

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DEBORA KI YUN KIM

O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

DEBORA KI YUN KIM

O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Leonardo Ferres da Silva Ribeiro.

SÃO PAULO

2015

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar o ônus da prova e a sua inversão segundo a ótica da teoria da carga dinâmica das provas, idealizada pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, bem como a sua admissibilidade no Direito Processual Brasileiro.

Inicialmente, será realizado um panorama sobre a prova, como o seu conceito e objeto, além dos meios de prova admitidos pelo Direito Brasileiro.

A seguir, será abordado o ônus da prova, e a distinção entre ônus, dever e obrigação. Além disso, trataremos da classificação do ônus da prova objetivo e subjetivo, e, finalmente, as hipóteses de inversão do ônus da prova.

Após, estudaremos a teoria da carga dinâmica: seu conceito, se consiste em uma regra de procedimento ou de julgamento, e a sua aplicação no Direito Processual Brasileiro.

Por fim, serão analisadas brevemente as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, promulgado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015

Palavras-chave: Prova – Ônus da Prova – Direito Processual Civil – Teoria da Carga Dinâmica das Provas

ABSTRACT

The present study aims to analyze the burden of proof and its reversal according to the theory of the dynamic charge of evidences, idealized by the argentinian jurist Jorge Walter Peyrano, as well as the admissibility in the Brazilian Procedural Law.

Initially, a overview of the word “evidence” will be done, analyzing its concept and object, as well as other means of evidence admitted in the Brazilian Law.

Further in, the burden of proof will be approached, specifying the difference between burden, duty and obligation. The classification of the objective and subjective burden of proof will be analyzed as well, and finally, the circumstances of the inversion of burden of proof.

After that, the study will deepen according to the theory of the dynamic charges of evidence, if it is considered a procedural rule or a judgement rule, and the application on the Brazilian Procedural Law.

Finally, the innovations of the new Civil Procedural Code will be briefly analyzed.

Keywords: Evidence – Proof – Burden of Proof – Civil Procedural Law – Dynamic Charges of Evidence Theory

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 - DA PROVA	
1.1 – Conceito	07
1.2 – Objeto	11
1.3 – Fatos que independem de prova	14
1.4 – Meios de prova	16
1.5 – Provas ilícitas	22
2 – DO ÔNUS DA PROVA	
2.1 – Conceito	27
2.2 - Distinção entre ônus, dever e obrigação	30
2.3 – O ônus da prova objetivo e subjetivo	34
2.4 - Inversão do ônus da prova	40
3 – TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA	
3.1 - Conceito	44
3.2 - Regra de procedimento ou julgamento?	49
3.3 - Aplicação no Direito Processual Brasileiro	53
4 – O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	58
5 – CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	63

Introdução

O presente trabalho decorre da análise fática da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova aplicadas no Direito Processual Brasileiro.

Diante das características individuais de cada processo, tornou-se necessário aplicar a dinamização do ônus da prova, para evitar a oneração excessiva de uma das partes, em razão de sua hipossuficiência, seja financeira, ou técnica.

Conforme a teoria da carga dinâmica das provas, o ônus da prova pode ser redistribuído à parte que tem mais condições e é detentora das informações necessárias para a melhor resolução da lide, o que solucionaria de melhor forma as regras atuais do ônus da prova.

Assim, abordaremos os elementos da prova e do ônus da prova, para enfim delimitar a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, e a sua admissão pela doutrina e jurisprudência pátria.

Ao fim, traremos algumas inovações previstas pelo novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

1 – DA PROVA

1.1 – Conceito

Para iniciar o presente trabalho, é necessário analisar os elementos da prova, a começar pelo seu conceito.

A palavra “prova”, do latim “probatio”, tem o significado de exame, verificação, demonstração, confrontação.

Na lição do professor Cândido Rangel Dinamarco¹, “*o vocábulo prova vem do adjetivo latino ‘probus’, que significa ‘bom, correto, verdadeiro’*”. Assim, “provar” seria demonstrar que uma alegação é boa, correta e condizente com a verdade.

No âmbito jurídico, o mestre Giuseppe Chiovenda² define a prova como “*formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes ao processo*”.

A professora Maria Helena Diniz³ assim conceitua:

“Direito Processual. a) Elemento legal e moralmente legítimo, idôneo para a apuração da verdade dos fatos alegados em juízo, determinante da convicção ou do convencimento do magistrado; b) demonstração da existência do fato em que se baseia o direito do postulante, e da veracidade do que se alega como fundamento do direito que se defende ou contesta; c) afirmação negativa ou positiva do fato contestado, de

¹ In “Instituições de Direito Processual Civil”, volume III, p. 58.

² In “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 1047.

³ In “Dicionário Jurídico”, Volume 3, p. 990.

cuja demonstração depende a certeza do alegado (De Plácido e Silva); d) meio de demonstrar o direito subjetivo em juízo; e) soma dos meios produtores da certeza (Mittermayer).”

O professor Guilherme de Souza Nucci⁴ destrincha o vocábulo em três: como o ato pelo qual se demonstra a ocorrência do fato; pelo instrumento que se demonstra ser algo verdadeiro; ou pelo resultado obtido pela análise das provas produzidas. Assim:

PROVA: significa ensaio, verificação, inspeção, exame. Desse termo deriva o verbo “provar”, espelhando verificar, examinar ou persuadir alguém a alguma coisa. Em processo penal, há três sentidos para prova: a) ato de provar: método pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte; b) meio: instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) resultado: produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

No mesmo sentido, o professor Eduardo Cambi⁵ considera o termo “prova” como “plurissignificante”, pois pode ser conceituado como “meio, atividade e resultado”:

É ‘meio’, na medida em que é um instrumento colocado à disposição das partes para comprovar a veracidade de suas alegações. É ‘atividade’, pois está submetida a um procedimento que disciplina a sua admissibilidade, produção e valoração. E é ‘resultado’, porque sua realização no processo visa à formação do convencimento judicial.

⁴ In “Dicionário Jurídico: Penal, Processo Penal e Execução Penal”, p. 255

⁵ In “Curso de Direito Probatório”, p. 21.

Para o mestre Moacyr Amaral Santos⁶, a palavra “prova” também pode ser utilizada de três maneiras:

a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação;

b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.;

c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Desta forma, a palavra “prova” deve ser observada em três âmbitos: o ato de demonstrar como verdadeira determinada alegação; o instrumento por meio do qual se comprova a alegação; e o resultado dos atos e/ou dos meios de prova, consistente no convencimento judicial.

Parte da doutrina utiliza, ainda, a classificação de prova no sentido objetivo, que seria o meio de se demonstrar um fato, utilizando-se documentos, testemunhas, etc.; e no sentido subjetivo, que consistiria na convicção formada pelo juiz como resultado de toda a instrução produzida no processo. Neste sentido, conforme leciona o professor Paulo Rogério Zaneti⁷:

⁶ In “Prova judiciária no cível e no comercial”, Volume 1, p. 44.

No sentido objetivo, ‘prova’ pode ser conceituada como o instrumento ou meio hábil utilizado para demonstrar a existência de um fato. Nesse sentido, corresponderia aos documentos, às testemunhas, à perícia, etc. – ou seja, no aspecto objetivo, ‘prova’ seria entendida como o ‘meio’ ou ‘instrumento’ para se alcançar a verdade.

No aspecto subjetivo, o conceito de ‘prova’ estaria relacionado à convicção final do julgador da existência, ou não, dos fatos alegados – ou seja, no sentido subjetivo a definição de ‘prova’ estaria ligada à idéia de ‘resultado’, corresponderia à verdade considerada pelo julgador no caso concreto. (...)

Há quem sustente que a prova seria conceituada como meio e resultado, ou seja, estaria vinculada tanto ao critério objetivo quanto ao aspecto subjetivo declinado pela doutrina, na medida em que ambos os aspectos, objetivo e subjetivo, integraria e formariam a prova. Isto porque não é raro a parte produzir grande volume de instrumentos probatórios (documentais, perícia, testemunhas etc.), e mesmo assim a sentença julgar improcedente seu pedido ‘por falta de prova’.

Ainda utilizando a mesma classificação, temos a lição do mestre Humberto Theodoro Jr⁸:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quando o fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgado em torno do fato demonstrado.

E, ainda, a lição do mestre João Batista Lopes⁹:

⁷ In “Flexibilização das regras sobre o ônus da prova”, p. 14-15

⁸ In “Curso de Direito Processual Civil”, volume I, p. 381.

É possível, porém, estudar a prova sob dois aspectos diversos: o objetivo e o subjetivo. Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

Assim, razoável concluir que o conceito de “prova” é multifacetado, na medida em que pode se referir à atividade probatória; ao instrumento utilizado para demonstrar a veracidade de uma alegação; ou o resultado da fase probatória no convencimento judicial. Além disso, pode-se utilizar a classificação objetiva, ou seja, “prova” como o conjunto de meios utilizados para comprovar a existência do fato, e subjetiva, segundo a qual “prova” consiste na convicção que se forma pelo julgador a respeito dos fatos alegados, pressupondo um juízo de valor por sua parte.

