Caso não colabore, correrá o risco de arcar com as consequências negativas de sua omissão.

É importante deixar claro que, o fato de a parte não respeitar o princípio da colaboração não trará a imposição de uma sanção a ela, ou seja, ela nunca será obrigada a produzir a prova. A inércia da parte acarretará somente o risco de receber uma decisão contrária aos seus interesses.

O Código de Processo Civil em seu art 14, inciso II, impõe às partes os deveres de lealdade e boa-fé, conferindo densidade normativa ao princípio da solidariedade previsto no art. 3º, inciso I, da nossa Constituição Federal. Esses deveres impostos às partes fundamentam a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Do dever de boa-fé advém a proibição de abuso dos poderes processuais. O fato de não ser atribuído o ônus da prova a uma das partes não significa que a mesma tenha o direito de praticar atos para inviabilizar a produção da prova pela outra parte, apenas com o intuito de prejudicá-la. A destruição ou alteração de um objeto de prova pela parte que não possui o ônus da prova configura abuso de um poder processual e conseqüente violação dos deveres de lealdade e de boa-fé processual.

Assim, o magistrado deverá aplicar a distribuição dinâmica quando perceber que a parte incumbida do ônus da prova não pode se desincumbir dele devido a comportamentos desleais da parte adversa. Em respeito ao contraditório, as partes devem ser advertidas sobre a flexibilização antes do julgamento do mérito.

Não seria justo permitir que uma parte arcasse com as consequências negativas advindas da insuficiência probatória causada em razão do comportamento desleal da outra.

Ressaltamos que, neste caso, a aplicação da teoria não decorre de um dever geral de colaboração, mas de um dever de não agir de má-fé ou de um dever de não gerar prejuízo.

O Código Civil Português possui disposição expressa nesse sentido. O seu art. 344º determina que:

Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

É importante deixar claro que a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas não cria para as partes um dever de provar. Ela apenas distribui de forma mais justa os riscos da não produção de uma determinada prova.

3.3 Aplicação da distribuição dinâmica pela jurisprudência

A jurisprudência brasileira já alterou, em alguns casos, o procedimento de distribuição estática do ónus da prova previsto no Código de Processo Civil. Em busca da concretização do efetivo acesso à justiça tal procedimento foi flexibilizado, aplicando-se ao caso concreto a teoria das cargas probatórias dinâmicas.

O recurso especial nº 1.135.543 - SP foi interposto no bojo de uma ação em que se pleiteava indenização por danos morais devido à violação ao direito de imagem. A parte autora alegou que a parte ré, um portal de internet, violou seu direito de imagem ao ter publicado, sem autorização, fotos suas em uma manifestação LGBT³. A reportagem com a fotografia discutida não foi juntada aos autos pela parte autora. A parte ré recorreu alegando que a ausência da prova levaria à inépcia da inicial ou ao reconhecimento da inexistência de prova de lesão ao direito de imagem dos recorridos.

³ LGBT: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis.

Nesse recurso especial o STJ aplicou a teoria das cargas probatórias dinâmicas com base nos princípios do acesso efetivo à justiça, da solidariedade, e da boa-fé processual. A corte entendeu que as regras do art. 333 deveriam ser flexibilizadas, conferindo o ônus da prova a parte ré, pois essa tinha melhores condições fáticas de juntar aos autos a imagem.

Interessante reproduzir o voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi:

A alegação de inépcia já foi rejeitada. Quanto à suposta não comprovação do fato, já tive a oportunidade de sustentar que, no processo civil moderno, a doutrina e a jurisprudência têm percebido a insuficiência, em algumas hipóteses, da utilização do critério estático de distribuição do ônus probatório fixado pelo art. 333 do CPC para se julgar uma causa com justiça. Com efeito, consoante observei no julgamento do REsp 1.084.371/RJ (de minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 12/12/2011), em situações em que o julgador está diante de fatos cuja comprovação, pelo autor, seja impossível ou particularmente difícil, enquanto para o réu a produção da prova contrária apresenta-se mais simples, o interesse público na justa composição do litígio recomenda que, em regime de solidariedade, colaboração e boa-fé processual, seja do réu, e não do autor, o ônus da produção da referida prova. Trata-se do que se convencionou chamar de teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova. Na hipótese dos autos, os autores realmente não apresentam cópia da matéria ofensiva. Contudo, é forçoso reconhecer que páginas da Internet muitas vezes são fluidas, de modo que uma notícia que está no ar num dia, pode ser irre recuperável no outro. Para os autores, portanto, pode ter sido impossível obter cópia da matéria ofensiva. A ré, contudo, na condição de administradora do portal de Internet, teria todas as condições de recuperar a publicação a qualquer momento e poderia tê-la perfeitamente juntado aos autos. Se não o fez, é justo presumir que o conteúdo da reportagem não a beneficiaria. Portanto, não há como acolher a tese de que a lesão ao interesse dos autores não foi provada. Sendo simples para a ré recuperar o material e juntá-lo ao processo, competiria a ela.” (grifo nosso)

