

Revista de Processo

2015

REPRO VOL. 246 (AGOSTO 2015)

TEORIA GERAL DO PROCESSO E PROCESSO DE CONHECIMENTO

3. TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS (DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA) - EXEGESE DO ART. 373, §§ 1.º E 2.º DO NCPC

3. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC

Theory of Dynamic Distribution of burdem of proof (art. 373 §§ 1.º e 2.º) in the Brazilian 2015's Civil Procedure Code

EDUARDO CAMBI

Pós-Doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar). eduardocambi@hotmail.com

Sumário:

Introdução

1. Crítica à técnica do art. 333 do CPC/1973
2. Inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica
3. Técnicas de facilitação da produção da prova e desnecessidade de previsão legal
4. Distribuição dinâmica e direito ao silêncio
5. Momento da aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias e a visão solidarista e publicística do processo civil
6. Limites materiais e formais para a distribuição dinâmica das provas
7. Hipóteses exemplificativas de distribuição dinâmica dos ônus probatórios no direito brasileiro
8. Impossibilidade de produção da prova para ambas as partes e inversão do ônus da prova na sentença (exegese do art. 373, § 2.º, do NCPC)

Conclusão

Referências bibliográficas

Área do Direito: Civil

Resumo:

O texto enfrenta a mudança operada no direito probatório a partir da introdução no Código de Processo Civil de 2015 da teoria da distribuição dinâmica das provas, no art. 373, §§ 1.º e 2.º, fazendo comparações entre as regras novas e as presentes no Código de Processo Civil de 1973.

Abstract:

The article faces the changes in the Law of Evidence brought with the Theory of Dynamic Distribution of burden of proof (art. 373, §§ 1.º e 2.º) in the Brazilian 2015's Civil Procedure Code. It makes the comparison of the evidence rules in the 1973's and the 2015's Brazilian Civil Procedure Code.

Palavra Chave: Novo Código de Processo Civil - Prova - Direito probatório - Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Keywords: New Civil Procedure Code - Evidence - Law of evidence - Theory of dynamic distribution of the burden of proof.

Recebido em: 19.03.2015

Aprovado em: 22.06.2015

Introdução

De nada adianta o direito, em tese, ser favorável a alguém se não consegue demonstrar que se encontra em uma situação fática que permite a incidência da regra jurídica (geral e abstrata). *Ex facto oriatur ius*: do fato nasce o direito, sendo indispensável para a aplicação da lei verificar se o fato alegado, pela parte, está comprovado.¹

A prova está voltada a reconstrução dos fatos investigados, buscando-se a maior coincidência possível com a realidade fática, tal como efetivamente ocorrida no tempo e no espaço. Por isso, o escopo da prova é um dos mais difíceis, quando não impossível, que é a reconstrução da verdade.²

Por mais que a reconstrução da verdade da maneira como ela foi praticada seja muitas vezes utópica, pois cada uma das partes pode apresentar narrativas, omitindo e acrescentando informações de seus interesses, para persuadir o julgador,³ caberá ao juiz fazer o trabalho mental de selecionar os argumentos mais coerentes e, com base neles, formar o convencimento racional para então decidir a causa.

De qualquer modo, somente com a admissão, produção e valoração das provas pertinentes e relevantes ao caso em julgamento será possível maximizar a oportunidade de o magistrado alcançar uma proximidade com os fatos tal como aconteceram.⁴

O processo não se destina apenas a pôr fim a uma disputa ou a solucionar um caso concreto. Se fosse assim, pouca importância teria a reconstrução dos fatos e a avaliação das provas.

Para a obtenção de decisões justas, exige-se uma interpretação adequada das regras e dos princípios jurídicos, mas também dos fatos inerentes à decisão da causa, pois nenhuma decisão pode ser considerada correta se for baseada em uma avaliação falsa ou errada dos fatos do caso.⁵

A decisão judicial é a determinação das consequências jurídicas dos fatos ou da situação jurídica.⁶ Os fatos são necessários para decidir o caso. Por isto, são necessárias provas para que o órgão judicial afirme que os fatos estão ou não estão demonstrados.