1.2 – Objeto da Prova

Após uma breve síntese do seu conceito, passa-se à análise do objeto da prova.

O professor Moacyr Amaral Santos¹⁰ leciona no sentido de que a prova visa o convencimento do juiz quanto a ocorrência ou não de determinado fato:

⁹ In “A Prova no Direito Processual Civil”, p. 26.

¹⁰ In “Primeiras linhas de direito processual civil”, volume I, p. 343

A prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência de fatos sobre que versa a lide. Estes, portanto, constituem o seu objeto.

O professor Daniel Penteado de Castro¹¹ considera que o objeto da prova é aproximar a certeza da existência dos fatos afirmado como certos:

“Logo, a prova se presta a verificar se os fatos afirmados são certos, ou seja, criar a proximidade de certeza da sua existência. (...) Esclarecimento da verdade ou sua proximidade em relação ao próprio objeto da prova”.

O professor Eduardo Cambi¹² aponta duas funções da prova, as quais são intimamente ligadas à função da prova, quais sejam, a função demonstrativa e a função persuasiva. A função demonstrativa busca demonstrar um resultado racional às provas produzidas. A função argumentativa, porém, busca apenas o convencimento do juiz, “dentro de uma lógica dialética”. Assim:

Afirmar que a prova tem função ‘demonstrativa’ significa dizer que ela está voltada a comprovar a veracidade ou a falsidade das informações fáticas, as quais devem ser resolvidas no interior do processo, mediante a utilização de recursos racionais. (...) É possível contrapor a função demonstrativa com a argumentativa (persuasiva) da prova. Aquela visa obter um resultado da prova válido racionalmente para todos os seres racionais. Esta, contudo, pretende busca o resultado válido somente ao juiz.

¹¹ In “Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil”, p. 114:

¹² In “Curso de Direito Probatório”, p. 31-34.

Desta forma, o objeto da prova estaria condicionado à função demonstrativa ou persuasiva da mesma¹³, pois, se a prova tem função demonstrativa, o seu objeto é a reconstrução dos fatos, de forma a demonstrar uma ocorrência histórica; enquanto que a prova com função persuasiva tem por objeto as afirmações, versões dos atos que ocorreram no passado, e trazidas ao juiz, ou seja, tornar clara a existência de uma relação entre o *quod probandum* e o *factum probans*.

Assim, se for considerada apenas função demonstrativa da prova judicial, é necessário que haja um fundamento racional para demonstrar a ligação entre a prova e o fato, não sendo admitida a “*intuição ou juízos de valores não justificáveis racionalmente*”¹⁴.

Porém, é necessário que haja uma conciliação entre as funções demonstrativa e persuasiva, na medida em que nas situações de fato nem sempre a aplicação do fundamento racional, ou do juízo de valor por parte do juiz, são a melhor solução do caso. Assim, como o professor Eduardo Cambi explica, “*a conciliação de modelos é altamente desejável, porque, para fins de realização da justiça, o juízo de fato deve ser o mais próximo possível da realidade*”¹⁵.

Para o professor Candido Rangel Dinamarco¹⁶, o objeto da prova é “*o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos*”. Porém, faz uma ressalva quanto ao objeto da prova, já que “provar” se refere a demonstração de que

¹³ *Idem*, p; 37-38

¹⁴ *Idem*, p. 33

¹⁵ *Idem*, p. 37.

¹⁶ In “Instituições de Direito Processual Civil”, Volume III, p. 58.

uma alegação é correta e condizente com a verdade, e não quanto ao fato em si, que existe ou não, não cabendo utilizar tais adjetivações. Portanto, o objeto da prova não é demonstrar que os fatos são corretos ou verdadeiros, e sim as alegações, que devem ser corretas e verdadeiras.

Ademais, o mestre Giuseppe Chiovenda¹⁷ menciona que “*o objeto da prova constituem os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar ‘sine tergiversatione’ dispensam prova*”. Dessa forma, necessário discorrer sobre os fatos que independem de prova para que se delimite o seu objeto.

1.3 – Fatos que independem de prova

A prova visa demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato alegado pela parte. Contudo, é necessário, ainda, que tais fatos não estejam previstos no art. 334 do Código de Processo Civil, situações estas em que não há necessidade de prova:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

¹⁷ In “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 1051.

Fatos notórios consistem naqueles que pertencem à cultura da pessoa média no local e no tempo em que a decisão é tomada e, portanto, não há necessidade de prova¹⁸. Como conceitua o professor Dinamarco¹⁹:

“Independem de prova os fatos notórios que, por serem de conhecimento geral, ordinariamente também o juiz os conhece; inexistindo a dúvida, que é o fundamento lógico-jurídico de toda a necessidade de provar, por esse motivo a lei os dispensa de prova.”

Porém, tendo em vista que o conceito de notoriedade é intimamente relacionado à cultura, trata-se de um conceito relativo, já que o que é notório em um determinado local não o é necessariamente em outro, por exemplo.

Em razão disso, têm-se admitido que os fatos notórios são objetivos, pois *“pertencem ao patrimônio comum de uma coletividade, sendo produzidos fora do processo e não tendo nenhuma relação com as questões fáticas nele discutida”*²⁰.

Os fatos não controvertidos independem de prova, já que são aceitos, expressa ou tacitamente, pela parte contrária, nos termos do art. 302, CPC²¹. Assim,

¹⁸ CAMBI, Eduardo, “Curso de Direito Probatório”, 43.

¹⁹ In “Instituições de Direito Processual Civil”, Volume III, p. 64.

²⁰ CAMBI, Eduardo, “Curso de Direito Probatório”, p. 44.

²¹ “Art. 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada o seu conjunto.

Parágrafo único: Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.”

salvo os fatos impossíveis e os que não admitem a confissão por previsão legal, os fatos confessados pela parte²² e admitidos como incontroversos independem de prova.

Ainda quanto à confissão, o professor Fredie Didier Jr. aponta um equívoco do legislador ao dispor que os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra independem de prova, visto que a confissão é um meio de prova. Assim, afirma que o mais correto seria dispor que “*quando confessados, os fatos independem de ‘outro’ meio de prova*”²³.

Em relação aos fatos em cujo favor militam presunção legal de existência e veracidade, estes também não dependem de prova, já que são reputados como verdadeiros. Assim, “*a avaliação fática, nesse caso não importa para o juiz, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam*”²⁴. Vale ressaltar que as presunções a que se refere o art. 334, IV, CPC, são as presunções absolutas (*iuris et de iure*), e que as presunções relativas (*iuris tatum*) admitem prova em contrário.

1.4 – Meios de prova

O Código de Processo Civil Brasileiro, em seus artigos 342 a 443, enumera os meios de prova, fazendo a ressalva no artigo 332²⁵ de que todos os meios legais e moralmente legítimos, mesmo que não enumerados no Código, podem ser utilizados.

²² Art. 348 do CPC: “*Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.*”

²³ In “Curso de Direito Processual Civil”, Volume 2, p. 46.

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni, “Processo de Conhecimento”, p. 290.

Assim, as modalidades típicas de prova são: depoimento pessoal (artigos 342 a 347); confissão (artigos 348 a 354); exibição de documento ou coisa (artigos 355 a 363); prova documental (artigos 364 a 399); prova testemunhal (artigos 200 a 419); prova pericial (artigos 420 a 439) e inspeção judicial (artigos 440 a 443).

O depoimento pessoal consiste no interrogatório da parte, seja autor ou réu, tendo por finalidade provocar a confissão da parte e esclarecer os fatos discutidos na lide²⁶. O seu momento processual é a audiência de instrução de julgamento, cabendo ao juiz, contudo, a faculdade de determinar o comparecimento da parte em qualquer momento, nos termos do artigo 342 do Código de Processo Civil²⁷.

A confissão, por sua vez, *“é a declaração judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa”*²⁸. Desta forma, com a confissão se reconhece a veracidade do fato alegado pela outra parte, e não a pretensão da parte contrária, não se confundindo com o reconhecimento da procedência do pedido.

²⁵ Art. 332. CPC: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.”*

²⁶ Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, p. 393.

²⁷ “Art. 342: *O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interroga-las sobre os fatos da causa.*”

²⁸ Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, p. 396.

Vale ressaltar que para a eficácia da confissão é necessário: a capacidade plena do confitente; a inexigibilidade de forma especial para o ato jurídico confessado; e a disponibilidade do direito confessado²⁹.

A exibição de documento ou coisa consiste no dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário, em busca do descobrimento da verdade. Assim, o juiz tem o poder de determinar que as partes ou terceiros exibam documento ou coisa que se encontre em sua posse, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a resolução da lide³⁰.

O professor Luiz Guilherme Marinoni³¹ faz uma crítica à exibição de documento ou coisa, que na verdade não consiste em verdadeira prova, e sim mecanismo de obtenção de prova, cabendo a sua inclusão dentro da subseção que trata da prova documental.

De qualquer forma, tendo em vista que a exibição de documento e coisa não se refere apenas à prova documental, faz-se necessário que sejam tratadas como modalidades distintas.