O STJ também aplicou a teoria das cargas probatórias dinâmicas ao julgar o AgRg no AREsp 216315 -RS, conforme a ementa da decisão reproduzida abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre

1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações. 2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. 3. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

A teoria das cargas probatórias dinâmicas foi aplicada pelo Tribunal de Justiça de Goiás ao julgar a apelação cível nº 74101-77.2010.8.09.0051. No caso em tela, a parte autora pleiteava em face do Município de Goiânia a declaração de redução de alíquota de IPTU combinada com a restituição de importâncias pagas e repetição do indébito.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pleito, pois a parte autora não teria se desincumbido do ônus de provar o pagamento do IPTU na incidência das alíquotas questionadas. O Tribunal de Justiça de Goiás cassou a decisão do juiz de primeira instância por entender que no caso as regras rígidas do art. 333 do CPC não deveriam ser aplicadas.

Segue trecho do voto do Desembargador Relator Carlos Escher:

Ocorre que esse regramento (art. 333), a depender do caso concreto, poderá se mostrar insatisfatório e artificial, por desprezar as especificidades do direito material e a realidade concretamente vivida, de modo que é possível ao magistrado determinar a redistribuição do ônus da prova.

Adota-se, para tanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, a qual deve ser aplicada de maneira excepcional e exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada à solução da controvérsia.

Na apelação cível nº 1.0145.07.379854-1/001 foi adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a teoria das cargas probatórias dinâmicas para retirar de uma das partes o ônus de produzir uma prova negativa (prova de que um fato não ocorreu), conforme a ementa abaixo.

ACÇÃO DE RESTITUIÇÃO DEMONSTRAÇÃO. RECEBIMENTO DE VALORES INDEVIDAMENTE. PROVA NEGATIVA DO REPASSE. ÔNUS DE QUEM PUDER SUPORTÁ-LO. Sendo excessivamente difícil ou impossível a demonstração de determinado fato por via transversa – prova negativa, adota-se a teoria da distribuição dinâmica da prova, hipótese em que seu ônus será imputado àquele que puder suportá-lo.

Diante do exposto, entendemos que o aplicador do direito não pode se ater a uma interpretação isolada do art. 333 do Código de Processo Civil. Ao distribuir o ônus da prova ele deve considerar os valores consagrados em nossa Constituição e os princípios que norteiam o processo civil.

Sempre que a aplicação da teoria estática do ônus da prova puder gerar uma injustiça no caso concreto ela deve deixar de ser adotada, cedendo espaço para a teoria da distribuição das cargas probatórias dinâmicas, vez que a aplicação dessa teoria é legítima devido aos princípios do acesso à justiça, da igualdade material, da solidariedade, da boa-fé, lealdade processual, entre outros.

4 REGULAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS PELO PROJETO DE LEI 8.046/10

Em tempos de reforma é preciso analisar se a forma como o Novo Código de Processo Civil regula a teoria das cargas probatórias dinâmicas é apta a esclarecer os pontos considerados controvertidos pela doutrina.

A teoria é normatizada pelo art. 358 e parágrafos do Projeto de Lei 8.046/10. O caput do art. 358 dispõe que “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observando o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.”

Da leitura do Projeto de Lei 8.046/10 compreende-se que, em regra, o ônus da prova continuará sendo regido pelas normas de distribuição estática, previstas em seu art. 357 e incisos. A teoria das cargas probatórias dinâmicas possuirá apenas aplicação subsidiária.

A distribuição dinâmica deverá ser aplicada apenas aos casos que fogem do padrão de normalidade, ou seja, casos em que o magistrado perceber que há uma grande disparidade de armas probatórias entre as partes. A aplicação da teoria estática nesses casos sacrificaria demasiadamente uma das partes, frustrando o efetivo acesso à justiça.