A propósito, no plano prático do processo, é mais importante para as partes a demonstração dos fatos que a interpretação do direito, porque essa tarefa cabe ao juiz, enquanto que os fatos devem ser trazidos pelos litigantes.

A prova é o ponto central do processo, sendo este todo dependente das provas. Conforme asseverou Jeremy Bentham, “a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas”.⁷

Logo, é de suma importância compreender como se dá a distribuição do ônus da prova e o que se entende por teoria das cargas dinâmicas da prova, especialmente porque ela está contemplada no art. 373, §§ 1.º e 2.º, do novo CPC brasileiro.

1. Crítica à técnica do art. 333 do CPC/1973

A distribuição do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC/1973, é estática, levando em consideração a posição da parte em juízo e a espécie do fato a ser provado.⁸

Tal forma de distribuição do *onus probandi* está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*; CPC/1973, art. 126 e NCPC, art. 140) – do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão.

Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, tendo o autor se desincumbido do seu *onus probandi*, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a dificuldade ou a impossibilidade da parte ou do fato serem demonstrados em juízo.

Essa distribuição, por mostrar-se diabólica, pode inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados, especialmente aqueles de natureza extrapatrimonial (como os direitos fundamentais sociais e à higidez do meio ambiente), os quais não foram adequadamente pensados pelo modelo liberal (individualista e patrimonialista) desenvolvido pelo Código de Processo Civil de 1973. Afinal, como expõe Francesco Carnelutti, o direito substancial pode realizar-se mediante o processo somente se é “vestido pela prova”.⁹

Para romper com essa lógica perversa, o Código de Defesa do Consumidor conferiu poderes ao juiz para que, ao considerar o caso concreto, pode, dentro dos critérios legais (da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor), inverter o ônus da prova.

Com o escopo de se buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (art. 12, § 1.º, 1.ª parte),¹⁰ bem como no Anteprojeto de Processos Coletivos (art. 11, § 1.º),¹¹ o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova.

Portanto, pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc. de demonstrá-lo no caso concreto.¹² Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.¹³

2. Inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica

Pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, a facilitação da prova para a tutela do bem jurídico não exige a prévia apreciação do magistrado (*ope iudicis*) de critérios preestabelecidos de inversão do *onus probandi*, como se dá no art. 6.º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor).

Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (CPC/1973, art. 333), para depois inverter o *onus probandi* (CDC, art. 6.º, VIII), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes (NCPC, art. 373, § 1.º).

Por isso, parece haver confusão entre os §§ 1.º e 2.º do art. 11 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. Sem qualquer razão, o referido Anteprojeto adiciona, no § 2.º deste art. 11, regra similar ao art. 6.º, VIII, do CDC, destoando completamente da proposta prevista no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Não há sentido misturar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, com a da inversão do ônus da prova, pois, em sendo assim, a alteração é desnecessária, uma vez que se modificaria a lei para continuar na mesma situação anterior a ela. Do mesmo modo, não se deveria vincular o ordenamento processual coletivo ao individual, sendo, por isto, também necessário suprimir a primeira parte do art. 11, § 1.º, do Anteprojeto (“Sem prejuízo do disposto no art. 333 do CPC”). Fazer avançar a legislação processual, aqui, é adotar, somente, a técnica da inversão do ônus da prova, tal como sugerido no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

O Código Modelo e, na sua esteira, o novo Código de Processo Civil brasileiro revolucionam o tratamento probatório, porque rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, não vinculando o magistrado aos critérios da posição das partes em juízo e das espécies de fatos controvertidos, preconizada pela técnica contida no art. 333 do CPC/1973.

Cabe a nova legislação reforçar o senso comum e as máximas da experiência, ao reconhecer, à luz do direito material discutido, que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, para evitar que uma das partes se mantenha inerte na relação processual, já que a dificuldade da prova a beneficia.¹⁴

Portanto, a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma dinâmica, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

A regra do ônus da prova está diretamente relacionada com a formação do convencimento judicial. Ao considerar o direito material em litígio, o juiz pode atenuar ou inverter o ônus probatório.¹⁵

Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode ser totalmente descoberto e qual das partes está em reais condições de esclarecê-lo.¹⁶ O convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, pois o juiz apenas pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento pode ser esclarecido, assim como qual das partes pode elucidá-lo.¹⁷

A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial unitário para todas as situações concretas. Logo, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar as dificuldades de convicção próprias aos casos concretos.