A prova documental, conforme conceitua o mestre Giuseppe Chiovenda, *“é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (vox mortua)”*³². Assim, em razão

²⁹ Luiz Rodrigues Wambier, “Curso Avançado de Processo Civil”, Volume 1, p 434.

³⁰ Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, p. 400.

³¹ In “Processo de Conhecimento”, p. 331.

³² In “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 1091.

da sua própria essência, que é de fixar a vontade duradouramente, é que decorre a alta importância que é dada à prova documental.

Desta forma, *“o respeito e fiabilidade que se dá a esse meio de prova advêm de sua própria essência, de prova pré-constituída, cuja função é de eternizar os atos e fatos jurídicos”*³³.

Vale ressaltar que a prova documental não se refere apenas à prova escrita, já que são muitos os modos de se registrar os fatos. Assim, como ensina o professor Luiz Rodrigues Wambier, *“tanto é documento o papel escrito como a fotografia, um mapa ou uma simples pedra com inscrições ou símbolos. (...) Para caracterizar documento basta a existência de uma coisa que traga em si caracteres suficientes para atestar que um fato ocorreu”*³⁴.

O documento pode ser classificado em: (a) público: ou seja, quando o seu autor material for uma autoridade pública; (b) particular: quando elaborado pela própria pessoa, para registrar o ato ou com o objetivo de servir de prova futuramente³⁵.

O Código de Processo Civil prevê, ainda o incidente de arguição de falsidade, em que é possível discutir a veracidade do documento, em seus artigos 390 a 399, podendo ser suscitado antes ou depois de encerrada a instrução.

A prova testemunhal consiste na oitiva de pessoas estranhas ao processo, para obter informações sobre fatos relevantes para o julgamento da causa³⁶. É de se

³³ Luiz Guilherme Marinoni, “Processo de Conhecimento”, p. 339.

³⁴ In “Curso Avançado de Processo Civil”, p. 439.

ressaltar que não se pode exigir da testemunha, ao contrário do perito, que tenha conhecimentos técnicos, visto que sua função é de simplesmente informar sobre fatos em que presenciou.

Como leciona o mestre Giuseppe Chiovenda, a prova testemunha tem limitações, não se podendo dar a mesma valoração que provas mais solenes, por exemplo. Assim: *“os defeitos inerentes a este meio de prova, assim do ponto de vista da importância objetiva como da atendibilidade nos casos concretos, conjuntamente com outras razões hoje desacreditadas aconselham as limitações à prova testemunhal”*³⁷. Dessa forma, assim como na legislação italiana, o Código de Processo Civil Brasileiro veda a prova exclusivamente testemunhal nos contratos acima de determinados valores (na legislação brasileira, acima do décuplo do salário mínimo vigente³⁸).

A prova pericial se torna necessária na existência de fatos complexos que exigem conhecimento técnico e científico que o julgador não tem obrigação de ter, situação em que é nomeado um auxiliar para que seja possível ao juiz formar a convicção correta do fato³⁹.

Ressalta-se que o perito não traz fatos, e sim opiniões técnicas e científicas a respeito dos fatos. Em razão disso, não obstante a opinião do perito, juiz

³⁵ Idem, p. 441.

³⁶ Cândido Rangel Dinamarco, “Instituições de Direito Processual Civil, Volume III, p. 600.

³⁷ In “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 1072.

³⁸ Art. 401, CPC: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”

³⁹ Luiz Rodrigues Wambier, “Curso Avançado de Processo Civil”, Volume I, p. 457.

não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção baseado em outros elementos ou fatos provados nos autos⁴⁰.

Inspeção judicial, por fim, “*consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com o litígio*”⁴¹. Pode o juiz, assim, determinar *ex officio* ou a requerimento das partes, inspecionar pessoas ou coisas, para esclarecer sobre fato que seja necessário para o julgamento⁴².

Trata-se, assim, de prova direta, ou seja, o magistrado tem contato direto com a fonte da prova, por meio do qual o juiz lavra termo circunstanciado, em que faz menção às impressões colhidas relevantes⁴³.

Além disso, como supra mencionado, a legislação brasileira admite as provas atípicas, não enumeradas no Código de Processo Civil. Contudo, faz a ressalva de que é necessário que a prova, apesar de atípica, seja moralmente legítima, não sendo admitida prova ilícita, seja a ilicitude cometida na sua obtenção, na formação ou na produção, vedação esta constitucional⁴⁴, que caso inobservada, tem como consequência “*a absoluta ineficácia da prova realizada através dela*”⁴⁵.

⁴⁰ Art. 436, CPC: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

⁴¹ Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, Volume I, p. 443.

⁴² Art. 440, CPC: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”

⁴³ Luiz Guilherme Marinoni, “Processo de Conhecimento”, p. 388.

⁴⁴ Art. 5º, LVI, Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

⁴⁵ Candido Rangel Dinamarco, “Instituições de Direito Processual Civil”, Volume III, p. 50.

1.5 – Provas Ilícitas

Dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que no processo são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Contudo, o que são provas ilícitas?

O professor Eduardo Cambi⁴⁶ conceitua a prova ilícita como aquela que *“contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito”*.

O professor Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷ ensina que *“as provas ilícitas são demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, que no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios”*.

A doutrina, ainda, tem admitido a distinção das provas ilícitas das ilegítimas: na prova ilegítimas, a ilegalidade ocorreria no processo, quando da introdução da prova, ou seja, a infração seria da prova processual; na prova ilícita, porém, a violação seria anterior ou concomitante ao processo, mas a ilicitude ocorreria na colheita da prova⁴⁸.

O professor Fredie Didier Júnior, porém, faz uma crítica a tal classificação, ao entender que a ilicitude faz parte de uma categoria geral do Direito, não se tratando apenas de violação de regras de direito material, mas de uma violação de

⁴⁶ Eduardo Cambi, “A Prova Civil”, p. 69.

⁴⁷ Cândido Rangel Dinamarco, “Instituições de Direito Processual Civil”, volume III, p. 49.

⁴⁸ Susana Henriques da Costa, “Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas”, p. 86.

regras jurídicas em sentido amplo. Além disso, pouco importaria classificar a natureza jurídica da regra violada, já que a prova seria inadmissível no processo⁴⁹.

A classificação, porém, é necessária se considerarmos a “teoria dos frutos da árvore contaminada”, ou as provas ilícitas por derivação, situação em que as provas *“em si mesmas, são lícitas, mas obtidas por informação decorrente de atividades consideradas ilícitas”*⁵⁰.

Assim, conforme tal teoria, se a fonte da prova é ilícita, o meio de prova que foi utilizado para trazer ao processo as informações não pode ser considerado como lícito, e é, portanto, o fruto de uma árvore contaminada.

O professor Eduardo Cambi⁵¹, ainda, discorre que as provas ilícitas por derivação não merecem ser admitidas, sob pena de legitimar o princípio do “male captum, bene retentum”, e de se beneficiar o autor do ato ilícito.

O autor aponta, porém, que é necessário que a “teoria dos frutos da árvore envenenada” seja limitada, observando-se três critérios: a) *da fonte independente*: situação na qual a obtenção da prova não é diretamente ligada à ilegalidade praticada; b) *da descoberta inevitável*: quando há convicção judicial de que a prova poderia ser obtida por meio lícito, e que a descoberta resultante da prova ilícita ocorreria de qualquer forma; c) *da descontaminação*: situação em que a prova, mesmo obtida de forma ilícita, é convalidada mediante fato posterior que elimina a ilicitude⁵².

⁴⁹ Fredie Didier Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, volume 2, p. 34.

⁵⁰ Eduardo Cambi, “Curso de Direito Probatório”, p. 126.

⁵¹ Eduardo Cambi, “Curso de Direito Probatório”, p. 127.

⁵² Eduardo Cambi, “Curso de Direito Probatório”, p. 129, 130.

Desta forma, não obstante a ilicitude dos meios para a sua obtenção, a prova ilícita por derivação poderia ser admitida, em tese, caso obedecesse a tais critérios. Vale ressaltar, mais uma vez, que a prova nessas situações não é ilícita em sua natureza, mas obtida por meios ilícitos, razão pela qual se utiliza a razoabilidade e a proporcionalidade em casos concretos.

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade é admitido não apenas em relação a prova ilícitas por derivação, mas também nas provas ilícitas em sua essência, excepcionalmente.

Nestas situações, não se ignora a ilicitude da prova, mas se valoriza a proteção de um direito em contraposição à ilegalidade. Assim ensina a professora Ada Pellegrini Grinover⁵³, ao entender que *“se trata de uma questão de ponderação entre os valores que foram lesados pela ilicitude da prova e aqueles que se visa proteger no processo, no caso concreto”*.

E é neste sentido que leciona o mestre José Carlos Barbosa Moreira⁵⁴, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, de forma a se analisar o caso concreto para decidir pelo menor de dois males:

“Alude-se, a tal propósito, ao chamado o princípio da proporcionalidade. Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento

⁵³ Ada Pellegrini Grinover *apud* Susana Henriques da Costa, “Os poderes do juiz na inadmissibilidade das provas ilícitas, p. 88.

da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.”