Parece oportuno recordar a lição clássica de Peyrano: (2004b, p. 24):

De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concuerre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal

porque fueron elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son los correspondientes al caso.⁴

O Projeto do Novo Código de Processo Civil adotou corretamente a ideia de excepcionalidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas, defendida pelo seu difusor.

4.1 O momento de aplicação da teoria e a necessidade de advertir as partes sobre a sua incidência.

Um dos principais pontos controvertidos na doutrina refere-se ao momento da aplicação das regras de distribuição dinâmica do ônus da prova. Essa controvérsia reside no fato de não haver consenso sobre a natureza dessas regras.

Barbosa Moreira (1989, p. 75) entende que as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, aplicáveis apenas no momento da decisão do mérito. É apenas no momento de decidir o mérito que o magistrado verifica que as provas produzidas na fase instrutória foram insuficientes para a formação do seu convencimento, recorrendo às regras em análise. De acordo com esse entendimento, o órgão judicial teria que se preocupar apenas com o aspecto objetivo do ônus da prova.

Por outro lado, tais regras podem ser tidas como regras de procedimento. Nesse caso, a distribuição do ônus da prova deve ocorrer ao longo do processo para que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em um ordenamento em que só seja possível a aplicação da distribuição estática do ônus da prova é irrelevante a natureza das regras que determinam sua distribuição, pois na práxis os efeitos produzidos serão os mesmos. Isso ocorre porque as partes já sabem, de

⁴ “Do que se trata é, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição da carga probatória que concorre em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, mas de formular uma pauta “excepcional” que só pode funcionar ali onde aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para situações “normais e correntes” que não correspondem ao caso.” (tradução livre)

antemão, como o ônus da prova será distribuído, ou seja, já sabem quais provas terão que produzir para que suas pretensões sejam tuteladas, sendo desnecessário que as mesmas sejam avisadas sobre isso.

Assim, se nessas circunstâncias, tais regras forem tidas como de julgamento, não há problema, vez que o juiz irá avaliar o ônus da prova objetivo com os mesmos parâmetros usados pelas partes para se desincumbirem de seus ônus subjetivos. Não haverá violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Também, não haverá problema em considerar tais regras como de procedimento, pois isso importará, apenas, em dar ciência às partes sobre algo que já sabem.

No entanto, em um sistema processual no qual a regra é a aplicação estática do ônus da prova, mas há a possibilidade de aplicação subsidiária da teoria das cargas probatórias dinâmicas, é essencial que as partes sejam informadas a respeito de qual das teorias será aplicada ao caso, pois só assim poderão se desincumbir do seu ônus da melhor maneira possível.

Dessa forma, no sistema previsto pelo Projeto de Lei 8.046/10 é inaceitável a ideia de que as normas que regem a distribuição do ônus da prova sejam apenas regras de julgamento. Se tais normas fossem assim consideradas, as partes ficariam em situação de extrema insegurança jurídica por não saberem de qual ônus probatório teriam que se desincumbir.

Nesse contexto, entendemos que as regras de distribuição dinâmica do ônus da prova são regras de procedimento, sendo essencial informar às partes sobre a sua aplicação ao caso concreto. O julgador sempre terá que dar ciência às partes sobre qual critério irá adotar para decidir, em caso de dúvida, quanto à veracidade de certa afirmação.

Em sentido contrário, Marcelo Machado (2012, p. 15) defende que as partes não precisam ser avisadas previamente sobre a incidência da distribuição dinâmica no caso concreto. A previsão legal expressa dessa teoria impediria que elas fossem pegadas de surpresa.

Esse argumento carece de fundamento, pois como a teoria só deve ser aplicada de forma excepcional é necessário informar às partes sobre a sua incidência ao caso, sendo insuficiente a mera previsão legal da teoria.

É o que afirma Danilo Knijnik (2006, p. 948):

É dizer, o juiz, caso entenda por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão, sob pena de caracterizar-se retroatividade oculta. Somente assim se poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica.

Outro argumento utilizado para considerar a distribuição dinâmica como regra de julgamento é o de que o alerta da aplicação da teoria dado às partes desestimularia a cooperação delas.