Importante diferença entre a técnica contida no art. 6.º, VIII, do CDC e a teoria da distribuição dinâmica da prova, é que aquela, *a priori*, depende da caracterização concreta de relação de consumo. Por exemplo, o STJ considerou que não deve ser aplicada a inversão do ônus da prova, pelo art. 6.º, VIII, do CDC, quando o cliente (empresário) não é consumidor final, porque faz empréstimo bancário, para a formação de capital de giro empresarial.¹⁸

A distribuição dinâmica do ônus da prova tem a vantagem de não precisar ser fundamentada na aplicação extensiva do art. 6.º, VIII, do CDC, inicialmente aplicável apenas às relações de consumo, para se poder tutelar direitos coletivos *lato sensu*¹⁹ ou para proteger de qualquer outro direito fundamental de caráter não patrimonial (CPC, art. 333). A inversão do ônus da prova, como forma de proteção do direito material, pela técnica da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, encontra respaldo imediato na dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5.º, XXXV). Ademais, como já asseverado, está recomendada no art. 12, § 1.º, 1.ª parte, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e, ainda com as apontadas imperfeições, que podem ser alteradas no curso das discussões inerentes ao processo legislativo, foi incorporada no art. 11, § 1.º, do Anteprojeto brasileiro de CPC Coletivo.

Além disso, o Projeto da nova Lei de Ação Civil Pública (PL 5.139/2009), enviado pelo Ministério da Justiça ao Presidente da República, em abril de 2009, trata da distribuição dinâmica do ônus da prova. Conforme se depreende da Exposição de Motivos, o projeto pretende disciplinar o ônus da prova, voltado à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade. No art. 20, IV a VIII, o Projeto prevê que o juiz, não obtida a conciliação ou não sendo possível outro meio de solução de conflito, fundamentadamente:

“TV – distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V – poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI – poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII – poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”.

Todavia, o projeto foi rejeitado, no mérito, na Comissão de Constituição e Justiça, em 17.03.2010, tendo o relator Deputado José Carlos Aleluia (DEM/BA) argumentado “a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim”.

Os argumentos, com o devido respeito, vão na contramão das tendências processuais modernas, impedindo que o mérito do projeto fosse analisado pelos demais membros do parlamento. Foi apresentado recurso contra a decisão, mas, infelizmente, não há notícia sobre a sua apreciação. Entretanto, o mesmo projeto foi reapresentado pelo Deputado Antonio Roberto (PV/MG), em 28.09.2012, tornando-se o Projeto 4.484/2012, mas sua tramitação segue a passos lentos na Câmara dos Deputados.

Felizmente, e em boa hora, o novo Código de Processo Civil contemplou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, §§ 1.º e 2.º.

3. Técnicas de facilitação da produção da prova e desnecessidade de previsão legal

Como o ônus da prova deve estar de acordo com as especificidades do direito material, a fim de se dar a máxima efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (CF, art. 5.º, XXXV), não há razão para se supor que as técnicas de facilitação da produção da prova, incluindo a da inversão do *onus probandi*, devam se dar somente quando haja previsão legal.

Lembre-se que, no ordenamento processual alemão, não há regra semelhante a do art. 333 do CPC/1973 ou a do art. 373 do novo CPC e, mais, a suposição de que a inversão do ônus da prova deva sempre estar prevista em lei remonta o postulado liberal de que os poderes do juiz, quando não previstos na legislação, ensejariam decisões arbitrárias.²⁰

Portanto, a dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada vincula o juiz que pode, diante das circunstâncias presentes no caso concreto, não ignorando o ônus diabólico criado a uma das partes, mesmo sem previsão legal, distribuir, mediante critérios racionais e sempre justificados, as cargas dinâmicas das provas entre os litigantes.

No entanto, no dia 13.03.2008, o Deputado Federal Manoel Junior (PSB-PB) apresentou o PL 3.015, o qual visa introduzir um novo parágrafo ao art. 333 do CPC/1973, com a seguinte redação: “É facultativo ao juiz, diante

da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto". Ao justificar o Projeto de Lei, o Parlamentar argumenta: "A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras da prova consagra a referida teoria, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes".