Em razão disso, apesar da vedação constitucional quanto a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, há um forte posicionamento da doutrina em aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para, excepcionalmente, admitir provas ilícitas, como forma a se garantir a convicção judicial quanto a verdade dos fatos.

Assim, ao verificar que uma das provas juntadas aos autos é ilícita, cabe ao juiz, observado o caso concreto, julgar pela sua admissão ou não. Porém, caso a prova ilícita não seja admitida, o juiz determinará o seu desentranhamento dos autos, devendo desconsiderá-la como fundamento para o julgamento.

O professor Eduardo Cambi⁵⁴ aponta que, nesta situação, tendo em vista a busca por julgamentos imparciais, se trataria de hipótese de suspeição do juiz, visto que o simples contato do julgador com a prova ilícita poderia colocar a sua imparcialidade em perigo. Assim:

“Afim, depois que o juiz entra em contato com a prova ilícita, pode restar comprometida a sua imparcialidade, uma vez que o simples conhecimento dessa prova é capaz de vincular psicologicamente o julgador, ainda que não se valha, racional ou expressamente, dela para

⁵⁴ José Carlos Barbosa Moreira, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas” in “Temas de Direito Processual: Sexta Série”, São Paulo: Saraiva, 1997.

formar a sua convicção. (...) Sendo assim, o controle da motivação da decisão, pela via recursal, poderia mostrar-se insuficiente para que se impugnassem os verdadeiros motivos os quais levaram a decidir a causa.”

Contudo, o próprio autor admite que tal posicionamento deve ser adotado com ressalvas, já que uma das partes poderia se utilizar de prova ilícita para gerar a suspeição do juiz e a sua substituição, por exemplo.

⁵⁵ Eduardo Cambi, “Curso de Direito Probatório”, p. 133.

2 – DO ÔNUS DA PROVA

2.1 – Conceito

Como afirma o mestre Chiovenda⁵⁶, “*a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo*”.

A palavra “ônus”, que tem origem no latim com o termo “onus”, tem o significado de encargo, obrigação, responsabilidade, dever. Conforme definição da professora Maria Helena Diniz:

*“ÔNUS DA PROVA. Direito processual. Obrigação de provar, que compete a quem afirmar os fatos ou a quem fizer as alegações e não a quem negar a existência do fato. Logo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao acusador, quanto ao crime; e ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, demonstrando que das afirmações do autor não decorrem os efeitos por ele pretendidos.”*⁵⁷

O ônus da prova, assim, seria a responsabilidade da parte em se utilizar de provas para demonstrar como verdadeira a sua afirmação.

Nos termos do mestre Pontes de Miranda, o ponto principal do ônus da prova se relaciona, em verdade, ao resultado da falta de prova e sobre quem recaem as consequências pela sua não produção:

⁵⁶ Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 930.

*“O ônus da prova objetiva, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequência de falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar a quem vão as consequências de se não provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (negou ou afirmou algo que exclui a validade ou eficácia do ato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu.”*⁵⁸

Assim, a ônus da prova é incumbido às partes, conforme o caso concreto, para que se solucione as questões de fato com maior segurança e exatidão. E mais: as regras de ônus da prova não só evitam decisões arbitrárias, já que é necessário formar a convicção do juiz quanto às alegações, devendo o juiz fundamentar sua decisão racionalmente com base nas provas apresentadas; tais regras evitam também o ‘non liquet’, conforme dispõe Eduardo Yoshikawa⁵⁹:

“Assim, as regras sobre o ônus da prova têm dupla finalidade: impedem decisões arbitrárias por parte do juiz, fundadas em suas preferências ou preconceitos pessoais, ao mesmo tempo em que evitam o ‘non liquet’, que representaria inadmissível renúncia ao exercício da jurisdição.”

O professor Eduardo Melo de Mesquita aponta a bidimensionalidade das regras do ônus da prova: uma em relação ao juiz e a sua decisão, e outra quanto as partes e o seu interesse de convencer o juiz:

⁵⁷ Maria Helena Diniz, “Dicionário Jurídico”, Volume 3, p. 502.

⁵⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda *apud* Bruno Freire e Silva, “A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho” in Olavo de Oliveira Neto (coord.), “A prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes”, p. 80.

⁵⁹ ⁵⁹ Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, p. 116-117.

“O estudo acerca do ônus de prova enfatiza a tarefa das partes quanto à instrução probatória, ficando o juiz jungido à valoração, tão somente, dos elementos colacionados aos autos. Marca-se, assim, a bidimensionalidade que regula as normas relativas à distribuição dos ônus probatório, ou seja, uma dimensão relativa ao órgão julgador e seu julgamento, outra concernente às partes e a dinâmica de persuadir racionalmente o julgador”⁶⁰.

Porém, apesar da palavra “ônus” ter como sinônimo “obrigação” e “dever”, como acima exposto, estes últimos vocábulos são utilizados em seus significados amplos, não podendo tais conceitos se confundirem na esfera jurídica.

Assim, como esclarece o professor Humberto Theodoro Júnior, o ônus da prova não é dever, nem direito, porque a consequência da sua inobservância é simplesmente o risco de deixar de provar suas alegações e, em razão disso, o risco de perder a causa:

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provas os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”

Assim, faz-se necessário apontar as diferenças entre ônus, dever e obrigação.

⁶⁰ Eduardo de Melo de Mesquita, “O princípio da normalidade e a modulação da prova”, in Olavo de Oliveira Neto (coord.), “A prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes, p. 143.

2.2 – Distinção entre ônus, dever e obrigação

Inicialmente, conceituaremos “dever” e “obrigação” para, ao final e por exclusão, conceituarmos “ônus”.

O vocábulo “dever”, do latim “debere”, e em seu sentido jurídico, consiste na sujeição de uma pessoa a dar cumprimento a uma obrigação. Assim, nas palavras de De Plácido e Silva:

“DEVER. Derivado do latim ‘debere’ (ser devedor, estar obrigado), não possui o verbo, na linguagem jurídica, outra significação. Quer, assim, significar o fato de se encontrar uma pessoa sujeita ao cumprimento de uma obrigação em virtude da qual terá que ‘dar’ ou ‘restituir alguma coisa’, ‘fazer’ ou ‘não fazer alguma coisa’.

(...) O dever jurídico, dependa ou não da vontade humana, estabelece sempre um ‘vinculum juris’, de que se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado.

Dessa forma, o dever jurídico tanto provém do contrato, para formular especialmente a ‘obrigação’ criada pelo mútuo consentimento dos contratantes, como decorre do respeito pelos princípios elementares da equidade e da ordem jurídica, em virtude dos quais se afirma a ‘obrigação’ de não ofender direito alheio (‘neminem laedere’).

Entretanto, o ‘dever jurídico’, fundado na obrigação contratual, dependente sempre da vontade do homem, mais se apresenta como um ‘direito de exigir’, pertinente ao sujeito ativo sobre aquele que a deve cumprir e sobre as coisas que são de seu objeto. O dever é fundado nas relações que subsistem entre o sujeito ativo, que exige o adimplemento da obrigação, e aquele que a deve cumprir.”⁶¹

⁶¹ De Plácido e Silva, “Vocabulário jurídico”, Volume II, p 522.

Assim, conforme conceitua o autor, pode-se concluir que o dever, em sua acepção jurídica, decorre de previsão legal, contratual, ou de decisão judicial

“Obrigação”, por sua vez, pode ser definido como um vínculo a que se sujeita uma parte em relação a outra:

“Obrigação é o poder de outrem sobre um sujeito, o qual, justamente em decorrência desse vínculo obrigacional, não tem outra opção de agir, tendo que se sujeitar em detrimento de seus próprios interesses”⁶².

Neste mesmo sentido, o professor Silvio Rodrigues⁶³ conceitua obrigação como “o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo).”

Importante ressaltar que o autor acrescenta ao significado de “obrigação” o elemento da sanção, caso a obrigação não seja cumprida. Assim:

“Esse vínculo se diz jurídico porque, sendo disciplinado pela lei, vem acompanhado de sanção. Com efeito, se o devedor que legalmente se obrigou deixar de efetuar o pagamento, a lei abre portas dos pretórios ao credor, para que este, por meio da execução patrimonial do inadimplente, obtenha a satisfação do seu crédito.”⁶⁴

⁶² Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do ônus da Prova no Processo Civil”, p. 44.

⁶³ Silvio Rodrigues, “Direito Civil”, volume 2, p. 3.

⁶⁴ Silvio Rodrigues, “Direito Civil”, volume 2, p. 3.

Observa-se, assim, que “obrigação” e “dever” têm conceitos muito próximos, na medida em que a obrigação pressupõe um dever. O mestre Pontes de Miranda, porém, distingue os vocábulos da seguinte forma:

*“Dever corresponde a direito; obrigação a pretensão. Todos têm o dever de atendimento dos direitos de personalidade e de propriedade. (...) Porque à pretensão é que corresponde a obrigação, há direitos sem pretensão e, pois, do outro lado, sem obrigação. Não, porém, obrigações sem dever.”*⁶⁵

Assim, conclui-se que enquanto o dever se relaciona ao direito, a obrigação se refere à pretensão, ou seja, esta é uma modalidade do gênero “dever”. Em razão disso, apesar da proximidade dos conceitos, um não se confunde com o outro.