É o que argumenta Marcelo Machado (2012, p. 307):

Um prévio alerta propiciado pelo juiz em relação a incumbências subjetivas de prova acabaria por prejudicar esse almejado estímulo a participação das partes, na medida em que o sujeito não onerado estaria tendente a restar omissos no processo, na expectativa de que a parte adversa não tenha condições de fazer a prova de suas alegações.

O alerta da incidência da distribuição dinâmica não desestimula as partes a participarem da instrução probatória, mas a falta desse alerta pode gerar uma paranóia probatória, vez que as partes não saberão qual será a teoria aplicável.

A segurança jurídica não pode ser sacrificada em prol do princípio da colaboração das partes.

Algumas vezes, a parte, de boa-fé, opta por não produzir uma prova justamente por não ser sua incumbência. Isso pode ocorrer por diversas razões alheias ao princípio da colaboração, tais como dúvidas sobre o resultado da prova e poucos recursos financeiros para realizar uma determinada prova.

Assim, para que haja proporcionalidade é indispensável informar à parte sobre qual ônus probatório recai sobre ela.

O art. 358, §1º, do Projeto de Lei 8.046/10 dispõe que o juiz deverá “dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.” Da leitura desse dispositivo percebe-se que a distribuição dinâmica foi tratada, também, como norma de procedimento.

Para que o litigante tenha oportunidade de desempenhar seu ônus, influenciando no resultado fático, é essencial que ele seja previamente informado sobre a incidência da distribuição dinâmica ao caso. Desta forma, será respeitado o princípio do contraditório nas suas duas facetas: participação e possibilidade de influência na decisão do magistrado.

Ao tratar da natureza das regras de distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador do Projeto de Lei 8.046/10 normatizou o que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entende em relação à inversão judicial do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

No recurso especial 802.832/MG, julgado em 13 de abril de 2011, a Segunda Seção do STJ entendeu que a inversão judicial do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, é regra de procedimento, devendo ser dada às partes ciência prévia sobre seus ônus probatórios.

É o que se extrai da leitura da ementa:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO “OPE JUDICIS” (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). (grifo nosso)

V. Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. (grifo nosso)

Dessa forma, percebemos que o respeito ao contraditório é um dos limites formais impostos à aplicação da teoria. A distribuição dinâmica só será aplicada de forma legítima se tiver sido permitido o desempenho do contraditório efetivo pelas partes.

Conferir a parte oportunidade adequada para se desincumbir do seu novo ônus, permitindo que ela produza prova complementar, é outro limite formal que deve ser respeitado pelo magistrado ao aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Apesar de deixar claro que a distribuição dinâmica é, também, uma regra de procedimento, o Projeto de Lei 8.046/10 continuou omissivo em relação em que momento processual as partes devem ser advertidas sobre a sua incidência.

O juiz deve definir o quanto antes qual o ônus probatório irá recair sobre cada parte, pois quanto mais longe na linha processual ocorrer essa definição, maior será, em tese, a dificuldade da parte de produzir prova hábil a lhe permitir vencer o processo (YOSHIKAWA, 2012).

Entendemos que o despacho saneador é o melhor momento para informar às partes sobre a aplicação da teoria. Isso porque o magistrado, ao proferi-lo, já tem conhecimento das alegações feitas por elas. Com base nas regras da experiência e nas afirmações das partes, ele saberá se há ou não necessidade da aplicação da distribuição dinâmica ao caso.

Assim, é no despacho saneador que o magistrado deve fixar os pontos controvertidos da lide e delimitar a atividade probatória, determinando como será distribuído o ônus da prova entre as partes.

Contudo, muitas vezes, o magistrado só toma conhecimento efetivo das particularidades do caso concreto durante a instrução. Se ao tomar conhecimento mais profundo do caso ele perceber que a aplicação da distribuição dinâmica seria mais adequada poderá determinar, excepcionalmente, a sua incidência na fase instrutória.

Ao determinar a aplicação da distribuição dinâmica durante a fase instrutória, o magistrado deve motivar bem a sua decisão e conferir um prazo razoável para que a nova parte onerada tenha oportunidade para se desincumbir do ônus. Dessa forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa não serão violados.

4.2 Requisitos para a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

O Projeto de Lei 8.046/10 não prevê expressamente o requerimento da parte como requisito necessário à aplicação da distribuição dinâmica ao caso concreto.