Após breve distinção entre dever e obrigação, passa-se ao conceito de “ônus” que, nas palavras de Camilo José D’Ávila Couto⁶⁶, seria a sujeição aos interesses do próprio onerado:

“Prevalece na doutrina moderna do processo civil a concepção de sujeição ligada aos interesses próprios do onerado, o que se harmoniza com possíveis e eventuais consequências desfavoráveis que possam advir para ele, instituídas por lei, quando opta por não cumprir com o respectivo ônus.”

Posto isto, o ônus se diferencia do dever e da obrigação, na medida em que o titular do interesse no seu cumprimento é o próprio onerado, e não outrem, como ensina do mestre Chiovenda⁶⁷, ao se referir especificamente ao ônus de provar:

“Conquanto não se possa falar propriamente de um ‘dever’ de provar, mas apenas de uma ‘necessidade’ ou ‘ônus’, o assunto encontra neste passo sua melhor oportunidade, porque a carência de prova dá origem a uma situação jurídica análoga a que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbia o ônus de provar, suporta as consequências de falta de prova.”

Desta forma, caso a parte não de desvincule do ônus que recai sobre ela, não há que se falar propriamente em sanção, já que quem sofre as consequências é ninguém além do detentor do ônus. Assim, o não cumprimento do ônus não é ilícito ou ilegal, mas apenas prejudica o onerado:

*“Não se trata de uma obrigação, pois não cria para outrem o direito de exigir o seu cumprimento. Quem ‘descumpre’ (não atende) a um ônus não pratica ato ilícito. É antes uma ‘obrigação’ da parte consigo mesma.”*⁶⁸

Destarte, o ônus se diferencia do dever e da obrigação, na medida em que nenhuma outra parte pode exigir o seu cumprimento. Em se tratando do ônus de provar, o detentor de tal ônus não tem o interesse em produzir provas porque tem obrigação perante outrem; em verdade, pretende produzir provas porque, caso não cumpra tal oneração, ele sofrerá as consequências do não convencimento do juiz.

⁶⁵ Pontes de Miranda, “Tratado de Direito Privado”, Tomo V, p; 438.

⁶⁶ Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do ônus da Prova o Processo Civil”, p. 44

⁶⁷ Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, p. 929.

⁶⁸ Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, p. 115.

A parte tem o interesse de produzir a prova, assim, para evitar ser prejudicada em eventual omissão, conforme lição de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa⁶⁹:

“O ônus cria uma situação jurídica em que a pessoa a que se reconhece a faculdade de agir em benefício de um seu interesse, sem ser obrigada a agir, provavelmente o fará para evitar o prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da sua omissão”

Portanto, diferencia-se o ônus de dever e obrigação, pois o onerado age em busca de um interesse próprio, e não de outrem. Além disso, as consequências da impossibilidade em se desonerar recaem sobre o próprio onerado, e não sobre a outra parte, razão pela qual ninguém pode exigir o cumprimento do ônus, por não se tratar de ato ilícito ou ilegal.

2.3 – O ônus da prova objetivo e subjetivo

A doutrina tem classificado o ônus da prova sob uma dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Assim, conforme a lição de Paulo Rogério Zaneti, o juiz ao analisar a lide deve questionar a incumbência de cada parte em provar, e se a questão foi devidamente provada:

“A lei possibilita ao juiz proferir sua decisão mediante resposta a duas perguntas basilares que nortearão o conteúdo da sua sentença: quem deveria provar o que (regra de conduta para as partes) e o que deveria ficar provado, independentemente de quem fez a prova (regra de

⁶⁹ Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, p. 115.

julgamento que orienta o juiz). O primeiro a doutrina comumente chama de ônus da prova subjetivo; já, o segundo, de ônus da prova objetivo.”⁷⁰

Conforme essa classificação, o ônus da prova subjetivo se refere regras que distribuem o ônus da prova para cada parte, e determinando-se quem deve suportar as consequências da falta de provas, e o ônus da prova objetivo, que é a regra de julgamento, que direciona o juiz caso haja insuficiência de provas, e considerando-se a regra do “non liquet”. Neste sentido, conforme lição do mestre Alfredo Buzaid:

“(…) o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente”⁷¹

O ônus da prova objetivo, assim, “indica qual das partes deve suportar as consequências desfavoráveis decorrentes da não reconstrução satisfatória dos fatos que integram o ‘*thema probandi*’”⁷², em razão da vedação do “non liquet”, já que o juiz tem o dever de analisar e julgar a lide:

“O juiz tem o dever (poder-dever) de julgar, sendo-lhe vedado pronunciar ‘non liquet’. (...) Tal é a função da regra de julgamento

⁷⁰ Paulo Rogério Zaneti, “Flexibilização das regras sobre o ônus da prova”, p. 89.

⁷¹ Alfredo Buzaid *apud* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova”, p. 153.

⁷² Eduardo Cambi, “A prova civil”, p. 328.

*fundada no ônus da prova: permitir que o juiz alcance o conteúdo da decisão que deveria ser proferida em semelhante hipótese”.*⁷³

Ressalta-se que tais regras de julgamento não definem a solução da lide “per se”, no sentido de determinar quais fatos devem ser presumidos como existentes ou não; mas direcionam o juiz quando da dúvida, disciplinando como julgar⁷⁴. E ainda, conforme aponta o mestre Barbosa Moreira, as regras de distribuição do ônus da prova não são destinadas aos fatos que foram provados, e sim quando ocorre a situação em que há fatos não provados, situação em que são aplicadas as regras de julgamento para determinar qual das partes deve arcar com as consequências da prova insuficiente:

*“A doutrina moderna, estudando o problema do ônus da prova, assentou uma conclusão muito interessante: as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. O juiz não tem que se preocupar com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova”.*⁷⁵

Ademais, parte da doutrina entende pela inexistência do binômio da ônus da prova, admitindo apenas o ônus da prova objetivo, no sentido de que as regras de julgamento quanto a falta de prova são suficientes para a solução da dúvida sobre quem deve recair os efeitos da falta de prova, e que não há que se falar em discriminação subjetiva. Assim, na lição do mestre Pontes de Miranda:

⁷³ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova”, p. 154.

⁷⁴ Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil”, p. 62.

⁷⁵ José Carlos Barbosa Moreira *apud* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova”, p. 157.

*“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga da prova ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”*⁷⁶

Para o professor Camilo José D’Ávila Couto, porém, o julgamento com base apenas no ônus de prova objetivo, já que a distribuição rígida e pré-estabelecida do ‘onus probandi’ não seria a melhor maneira de solução da lide, na medida em que o juiz levaria mais em conta a vedação de se abster de julgar e as regras de julgamento do que a análise mais detalhada do caso. Neste sentido:

*“É isso que ocorre quando o juiz julga com base no ‘onus probandi’ objetivo: como ele não chegou a uma conclusão robusta sobre os fatos e, na hipótese de total ausência de provas, à qualquer conclusão, a verdade não foi levada aos autos; a parte, por estratégia, ou seja, deliberadamente, ou por se encontrar em desigualdade perante a outra, permaneceu inerte, quanto à produção probatória; o juiz, diante da vedação do ‘non liquet’, decide com base na ausência de provas, em outras palavras, decide com suporte em uma técnica ultrapassada, ou seja, a distribuição rígida do ‘onus probandi’.”*⁷⁷

⁷⁶ Pontes de Miranda *apud* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova”, p. 158.

⁷⁷ Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil”, p. 64.

O ônus subjetivo, por outro lado, se refere ao conjunto de regras que determinam e distribuem a obrigação (aqui, em sentido “lato sensu”) de provar às partes:

“O ônus subjetivo da prova identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor”⁷⁸

Assim, tem-se por objeto apontar como as partes devem atuar o processo, em relação produção de provas e, secundariamente, à obtenção da prova, conforme lição de Camilo José D’Ávila Couto⁷⁹. Neste mesmo sentido, conforme afirma Eduardo Cambi:

“O ônus da prova, em sentido subjetivo, estabelece quais são os fatos que devem ser provados por cada uma das partes, determinando que cabe ao autor provar os fatos constitutivos da sua demanda e, ao réu, os fatos sobre os quais a exceção está fundada”.

Diante disso, é razoável concluir que o ônus da prova não deve ser considerado apenas pela ótica objetiva, ou subjetiva, e sim sob ambas, já que ao mesmo tempo que as regras do ônus de prova visam determinar a qual das partes deve recair os efeitos da falta de provas, também é um instrumento a direcionar o juiz na situação em que há a insuficiência de provas, e em qual sentido deve o juiz proferir seu julgamento. Nestes termos:

“Ambas as faces do dogma do ônus da prova; a face objetiva e a subjetiva são necessárias e úteis ao todo, à completude do dogma, sendo

⁷⁸ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova”, p. 150.

⁷⁹ Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil”, p. 68.

*impossível extrair de uma delas argumentos aptos a combater a outra, isso nos dois sentidos do fenômeno. Em efeito, o fenômeno jurídico do ônus da prova deve ser visto de uma forma uma e contextualizada, como um conjunto de relações interligadas e interdependentes, em relações de causa e efeito.*⁸⁰

Vale ressaltar que no Código de Processo Civil podemos observar a previsão de regras tanto às partes, determinando-se sobre quem recai o ônus de provar (ônus da prova subjetivo), como também regras de julgamento (ônus da prova objetivo), conforme afirma Paulo Rogério Zaneti:

*“Segundo o entendimento da melhor doutrina, nosso Código de Processo Civil teria adotado ambos os aspectos do ônus da prova: subjetivo e objetivo. O primeiro estaria representado no art. 333 (ou seja, diz quem e o quê deve provar – ônus subjetivo). Já o ônus da prova objetivo estaria abraçado pela legislação processual civil pátria conforme a atual redação dada ao art. 131, do CPC (determina que o juiz observe o que restou provado nos autos, independentemente de quem alegou e provou – ônus objetivo)”*⁸¹

Neste mesmo sentido leciona o professor Luiz Rodrigues Wambier⁸², ao afirmar que o artigo 333 do CPC traz o ônus da “demonstração”, atribuído a cada uma das partes, e também a regra de julgamento para o órgão judicial, indicando qual das partes deve suportar o risco pela eventual ausência de prova.

⁸⁰ Camilo José D'Ávila Couto, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil”, p. 72.

⁸¹ Paulo Rogério Zaneti, “Flexibilização das regras sobre o ônus da prova”, p. 91.

⁸² Luiz Rodrigues Wambier, “Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar”, in José Miguel Garcia Medina (coord.), “Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais”, p. 159.

2.4 - Inversão do ônus da prova

Conforme abordado do item anterior, o Código de Processo Civil prevê em seus artigos 130 e 333 as regras do ônus da prova:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”

Assim, em regra, o ônus da prova recai sobre o autor, quando se referir a fato constitutivo de seu direito, e ao réu, para demonstrar a inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito.

Contudo, existem situações em que a distribuição do ônus da prova causa uma excessiva dificuldade na produção da prova, ou gera a desigualdade entre as partes, por não ter sido levada em consideração a posição hipossuficiente de uma delas.

Em razão disso, visando promover o princípio da igualdade e o tratamento isonômico das partes, admite-se em nosso ordenamento a inversão do ônus da prova.

Um exemplo é a situação do artigo 333, parágrafo único, do CPC, em que se admite que as partes convençionem a modificação do ônus de provar, sem que tal fira o princípio do livre convencimento do juiz, já que não se altera a forma como o juiz deve apreciar e valorar a prova, e sim quem assume os riscos pela ausência de provas⁸³. Em razão disso, as partes se restringem a delimitar qual das partes se prejudicaria em caso de falta de provas.

Ressalta-se que a convenção das partes é nula em qualquer situação em que houver a restrição da liberdade da livre convecção do juiz. É nula também nas situações previstas em lei, em que se referir a direito indisponível da parte, já que o exercício desses direitos independe da vontade das partes; ou que torne excessivamente difícil o exercício do direito por uma das partes, (artigo 333, parágrafo único, do CPC).

Além disso, conforme lição de Eduardo Cambi⁸⁴, a autonomia negocial das partes quanto ao ônus da prova *“não pode ser tolerada indistintamente, porque isso levaria à quebra da igualdade de tratamento entre as partes (paridade de armas), aumentando-se os riscos de injustiças”*.

⁸³ Eduardo Cambi, “A prova civil”, p. 405.

⁸⁴ Eduardo Cambi, “A prova civil”, p. 407.

E é exatamente este o intuito da inversão das regras de distribuição do ônus da prova: diminuir os riscos de injustiças, de insegurança jurídica, e da igualdade de tratamento entre as partes.

Outra situação em que se admite a inversão do ônus de provar é nas relações de consumo, conforme previsão expressa do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)”

Desta forma, considerando-se que muitas vezes o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, por não ter acesso à informações e dados técnicos de serviços ou produtos, seria excessivamente onerado caso recaísse sobre ele o ônus de prova. Assim, o fornecedor, por deter tais dados, encontra-se em melhor situação para fornecê-las, recaindo sobre este o dever (‘lato sensu’) de provar.

Observa-se, assim, que se leva em consideração a hipossuficiência não apenas financeira, mas técnica do consumidor: “não se trata de conceito ligado exclusivamente a poder econômico, mas atrela-se ao monopólio da informação”⁸⁵.

Contudo, pela análise do artigo de lei acima colacionado, observa-se que a inversão o ônus da prova não é automática, devendo o juiz determinar se o caso

concreto faz jus à inversão. Além disso, a inversão não seria uma faculdade, mas um dever do juiz:

“Verificado um desses pressupostos legais, o juiz tem o ‘dever’, não a mera ‘faculdade’, de inverter o ônus da prova, motivando as razões do seu convencimento (art. 93, inc. IX, CF)”⁸⁶.

Assim, verificado no caso em concreto a hipossuficiência técnica, ou seja, a maior capacidade técnica do fornecedor do produto ou serviço, o juiz tem o dever de aplicar a inversão do ônus da prova.

Os exemplos aqui citados se referem a situações em que a própria lei prevê a inversão do ônus da prova. Porém, há casos em que há a hipossuficiência de uma das partes em produzir a prova, causando um excessivo ônus à parte, em que caberia uma atuação ativa do juiz para promover a “paridade de armas”. Trata-se da aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, o que será abordado no próximo capítulo.

⁸⁶ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O ônus da prova, p; 190..

3 – TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA

3.1 - Conceito

A teoria da carga dinâmica da prova, também conhecida como a “teoria da prova compartilhada” e “princípio da solidariedade”, apesar de ter sido idealizada por diversos autores, como Jeremy Bentham⁸⁷ em meados de 1820, e Giuseppe Chiovenda⁸⁸ em meados de 1930, se tornou mais famosa pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, o qual, nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático de Junín, em outubro de 1992, cunhou o conceito da referida teoria:

“La llamada doctrina de las carga probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales em determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa um desplazamiento del ‘onus probandi’, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está em mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas

⁸⁶ Eduardo Cambi, “A prova civil”, p. 417.

⁸⁷ “Carga de prueba. ¿Sobre quién debe recaer? ¿Entre las dos partes contrarias, a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades em el sistema procesal técnico. Em um régimen de justicia franca y simple, em um procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de a prueba deve ser impuesta, em cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar com menos inconvenientes, es decir, com menos dilaciones, vejámenes y gastos.” (Jerémie Bentham, “Tratado de las Pruebas Judiciales”, apud Paulo Rogério Zaneti, “Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova, p. 94 – meus grifos)

⁸⁸ “E, dado que, em regra, como sabemos, às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome em consideração; dado que o juiz, em regra, não pode ter em conta circunstâncias que não ressaltem dos autos e, enfim, que deve respeitar-se a igualdade das partes no processo, daí resulta que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros. (...) Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos ou extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele repartir o ônus da prova.” (Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil, p. 934. – meus grifos)

para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.”⁸⁹

Conforme lição da professora Inés Lépori White, coordenadora do livro “Carga Probatorias Dinámicas”, em que Jorge Peyrano é diretor, os fundamentos para a referida teoria são, principalmente, a igualdade das partes, a busca pela justiça, o dever do juiz em buscar a verdade das alegações e os deveres de conduta processual das partes, ou seja, a boa-fé das partes:

“La justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la ‘doctrina de las cargas probatorias dinámicas’. (...) Entonces, al conjugar armónicamente las tradicionales reglas de la ‘carga de la prueba’ con la justicia en el caso concreto, los deberes del juez y los deberes de conducta procesal de las partes, se obtienen las bases o los fundamentos de la doctrina de las ‘cargas probatorias dinámicas.’”⁹⁰

A autora afirma, ainda, que os pressupostos de aplicação da teoria são, basicamente, aqueles em que há uma grande dificuldade em comprovar de uma das partes, e em que a outra parte é mais apta para prestar ajuda ao esclarecimento da questão:

“Los supuestos de aplicación de la teoría son cada vez más numerosos, y se han extendido a todo tipo de situaciones fácticas, entre las que podemos citar: extremos de muy difícil comprobación, situaciones

⁸⁹ Jorge Walter Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” in “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 19.

⁹⁰ Inés Lépori White, “Cargas Probatorias Dinámicas” in Jorge Walter Peyrano, “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 68.

extremas de difícil comprobación, situaciones extremas de muy difícil comprobación, situaciones extremas de muy difícil comprobación para el damnificado, mejor aptitud o comodidad para prestar ayuda al esclarecimiento de la verdad, a quien tiene el control de las cosas objeto del contrato, por la naturaleza de la relación, que dio origen a la obligación, en el hecho de príncipe, responsabilidad fundada en la culpa, cuando se trata de acreditar lo facturado, para definir la viabilidad de las pretensiones ejercidas.”⁹¹

Assim, de acordo com a teoria da carga dinâmica das provas, pode-se, concluir, inicialmente, que é uma exceção à regra da distribuição do ônus da prova, a ser aplicada somente nos casos em que as regras gerais não funcionam adequadamente. Em razão disso, de forma a resguardar o direito de provar das partes, e buscando aliviar a oneração excessiva da parte que se vê incapaz de produzir a prova, abre-se a exceção em se admitir que a outra parte produza a prova.