Posicionando-se contrário a essa ausência de previsão legal, Eduardo Yoshikawa (2012, p. 150) entende que, em razão do princípio dispositivo, a teoria das cargas probatórias dinâmicas só deve ser adotada mediante o requerimento da parte interessada.

Discordando do entendimento do referido autor, entendemos que não é preciso que as partes requeiram a aplicação da distribuição dinâmica. Se o juiz perceber que a adoção da distribuição estática irá gerar uma decisão injusta ele poderá aplicar, de ofício, a nova teoria.

O princípio dispositivo não pode servir como fundamento para a aplicação desarrazoada da distribuição estática do ônus da prova.

É certo que compete às partes a iniciativa para levar as alegações ao processo, bem como levar material probatório que poderá ser utilizado pelo julgador para a formação do seu convencimento e fundamentação da decisão. Entretanto, também compete ao magistrado, de acordo com o artigo 130 do atual Código de Processo Civil, ordenar, de ofício, provas necessárias à instrução do processo, além das provas apresentadas pelas partes, respeitando sempre o tratamento igualitário destas.

Como já demonstramos, a iniciativa probatória conferida ao magistrado permite implicitamente a aplicação da distribuição dinâmica. Se o magistrado pode determinar de ofício a produção de provas pode, também, determinar a aplicação de ofício da distribuição dinâmica, desde que estejam presentes os requisitos autorizadores.

Desta forma, chega-se à conclusão de que a aplicação *ex officio* da distribuição dinâmica não viola o princípio dispositivo, pois como nos ensina Antônio Dall' Agnol Junior (2001, p. 106):

Os limites do exame judicial são estabelecidos pelos limites da própria demanda, mas a solução há de oferecer o Juiz com base no que encontra nos autos demonstrando, independentemente de onde se originou a demonstração, admissível que é, inclusive, a sua própria iniciativa (130).

Procedeu bem o projetista ao não fixar o requerimento da parte como requisito para a aplicação da distribuição dinâmica.

Contudo, o magistrado não atua livremente. Ele tem que observar a presença de alguns requisitos para que a aplicação dessa teoria seja legítima.

É indispensável que fique demonstrada a presença de dois requisitos: a) as provas que devem ser trazidas aos autos não estão ao alcance da parte originariamente onerada ou são

muito difíceis de serem produzidas por ela; b) as provas podem ser mais facilmente produzidas pela parte adversária.

Como afirma Danilo Knijnik (2006, p. 947): “faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em posição privilegiada.”

O aplicador do direito tem que fazer uma análise profunda sobre quem está efetivamente em melhores condições de produzir a prova para que não ocorra a prova diabólica reversa, ou seja, para que não seja conferido a outra parte um ônus impossível ou muito difícil de desincumbir.

Se comparada à teoria estática, a análise do magistrado será mais subjetiva, pois ele terá que valorar mais elementos para se convencer. Ele tem que se adentrar na análise das peculiaridades do direito material e dos sujeitos envolvidos para verificar a presença dos dois requisitos. Um deles refere-se à existência de prova diabólica para uma das partes e o outro requisito consiste na facilidade de produção da prova pela outra parte.

Um dos litigantes estará em posição privilegiada quando tiver melhores condições de revelar a verdade. Isso ocorrerá quando uma das partes tiver melhores meios de produzir a prova devido a conhecimentos técnicos, a conhecimentos profissionais, a condições fáticas, a maior proximidade com a fonte de prova hábil a dirimir a controvérsia, a relação de direito material, por ser a única parte que dispõe da prova.

A melhor condição econômica de uma das partes não é requisito apto a justificar a incidência da distribuição dinâmica dos ônus da prova. O ordenamento jurídico prevê outros meios de minimizar as diferenças de recursos econômicos entre as partes, como, por exemplo, a assistência judiciária gratuita. Desta forma, não há razão para flexibilizar o ônus diante da insuficiência financeira de uma das partes.

Nesse sentido, o art. 357§2º do Projeto de Lei 8.046/10 prevê que: “a inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.”

O projetista procedeu bem ao redigir o dispositivo citado. Não se pode impor a alguém, particular ou pessoa jurídica de direito público que atua como parte, o ônus financeiro de uma prova que esta pessoa não quer produzir, cujo resultado almejado, muito provavelmente, irá prejudicá-la. Além do mais, se isto ocorresse, seria retirada a responsabilidade do Estado em arcar com as despesas da produção das provas das partes que são legalmente necessitadas.