Além disso, observa-se que o ônus da prova pode ser invertido para que aquele que tem melhores condições não apenas financeiras, mas também técnicas, profissionais e fáticas de produzir a prova.

Busca-se, dessa forma, superar a incapacidade técnica, profissional ou fática da parte incumbida em apresentar a prova, em busca da verdade das alegações, buscando o tratamento igualitário das partes, e levando em consideração o poder-dever do juiz em buscar a verdade, e o dever da boa-fé das partes.

⁹¹ Inés Lépori White, “Cargas Probatorias Dinámicas” in Jorge Walter Peyrano, “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 69.

Contudo, a teoria da carga dinâmica das provas, como toda teoria aplicada à prática, trouxe à tona uma série de questões, razão pela qual o jurista Jorge Peyrano publicou novidades referentes à teoria no “XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal” da Argentina. Vejamos:

*“Primera conclusión: Em matéria de desplazamiento de la carga de la prueba, las ‘cargas probatorias dinámicas’ consistuyen sólo un capítulo, aunque se destaca que es el más importante. Así mismo, puntualiza que no es el único ‘nomen juris’ propuesto para designar el fenómeno que no ocupa”*⁹²

A primeira conclusão (ou adaptação) da teoria se refere ao fato de que, não obstante a importância da teoria da carga dinâmica das provas, a mesma consiste em apenas um dos “capítulos” da distribuição dos ônus da prova, e não a única. Assim, não é o único “nomen juris” para designar o fenômeno da distribuição o ônus da prova.

*“Segunda conclusión: Se debe ser especialmente cuidadoso y extricto a la hora de valorar la prueba alegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuala o desnaturalizarla en su propio beneficio.”*⁹³

A segunda conclusão se refere ao cuidado que o juiz deve ter ao valor a prova apresentada pela parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, por esta mesma parte também ter interesse em vê-la desvirtuada.

⁹² Jorge Walter Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” in “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 20.

Essa é uma importante adaptação da teoria da carga dinâmica das provas, pois a teoria leva em consideração apenas a produção da prova e quem tem melhores condições em produzi-la, esquecendo-se de que muitas vezes a parte onerada tem o interesse em que a prova por ela apresentada seja desconsiderada, por lhe trazer efeitos negativos.

Assim, exige-se que o juiz tenha não apenas um cuidado maior em analisar as provas, como também um cuidado ainda maior em valorá-la, porque a parte que produziu a prova muitas vezes a produz contra o seu interesse e, em razão disso, tem o maior interesse em desvirtuá-la.

*“Tercera conclusion; Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito em la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, em cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso.”*⁹⁴

A terceira adaptação se refere ao fato de que é necessário que a previsão legal da aplicação da teoria da carga dinâmica das provas seja ampla, ou seja, que não preveja situações taxativas e inflexíveis, pois traria uma dificuldade de ajuste da referida teoria no caso prático.

Assim, não obstante a necessidade de regulamentação legal da teoria, tais previsões legais não podem “engessar” a aplicação da carga dinâmica das provas, pois

⁹³ Jorge Walter Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” in “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 21.

cada caso exige uma interpretação diferente da teoria, sendo necessário que o juiz tenha uma maior autonomia para a gradação na prática do ônus da prova.

O professor Jorge Peyrano apresenta quatro inovações à teoria da carga dinâmica das provas; porém, a quarta das conclusões será apresentada no item a seguir.

3.2 - Regra de procedimento ou julgamento?

Um dos maiores questionamentos da teoria da carga dinâmica das provas se refere ao momento da sua aplicação: se consiste em regra de procedimento, antes da fase probatória, ou em regra de julgamento, cabendo ao juiz aplicá-la no momento em que for julgar.

Inés Lépori White afirma que a carga dinâmica das provas só pode ser aplicada no momento do julgamento, já que a análise da necessidade da inversão do ônus da prova só é possível após a análise de todo o conjunto probatório:

*“Lo hasta aqui expuesto deja implícitamente demostrado que solamente podrá decidirse sobre la ‘carga de la prueba’ luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final del proceso, en la sentencia de mérito.”*⁹⁵

Neste mesmo sentido opina o professor Camilo José D’Ávila Couto, que afirma que o único momento para aplicação da teoria é no momento do julgamento, em

⁹⁴ Jorge Walter Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” in “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 21.

⁹⁵ Inés Lépori White, “Cargas Probatorias Dinámicas” in Jorge Walter Peyrano, “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 51.

que o juiz analisará as provas produzidas e, caso sejam insuficientes, aplicará a inversão do ônus da prova para possibilitar a decisão no caso concreto:

“Não há como sustentar que o momento de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova seja diverso ao do ato sentencial, sem quebrar a lógica, a coerência e até mesmo o próprio conceito técnico-jurídico de ônus da prova como regra de julgamento, como regra de juízo, sob pena de instituir no ordenamento jurídico, no seio da doutrina e jurisprudência, uma deformidade científica quanto ao dogma do ‘onus probandi’. Consequentemente, ‘ad abundantiam’, estar-se-ia esfacecendo o milenar dogma do ônus da prova.”⁹⁶

E, ainda, conforme lição de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

“No momento de sentenciar, se o juiz não tiver formado convicção a respeito dos fatos relevantes e controvertidos do processo, as regras do ônus da prova lhe vêm em socorro, permitindo que ele alcance o conteúdo da decisão a ser proferida em tal situação excepcional. Disto resulta – como corolário da doutrina formada em torno da idéia central de que o ônus da prova constitui, essencialmente, uma regra de julgamento – que o momento da inversão opera-se quando do julgamento.”⁹⁷

Assim, aqueles que defendem a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas no momento do julgamento o fazem baseado no entendimento de que só é possível analisar a necessidade da inversão do ônus da prova finda a fase probatória, por entender que o ônus da prova é uma regra de julgamento. Em razão disso, o juiz só poderia concluir que a prova foi suficiente para demonstrar a verdade, e se há a

⁹⁶ Camilo José D’Ávila Couto, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil”, p. 165.

⁹⁷ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “O Ônus da Prova”, p. 201.

necessidade de inverter o ônus probatório, quando da análise da totalidade das provas produzidas.

O professor Jorge Peyrano, contudo, aponta que no “XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal” da Argentina, chegou-se à seguinte conclusão (a quarta e última das conclusões mencionadas no item 3.1):

“Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie, entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio. (...) Se propone ‘de lege ferenda’ que si se adoptara en el futuro alguna especie de audiencia preliminar, sería conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del ‘onus probandi’”⁹⁸ (meus grifos)

Assim, levou-se em consideração que a invocação da teoria no momento da sentença poderia causar um risco ao direito de defesa das partes, razão pela qual Jorge Peyrano esclarece ser conveniente alertar as partes antes do julgamento que as circunstâncias do caso exigem a aplicação da carga dinâmica das provas.

Neste mesmo sentido opina Eduardo Cambi, apontando que a teoria da carga dinâmica das provas deve ser aplicada no despacho saneador ou na audiência preliminar, como forma de evitar a insegurança jurídica para a parte que se vê surpreendida na sentença de que foi aplicada em seu desfavor o ônus da prova:

⁹⁸ Jorge Walter Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” in “Cargas Probatorias Dinámicas”, p. 23.

*“A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma bússola, o comportamento processual das partes. A parte participa da instrução probatória, com maior vigor, intensidade e interesse, sabendo que o encargo probatório recai sobre determinado fato controvertido no processo. Por isto, a inversão ‘ope judicis’, do ônus da prova deve ocorrer, preferencialmente, no despacho saneador ou na audiência preliminar, momento em que o juiz deve decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas. Desse modo, confere-se maior certeza às partes, referente aos seus ônus probatórios, evitando a insegurança.”*⁹⁹

Diante do exposto, não obstante o entendimento de que o ônus da prova é uma regra de julgamento, e que o juiz só poderia analisar a necessidade da aplicação da teoria da carga dinâmica das provas no momento de julgar, deve-se levar em conta que o melhor momento para invocar a referida teoria é antes da fase instrutória, pois proporciona uma maior segurança jurídica às partes, que deixam de ser surpreendidas pela inversão do ônus de provar quando da leitura da sentença. Além disso, como esclarecido acima por Eduardo Cambi, a distribuição do ônus da prova direciona o comportamento processual das partes; assim, garante-se oportunidades iguais de produzir provas às partes, que estarão cientes dos riscos que sofrerão caso deixem de provar.

⁹⁹ Eduardo Cambi, “Curso de Direito Probatório”, p. 176.

3.3 - Aplicação no Direito Processual Brasileiro

A teoria da carga dinâmica das provas não pode ser considerada como novidade em nosso ordenamento jurídico, pois há muito aplicada na jurisprudência.

Compila-se abaixo um dos primeiros julgados do Superior Tribunal de Justiça em que se refere expressamente à teoria, em julgamento realizado em 19 de junho de 1996:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. 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 e divergência não demonstrada.*
- Recurso especial não conhecido.”*

(Recurso Especial 69.309/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 18.06.1996)

Trata-se de julgamento de Recurso Especial interposto pelos réus, médico e sua clínica, em face de decisão que julgou procedente ação de indenização, decisão esta mantida em fase de apelação pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, condenando-os a pagar indenização por prestação de serviços médicos que resultaram em danos à saúde do autor. Observa-se que o Tribunal “a quo” aplicou a teoria da carga

dinâmica das provas, baseando-se na hipossuficiência técnica do autor, o que foi admitido pelo STJ no referido julgamento:

“Assim, ponderando, sem deixar de fundamentar sua conclusão na prova existente nos autos sobre os requisitos da responsabilidade civil, que analisou, o v. acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer em juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.”

Compila-se abaixo outro exemplo de aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, em que foi reconhecida a condição da seguradora (ré) de capacidade técnica e financeira superior à do autor:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO. INVALIDEZ. DESCOLAMENTO DE RETINA. PROVÁVEL ORIGEM TRAUMÁTICA. CARGA DINÂMICA DA PROVA.

1. Atribuição do ônus probatório à seguradora, expert na apreciação de riscos, redatora do contrato de adesão, possuidora de estrutura técnica e financeira para mais bem evidenciar a correção da tese que sustenta.

2. Sobrelevo das conclusões do juiz da causa, mais próximo dos fatos e provas, a identificar a origem traumática da incapacidade verificada.

3. Razões vertidas no regimental que não logram afastar as conclusões expendidas em sede monocrática.

4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(..) Ante à dinâmica carga das provas, à omissão da seguradora em precaver-se mediante a realização de prévios exames no segurado, o reconhecimento da probabilidade de a incapacidade decorrer do acidente alegado pelo autor, é de se concluir pelo direito ao pagamento

da indenização securitária, nos moldes como preconizado pelo juízo de piso.”

(Agravo Regimental no Recurso Especial 1.331.618/SE, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 02.03.2015 – meus grifos)

Desta forma, pelas breves transcrições acima, conclui-se que não há oposição à aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, em especial diante de situações de hipossuficiência técnica ou financeira de uma das partes, que seria por demais onerada em produzir prova.

Ainda em relação à referida teoria, colaciona-se abaixo o posicionamento atual do STJ em relação ao momento da aplicação da inversão do ônus:

“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 a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

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.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

VIII. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.”

(Recurso Especial 802.832/MG, 2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Nascimento, DJe 21.09.2011 – meus grifos)

Assim, ainda que reconhecido que o ônus da prova é uma regra de julgamento, no referido julgamento reconheceu-se que o ônus também influencia na atuação das partes (regra de procedimento), razão pela qual as partes não podem ser oneradas ou surpreendidas pela inversão do ônus apenas no momento da sentença.

Vale ressaltar que tal posicionamento, apesar de majoritário, não é absoluto, conforme a transcrição abaixo do voto vencido do Ministro Sidnei Beneti no referido julgamento, que critica a decisão anterior ao julgamento da inversão do ônus da prova:

“É irreal imaginar que o magistrado, antes do encerramento da instrução, momento único em que se opera a concentração de todos os elementos, ao encerramento da colheita das provas, possa proferir segura decisão antecipatória da forma pela qual sopesa as provas, para

inversão ou não de seu ônus, condicionando o julgamento do mérito sem que tenha, ainda, chegado o momento processual do julgamento do mérito, o qual, esse momento, sempre tem que ser o momento do último ato que o julgador pratique no processo, ou seja, o da sentença, em que exaure a atividade jurisdicional de sua competência, abrindo ensejo ao recurso, que deve também concentrar tudo o que seja alegável, inclusive a arguição de eventual erronia na realização da inversão, ou não, do ônus da prova.”

Desta forma, torna-se superada a discussão da possibilidade da aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, conforme se demonstrou pelos breves exemplos transcritos.

4 – O ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que promulgou o novo Código de Processo Civil, foram inseridas novidades em relação ao ônus da prova.

Inicialmente, cabe transcrever o artigo 373, que prevê expressamente a possibilidade do juiz em inverter o ônus da prova, excepcionalmente, quando houver a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumpri-lo, ou quando à outra parte recair uma maior facilidade em produzir a prova:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

§ 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º. A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.” (meus grifos)

Assim, o legislador optou por incorporar a tendência dos tribunais e da doutrina em adotar a teoria da carga dinâmica das provas, excepcionalmente, quando o caso prático assim o exigir.

Outra importante novidade é a previsão do artigo 357, que dispõe expressamente sobre o momento da aplicação da distribuição do ônus da prova:

“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º. Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º. As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º. Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º. Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º. Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º. O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º. O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º. Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º. As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.” (meus grifos)

Assim, supera-se a discussão quanto ao melhor momento para aplicação da inversão do ônus, escolhendo-se pelo momento da decisão de saneamento, o que vai em consonância à posição adotada pelas inovações trazidas por Jorge Peyrano. Em razão disto, conclui-se que o legislador optou por evitar a surpresa das partes quando do julgamento, proporcionando uma maior segurança jurídica.

Ainda, quanto ao ônus da prova, o artigo 1.015 prevê que da decisão que julgar pela redistribuição do ônus da prova cabe agravo de instrumento:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.” (meus grifos)

Assim, conclui-se que o novo Código de Processo Civil tenta reduzir as discussões quanto a admissão e aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, poupando os tribunais de discussões já ultrapassadas por decisões reiteradas. Resta aguardar, contudo, os efeitos práticos que a previsão do artigo 357 gerará, diante da grande discussão quanto a possibilidade da fixação do ônus da prova no saneador.

5 – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que a necessidade gerada pelos impasses enfrentados pelas partes nos processos quanto a produção de provas, na prática, é o principal fundamento para a idealização e aplicação da teoria da carga dinâmica das provas, visto que as normas processuais visam (e devem visar) a resolução da lide da melhor e mais justa forma.

Assim, os tribunais pátrios têm acompanhado as inovações trazidas pela referida teoria, tendo em vista que as regras atuais quanto a distribuição do ônus da prova impedem que as partes exerçam o seu direito de prova, além do poder-dever do juiz em buscar a verdade real dos fatos.

E, como resposta à adoção da teoria da carga dinâmica das provas pela jurisprudência e doutrina brasileiras, o legislador decidiu por introduzir tais regras no novo Código de Processo Civil, o que representa uma evolução às regras de distribuição do ônus da prova.

Conclui-se, assim, que apesar de ser uma relativa novidade, a teoria da carga dinâmica das provas tem possibilitado às partes e ao juiz esclarecer de melhor forma as questões colocadas sob apreciação do Judiciário, ao tentar reduzir a onerosidade excessiva da parte hipossuficiente, e distribuindo tal ônus à parte que detém melhores condições técnicas e financeiras para produzir a prova.

BIBLIOGRAFIA

CAMBI, Eduardo, “Curso de Direito Probatório”, 1ª Edição, Curitiba: Juruá, 2014.

CASTRO, Daniel Penteado de, “Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil”, 1ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituições de Direito Processual Civil”, 4ª Edição, Campinas: Bookseller, 2009.

COSTA, Susana Henriques da, “Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas”, Revista de Processo, Volume 133, São Paulo: Revista dos Tribunais, Março de 2006.

COUTO, Camilo José D’Ávila, “Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil: Teoria e Prática”, 1ª Edição, Curitiba: Juruá, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, “Curso de Direito Processual Civil”, volume 2, 5ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel, “Instituições de Direito Processual Civil”, volume III, 5ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena, “Dicionário Jurídico”, Volume 3, 2ª Edição, São Paulo: Saraiva: 2005.

LOPES, João Batista, “A Prova no Direito Processual Civil”, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; “Processo de Conhecimento”, 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia (coord.), “Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier”, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de, “Tratado de Direito Privado”, Parte Geral, Tomo V, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Temas de Direito Processual Sexta Série”, São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci, “Dicionário Jurídico: Penal, Processo Penal e Execução Penal”, 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro, “A prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes”, 1ª edição, São Paulo: Verbatim, 2013.

PEYRANO, Jorge Walter (diretor), WHITE, Inés Lépori (coordenadora), “Carga Probatorias Dinámicas”, 1ª edição, Argentina, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RODRIGUES, Silvio, “Direito Civil”, Volume 2, 30ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral, “Primeiras linhas de direito processual civil”, Volume I, 17ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

_____, “Prova judiciária no cível e no comercial”, Volume 1, 3ª Edição, São Paulo: Max Limonad, 1968.

SILVA, De Plácido e, “Vocabulário Jurídico”, Volume II, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Curso de Direito Processual Civil”, Volume 1, 42ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, “Curso Avançado de Processo Civil”, Volume 1, 9ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, “Considerações sobre a teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”, Revista de Processo, volume 205, p. 115, março de 2012.

ZANETI, Paulo Rogério, “Flexibilização das regras sobre o ônus da prova”, 1ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2011.