No mais, Peyrano (2004, p. 21) nos alerta para a necessidade de maior cautela do magistrado ao valorar as provas produzidas através da distribuição dinâmica. O magistrado tem que ser mais cuidadoso ao valorar tais provas, pois, normalmente, a parte que tem melhores condições de produzir uma prova tem, também, mais facilidade em desvirtuá-la ou modificá-la em seu próprio benefício.

O caput do art. 357 do Projeto de Lei 8.046/10 determina que, para a aplicação da distribuição dinâmica, o magistrado tem que avaliar as peculiaridades do fato a ser provado e qual das partes possui realmente melhores condições de produzir a prova, fundamentando bem sua decisão.

João Batista Lopes (2012, p. 238) entende que os termos “peculiaridades do fato” e “parte que estiver em melhores condições de produzi-la” empregados pelo projetista são muito genéricos, conferindo ao magistrado poder exacerbado. O excessivo espaço conferido ao subjetivismo do juiz geraria insegurança jurídica.

Em contrapartida, o difusor da teoria das cargas probatória dinâmicas defende que a sua normatização não pode ser feita através de disposições taxativas. Nas palavras de Peyrano (2004b, p. 22):

Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso.⁵

Não concordamos com a crítica feita por João Batista Lopes ao Projeto de Lei 8.046/10. O legislador procedeu bem ao seguir os ensinamentos de Peyrano, adotando termos mais genéricos.

O objetivo da teoria das cargas probatórias dinâmicas é permitir que a distribuição do ônus da prova seja feita conforme o caso concreto, sem que haja vinculação a regras fixadas aprioristicamente.

Se o projetista tivesse empregado termos taxativos, seria inviável que o aplicador do direito adequasse a distribuição do ônus da prova às peculiaridades do caso concreto, vez que termos taxativos não conseguem abranger a grande diversidade de situações fáticas que podem ocorrer.

4.3 Limites à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Como já mencionamos, ao aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas o magistrado deve conferir oportunidade adequada para que a parte se desincumba do seu novo ônus e tem que respeitar o princípio do contraditório, na perspectiva de participação e influência. Além do mais, é preciso que ele fundamente a decisão que determina a incidência da teoria. Esses são os limites formais impostos à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

⁵ “Se recomienda a regulação legal do ideário ínsito a teoria das cargas probatórias dinâmicas. Resultaria em troca, inconveniente, sua incorporação legislativa através de disposições taxativas, demasiado casuísticas, que podem ser interpretadas de forma inflexível, dificultando-se o necessário ajuste da decisão às respectivas circunstâncias do caso.” (tradução livre)

Contudo, o magistrado não deve se ater apenas aos limites formais. Ele tem, também, que atuar de acordo com os limites materiais impostos a aplicação da distribuição dinâmica.

Um dos limites materiais consiste no fato de que a teoria das cargas probatórias dinâmicas nunca pode ser usada para compensar a inércia probatória de uma das partes.

A aplicação dessa teoria deve ser excluída sempre que as regras da experiência e o conteúdo dos autos demonstrarem que a dificuldade ou impossibilidade da produção da prova foram causadas pela parte que dela se beneficiaria.

Como nos ensina Danilo Knijnik (2006, p. 947):

O ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma.

Se a distribuição dinâmica fosse aplicada aos casos em que a prova não pode ser produzida por descuido, desinteresse ou desídia da parte que se beneficiaria dela, haveria violação ao princípio da boa-fé objetiva em seu sentido de proibição de “*venire contra factum proprium*”.

Nesse sentido, Eduardo Yoshikawa (2012, p. 153):

Realmente, se a parte, por dolo ou culpa, por malícia ou desídia, contribuir antes ou no curso do processo para que a produção da prova tenha se tornado impossível ou muito difícil, não se pode admitir que ela venha perante o juiz pleitear a alteração da regra sobre o *onus probandi* prevista na lei, tirando proveito da própria torpeza ou incúria.

Dessa forma, não basta apenas que uma parte tenha hipersuficiência probatória, ou seja, possua melhores meios de produzir a prova necessária. É preciso, também, demonstrar

que a outra parte não possui condições de produzir a prova ou que a produção da prova é muito difícil para ela por motivos alheios à sua vontade.

Outro limite imposto refere-se à abrangência da teoria. A teoria das cargas probatórias dinâmicas não deve incidir sobre todos os fatos envolvidos na lide. Ela deve recair apenas em relação aos fatos diretamente relacionados à disparidade de armas probatórias entre as partes.

O ônus da prova só deve ser flexibilizado em relação aos fatos que: a) são difíceis ou impossíveis de serem provados pela parte que teria tal ônus caso fosse aplicada a distribuição estática; e b) podem ser mais facilmente provados pela outra parte.

Ao determinar a aplicação da distribuição dinâmica o magistrado deve deixar claro para as partes sobre quais fatos ela irá incidir. Isso é essencial para garantir segurança jurídica e para viabilizar a ampla defesa efetiva.

Questão pouco discutida pela doutrina refere-se aos casos em que nenhuma das partes possui condições de produzir a prova ou que a produção da prova seja extremamente difícil para ambas. Assim, surge a indagação: a quem incumbirá o ônus da prova se a prova for de difícil ou impossível realização para ambas as partes?

Entendemos que se para a outra parte também for muito difícil ou impossível produzir a prova deverá ser aplicada a regra geral do ônus da prova, qual seja, a distribuição estática. A aplicação da distribuição dinâmica, em casos como estes, seria inútil, tendo em vista que não seria afastada a prova diabólica, na medida em que ocorreria a prova diabólica reversa.

Essa solução é a mais adequada porque, como ensina Eduardo Yoshikawa (2012, p. 151), o escopo da distribuição dinâmica “é facilitar a defesa de uma das partes, não inviabilizar a defesa do adversário.”

Se com a flexibilização o ônus da prova recaísse sobre uma parte que também não possui condições de produzir a prova ou que também possui dificuldades para produzi-la estariam comprometidos a ampla defesa e o efetivo acesso à justiça desta parte.

Além do mais, a teoria estática apresenta-se como melhor solução para a questão porque, como já se frisou, traz implícita uma regra de normalidade.

Dessa forma, o magistrado tem que respeitar o limite material que impõe a não aplicação da distribuição dinâmica aos casos em que a contraprova também se revele impossível ou muito onerosa.

É importante salientar que o magistrado não tem discricionariedade para decidir se aplica ou não a teoria da distribuição dinâmica ao caso concreto.

Como explica Marcelo Pacheco Machado (2012, p. 305):

O juiz não possui poderes discricionários para aplicar, quando bem entender, os ônus dinâmicos da prova. Uma vez prevista tal norma pelo ordenamento jurídico, o juiz deverá se valer dela em todos os casos, avaliando a presença dos requisitos legais equitativamente. Não pode escolher, a seu bel prazer, por aplicar em uns casos os ônus estáticos e em outros os ônus dinâmicos. Entender desse modo seria negar vigência ao princípio da isonomia no formalismo processual.

Se estiver presente o requisito material de superioridade probatória de uma das partes juntamente com a dificuldade ou impossibilidade da produção de uma determinada prova pela outra parte, o magistrado terá que adotar a teoria, pois ela será necessária para garantir o efetivo acesso à justiça.

A não adoção da teoria em situações de disparidade probatória só será justificável se presente um dos limites matérias à sua aplicação: a) inatividade probatória da parte que se beneficiaria da aplicação da teoria; b) a produção da contraprova também se revelar muito difícil ou impossível para a nova parte onerada.

Ao aplicar a distribuição dinâmica o magistrado deve respeitar, também, os limites processuais impostos. Assim, ele deve informar às partes sobre a incidência da teoria, através de uma decisão motivada, em que demonstre que a nova parte onerada realmente possui melhores condições de produzir a prova. Além do mais, deverá respeitar o princípio do

contraditório, conferido oportunidade adequada para que a parte se desincumba do seu novo ônus, influenciando no convencimento do julgador.

5 CONCLUSÃO

Como visto, as regras estáticas de distribuição do ônus da prova, previstas no atual Código de Processo Civil, não são aptas a gerar decisões adequadas a todos os casos submetidos ao judiciário. Isso ocorre porque essas normas desconsideram, nos casos complexos, as diferenças de armas probatórias existentes entre as partes.

Assim, nos casos em que uma das partes possui grande dificuldade ou não tem condições de se desincumbir do seu ônus probatório por motivos alheios a sua vontade, é aconselhável a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, vez que essa teoria confere o ônus probatório a parte que possui melhores condições de se desincumbir dele.

Como demonstramos, a falta de previsão expressa dessa teoria no ordenamento jurídico vigente não impede sua adoção pelo magistrado. Sua aplicação pode ser fundamentada através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do Código de Processo Civil.

Os princípios constitucionais do devido processo legal, da igualdade material, do acesso à justiça, da solidariedade, juntamente com os princípios processuais da lealdade processual e boa-fé legitimam sua aplicação.

Demonstramos, também, que a teoria serve como instrumento de concretização do efetivo acesso à justiça, na perspectiva da terceira onda explicitada por Cappelletti e Garth.

Isso ocorre porque a teoria das cargas probatórias dinâmicas confere ao magistrado mecanismos para alterar o procedimento de distribuição do ônus da prova, conforme as peculiaridades do caso concreto. O aplicador do direito pode conferir o ônus da prova a quem possui melhores condições de se desincumbir dele, permitindo que a lide seja resolvida

apenas com base em questões de direito. Dessa forma, será tutelado o direito material de quem realmente o detém, garantindo-se um efetivo acesso à justiça.

Ao normatizar a teoria, o legislador do Projeto de Lei. 8.046/10 procedeu bem em utilizar termos mais genéricos, garantindo maior liberdade para que o aplicador do direito adeque a distribuição do ônus da prova às particularidades do caso concreto.

Acertou, também, ao não colocar o requerimento da parte como requisito para a incidência da teoria e ao determinar que deve ser conferida às partes oportunidade adequada para o desempenho do novo ônus.

No entanto, entendemos que a redação do projeto de lei deve ser aprimorada no que tange aos limites materiais à adoção da distribuição dinâmica. O projetista deveria limitar expressamente a incidência dessa teoria aos casos em que a produção da prova também se revele impossível ou muito difícil para a nova parte onerada.

É importante ressaltar que, apesar de muito boas, as mudanças legislativas não podem, sozinhas, garantir o efetivo acesso à justiça. Para que ele seja alcançado é preciso que o aplicador do direito atue ativamente.

Ao adotar a teoria das cargas probatórias dinâmicas o magistrado tem que ser mais cuidadoso, pois tem que analisar profundamente as singularidades do caso para verificar se há a possibilidade de produção de prova diabólica por uma das partes e para determinar quem está realmente em melhores condições de produzir tal prova. Além do mais, tem que ser muito criterioso ao valorar essas provas, vez que, em regra, quem possui melhores condições de produzir uma prova também possui melhores condições de manipulá-la.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo. vol. 205, p.55 -88, mar. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010. Regula a criação do **Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf>>. Acessado em 01/03/13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 802.832 / MG, julgado em: 13/04/11, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502038653&dt_publicacao=21/09/2011, acessado em: 07/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, AgRg no Resp 216.315 / RS, julgado em 23/10/2012, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25402622&sReg=201201686355&sData=20121106&sTipo=41&formato=PDF, acessado em: 07/02/13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi, REsp nº 1.135.543 / SP, julgado em 22/ 05/12, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900698600&dt_publicacao=07/11/2012 , acessado em 07/02/13.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de: Ellen Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COSTA, Lucas. **A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva constitucional de processo.** Disponível em <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/143/teoria%20carga%20dinamica_Costa%20Junior.pdf?sequence=1>. Acesso em 01/03/2013.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. vol. 788, p. 92- 107, jun. 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim (coord). **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Método, 2009. p. 289 – 310.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás, 4º Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Escher, Apelação cível nº 74101-77.2010.8.09.0051, julgado em 08/05/2012, disponível em: http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_741017720108090051%20_2012053120120621_1095.PDF, acessado em 07/02/13.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: Fuz, Luiz; Nery Jr., Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (cords.). **Processo e constituição - estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 204, p. 231-242, fev. 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 208, p.295-316, jun. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 3ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Albergaria Costa, Apelação cível nº 1.0145.07.379854-1/001, julgado em 08/09/11, disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.07.379854-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>, acessado em 07/02/13.

PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em mateira jurídica. In: White, Inés Lépori(coord.). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2004a. p. 75-98.

_____. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: White, Inés Lépori(coord.). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2004b. p. 19-34.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em:
<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>, acessado em: 07/02/13.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 205, p.115 -159, mar. 2012.