Como salientado, seria dispensável a regulamentação legislativa e até mesmo desnecessário o art. 373, § 1.º, do novo CPC, porque bastaria bem compreender o art. 5.º, XXXV, da CF para permitir que o juiz aplicasse a teoria da carga dinâmica da prova. Todavia, foi importante, para fins de assegurar na legislação técnicas processuais mais avançadas, a expressão menção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 371, § 1.º, do novo CPC. O legislador brasileiro, destarte, seguiu, ainda que em âmbito não específico para a tutela coletiva, as sugestões contidas no Código Modelo de Processo Civil Coletivo (art. 12, § 1.º) e o que contemplava o Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo (art. 11, §§ 1.º e 2.º).

Ademais, o novo Código de Processo Civil rejeitou, acertadamente, a proposta contida no PL 3.015/2008, porque não é a complexidade do caso concreto que deve determinar a distribuição do ônus da prova. É a tutela do direito material, pela dificuldade de uma das partes produzir a prova, em detrimento da outra, que pode produzi-la com maior facilidade, e não a complexidade do caso, que é fator judicial de distribuição do ônus da prova. Não fosse assim, e caso a prova fosse difícil para ambas as partes, o juiz nada poderia fazer senão deixar as coisas como estão, aplicando a regra tradicional do art. 333 do CPC/1973 ou o art. 373, *caput*, do NCPC, pois não teria como invocar a teoria da distribuição dinâmica das cargas da prova, sem poder promover a isonomia material entre as partes no processo e não dando efetividade ao direito material que requer tutela diferenciada.

Além disso, ao contrário do que previa o texto do PL 3.015/2008, o novo Código de Processo Civil não afirmou que a inversão do ônus da prova poderia ser uma faculdade do juiz. Afinal, presente a desigualdade entre as partes e verificado que o requerido tem melhores condições de produzi-la, para não deixar perecer o direito material controvertido, o magistrado tem o dever de distribuir de modo dinâmico o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva prevista no art. 5.º, XXXV, da CF.

Felizmente, o novo Código de Processo Civil contemplou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, § 1.º, nos seguintes termos:

"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. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

O novo Código de Processo Civil foi além para, no art. 373, § 2.º, vedar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das provas quando a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil. Com isso, evitou que a referida teoria seja utilizada como forma de prejudgamento e, ao invés de promover a isonomia processual, cause um *ônus diabólico* para a parte contrária.

4. Distribuição dinâmica e direito ao silêncio

Há de ser enfrentada a utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em face do direito ao silêncio do requerido que, por força da exegese do art. 5.º, LXIII, da CF,²¹ não pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo (privilégio contra a autoincriminação: *nemo tenetur se detegere*).

A questão merece temperamentos no direito processual civil seja sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973 seja diante do novo Código de Processo Civil. Os arts. 14, I, do CPC/1973 e 77, I, do NCPC, ao traçar o dever das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo de expor os fatos em juízo conforme a verdade, não obriga a produção da prova em favor da parte contrária. Contudo, o princípio da colaboração, no processo civil, contido no art. 339 do CPC/1973 e 378 do NCPC ("Ninguém se exime do dever de

colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”), não encontra obstáculo intransponível no direito constitucional ao silêncio. A colaboração processual se justifica quando, a exemplo dos arts. 363, III, do CPC/1973 e 404, III, do NCPC, a produção da prova não redunde em desonra à parte ou a terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou não lhes representar perigo de ação penal.

Ademais, ainda que se afirme, em nome da liberdade, que a parte contrária não possa ser coagida a colaborar com o Poder Judiciário na descoberta da verdade, é possível desenvolver técnicas de distribuição dinâmica ou mesmo de inversão do ônus da prova. Tais técnicas visam facilitar a proteção do direito material da parte que, tendo apresentado alegações verossimilhantes, de acordo com as máximas da comum experiência (CPC/1973, art. 335; NCPC, art. 375),²² tenham maior dificuldade na produção da prova do que a parte contrária.

Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, pois isso geraria um ônus probatório diabólico, ou seja, a extrema dificuldade de provar impediria a realização dos direitos materiais. Como o processo é mero instrumento para a realização dos direitos materiais, haverá negação ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (CF, art. 5.º, XXXV) se, pela não formulação de técnicas processuais, não existirem mecanismos de facilitação da prova.

As técnicas de inversão do ônus da prova, como acima asseverado, não se limitam ao art. 6.º, VIII, do CDC. O desequilíbrio entre as partes não é uma exclusividade do direito do consumidor. As desigualdades, tampouco, precisam ser econômicas ou financeiras. Para fins de inversão do *onus probandi*, dentro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, basta que uma das partes tenha melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário.

Os dados estatísticos podem ser importante critério objetivo para a implementação de técnicas de inversão do ônus probatório. Por exemplo, mulher que afirma estar sendo discriminada no ambiente de trabalho, porque ganha menos que o colega-homem, no desempenho da mesma atividade laboral, argumenta que dados estatísticos, apurados por reconhecida entidade científica, ilustram, hipoteticamente, que as mulheres ganham 20% (vinte por cento) menos que os homens no exercício da mesma função. Tais dados estatísticos não servem como prova da existência da afirmação alegada, porque são insuficientes para evidenciar o nexo de causalidade específico. Contudo, poderiam ser levados em consideração, pelo juiz, para inverter o ônus da prova, servindo como presunção judicial relativa da existência da discriminação, até que o empregador se desincumba do ônus da prova contrária (contraprova). Trata-se, por isso, de técnica capaz de promover o combate a discriminações contra a mulher no mercado de trabalho (CF, arts. 3.º, IV, e 7.º, XX e XXX).

Porém, ninguém é obrigado a provar os fatos contrários. O adversário não poderá ser coagido a isto. Poderá optar em nada provar. Todavia, a distribuição dinâmica das cargas probatórias ou a inversão do ônus da prova significa que quem deveria comprovar o fato e não o fez deve sucumbir.²³

5. Momento da aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias e a visão solidarista e publicística do processo civil

O importante é que tal distribuição judicial do ônus da prova ou a sua inversão sejam anterior à sentença. A organização das atividades probatórias deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (CPC/1973, art. 331) ou da decisão saneadora, pelo novo Código de Processo Civil (art. 357, III). O mecanismo de inversão do ônus da prova não deve servir para o prejulgamento da causa. A garantia constitucional do contraditório deve ser, plenamente, observada, evitando decisões surpresas.²⁴ A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e as técnicas de inversão do ônus da prova devem estar assentadas nos valores da solidariedade e da boa-fé processuais.

Por isso, corretamente o art. 373, § 1.º, do NCPC asseverou que a decisão que aplica a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser fundamentada e “dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Logo, é indispensável estimular o diálogo processual, trazendo elementos seguros para a proteção dos direitos, especialmente os de caráter extrapatrimonial. Quando a distribuição dinâmica ou a inversão do ônus da prova não se realizam apenas na sentença, dá-se amplas oportunidades para que a parte que tem o ônus distribuído ou invertido conheça o objeto da prova, delimitado judicialmente, e comporte-se de acordo com ele ou possa impugná-lo (afirmando, v.g., que, para fins probatórios, a dificuldade para ele apresentada é igual ou semelhante a de quem alega o fato ou, ainda, que o adversário está em melhores condições de provar). O momento da inversão do ônus da prova (anterior à sentença) constitui fator de maior segurança para as partes, porque dissemina, nos litigantes, maior consciência dos riscos que correm, caso não venham a desincumbi-lo, bem como dá maior grau de legitimação às decisões judiciais.

Não há risco de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder a distribuição dinâmica, deve sempre ser, rigorosamente, motivada (CF, art. 93, IX; NCPC, art. 373, § 1.º). Como a facilitação da atividade probatória deve ocorrer na decisão saneadora (NCPC, art. 357, III), nenhuma das partes será surpreendida, porque, sendo bem conhecidos os ônus de cada parte, permite-se clareza nas suas atuações subsequentes.²⁵ A parte que se sentir prejudicada, com a redistribuição do ônus da prova, pode interpor agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, XI). Com isso, não se prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais incluem o direito à produção da prova contrária.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova está assentada em três argumentos fundamentais:

- “i) Pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo civil;
- ii) Busca promover a igualdade, em sentido material, das partes;
- iii) Fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil”.

A facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a isonomia entre as partes (CPC/1973, art. 125, I; NCPC, art. 139, I), bem como ressalta o princípio da solidariedade, presente, no sistema processual, no dever dos litigantes contribuírem com a descoberta da verdade (CPC/73, arts. 14, I, e 339; NCPC, arts. 77, I, e 378), na própria exigência da litigância de boa-fé (v.g., CPC, arts. 17, 129 e 273, II; NCPC, arts. 77, 142 e 311, I) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da Justiça (CPC/1973, arts. 125, III, e 600; NCPC, arts. 139, III).

A propósito, o STJ de Portugal já decidiu: “condena-se como litigante de má-fé o investigado que negou as relações com a mãe da investigada, que vieram a provar-se”.²⁶ De maneira semelhante, o TJRS considerou litigante de má-fé o investigado que se nega a realização do exame pericial, sabendo da importância deste exame para a elucidação da paternidade e, posteriormente, invoca a deficiência probatória em seu favor, agindo de forma desleal, pois ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, e contraria o art. 339 do CPC/1973 ou o art. 378 do NCPC.²⁷

A preocupação com a colaboração e com o diálogo processuais deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada, pelo magistrado, somente na fase decisória (CPC/1973, arts. 130 e 263; NCPC, 367 e 312).

Quer com isso evitar decisões surpresas, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a organização da atividade probatória (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na audiência preliminar (CPC/1973, arts. 331 e Cód. Mod., art. 11) ou, nos termos do novo Código de Processo Civil, em decisão ordinatória (“saneadora”), anterior à fase instrutória (NCPC, art. 357, III).

Saliente-se que seria um grande equívoco introduzir a distribuição dinâmica da carga probatória, com base no princípio da solidariedade, mas, tal como faz grande parte da doutrina brasileira em relação a inversão do ônus da prova do art. 6.º, VIII, do CDC, percebê-lo como um critério de julgamento, a ser considerado pelo juiz somente no momento de sentenciar. Neste caso, a distribuição deixaria de ser solidária na medida em que daria ensejo às decisões surpresas: a facilidade na produção da prova deve ser reconhecida antes da decisão

para que a parte onerada tenha amplas condições de provar os fatos controvertidos, evitando que, a pretexto de tutelar o bem jurídico individual ou coletivo, retirem-se todas as oportunidades de defesa.

A distribuição dinâmica da carga probatória não deve ser arbitrária nem servir para prejudicar a causa, repassando a dificuldade do demandante para o demandado, quando este não está em melhores condições de provar. A liberdade do magistrado deve ser atrelada sempre à responsabilidade. Desse modo, a decisão, que distribui a carga da prova, deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz, tornando-o um intérprete ativo e criativo, um *problem solver* e um *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker*.²⁸

A carga (ou o ônus) da prova, assim distribuída, por consolidar uma visão amplamente solidarista do *onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos.

Consequentemente, evita-se que, por ser muito difícil para o demandante demonstrar a licitude ou a não lesividade do comportamento do demandado (maior dificuldade na produção da prova), mantenha-se a situação como está (*status quo*), em prejuízo da proteção dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou de outros direitos cuja prova para a parte contrária é de mais fácil demonstração, sem que retirar do suposto causador da ilicitude ou dos danos as amplas oportunidades de provar o contrário.

6. Limites materiais e formais para a distribuição dinâmica das provas

Há, contudo, limites materiais e formais para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova:²⁹

“i) Limites materiais:

a) O litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em posição privilegiada, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade (art. 373, § 1.º, do NCPC). Exemplo típico é o do médico ou do hospital em poder de quem se encontra o prontuário;

b) O ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado. O importante é que com a dinamização do ônus da prova não se consagre uma *probatio diabólica* reversa (art. 373, § 2.º, do NCPC).

ii) *Limites formais*:

Como ressaltado no item anterior, a decisão que aplica o art. 373, § 1.º, deve ser fundamentada, sob pena de ser nula (art. 93, IX, da CF), e não pode se dar na sentença, para não retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chances às partes a produção da prova contrária. Com efeito, se o magistrado pretender dinamizar o ônus, deverá, previamente, intimar as partes a respeito, fundamentando a decisão, para que não se promova a retroatividade oculta, com prejuízo do princípio da segurança jurídica”.

Portanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é legítima, perante o direito brasileiro, quando a distribuição estática, contida no art. 333 do CPC/1973 ou no art. 373, *caput*, do NCPC, redundar em *probatio diabólica*, revelando-se uma vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário, tornando inútil à ação judiciária na tutela dos direitos materiais.³⁰

7. Hipóteses exemplificativas de distribuição dinâmica dos ônus probatórios no direito brasileiro

A distribuição dinâmica do ônus da prova, no direito brasileiro, tem sido acolhida pela jurisprudência e pela doutrina,³¹ mais especificamente em matéria de responsabilidade civil do médico e com relação aos contratos bancários (embora estas hipóteses não sejam taxativas), apesar da inexistência de regra expressa.

Neste sentido, vale mencionar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“i) Responsabilidade civil ambiental:

No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. (...) Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, ‘Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução’ (...), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar ‘que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva’.³²

ii) Responsabilidade civil por erro médico:

‘Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resulto a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido’.³³

‘Responsabilidade civil. Médico. Exostecnica. Sucessivas intervenções cirúrgicas. Terceira cirurgia de ressecção total do quinto metacarpo e ressecção da base da falange proximal. Procedimento desnecessário. Culpa configurada. Age com imprudência o facultativo que, ante o insucesso de duas cirurgias realizadas no mesmo paciente, para a extirpação do calo ósseo (exostecnia) realiza a terceira intervenção, procedendo a ressecção total da cabeça do quinto metacarpo e da base da falange proximal, que acarretam piora no problema do paciente. Sequela de grau mínimo e médio para a função deambulatoria do pé esquerdo. Se da conduta inadequada resulta redução de grau mínimo e médio para a função deambulatoria, o médico responde pelos danos correspondentes. Prova pericial. Livre apreciação. Limites. Questão de natureza técnica. O princípio da livre apreciação da prova, por força do qual o juiz não está adstrito ao laudo não é absoluto. A rejeição do laudo pressupõe a existência de elementos hábeis para solucionar questão de natureza técnica, que depende de conhecimento especial e não pode ser suprida pela experiência pessoal do julgador ou de testemunhas. Princípio da Carga Dinâmica da Prova. Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento. Avaliação da culpa. Novo critério tem em conta variações subjetivas do *Standard* proposto como modelo geral. Na doutrina tradicional indivíduo que, na situação concreta, ou no cumprimento de seus deveres, podia dispor de informações ou potencialidades físico-psíquicas notavelmente superiores as do homem médio. Consoante novo critério de avaliação da culpa, que tem em conta variações subjetivas do *Standard* proposto como modelo geral, na doutrina tradicional. Quando entra em jogo a responsabilidade de sujeitos que disponham de potencialidades físicas e intelectuais, notavelmente superiores as do homem médio, estas devem conduzir a maior severidade na apreciação da conduta do agente. Sentença mantida’.³⁴

Há de acrescentar que, nestes casos, o paciente, vítima de erros médicos, está anestesiado, no curso dos acontecimentos que se tornam litigiosos, e que os protocolos médicos não são de livre acesso ao paciente.

“iii) Contratos bancários:

‘Negócio jurídico bancário. Ação de revisão de contrato. Juntada dos contratos celebrados entre as partes. Ônus

da prova. *Distribuição dinâmica da carga probatória*. Deixando, o autor, de trazer aos autos o contrato objeto da ação revisional, e postulando seja determinado à instituição financeira o forneça, pode, o decisor, assim ordenar, distribuindo o ônus da prova de modo a viabilizar o exame do pedido. Aplicabilidade, *in casu*, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus da prova aquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isto mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova'.³⁵

iv) Promoção de bingo: Quem promove bingo, em programa televisionado, tem o ônus de demonstrar que quem se diz vencedora não teve o seus números sorteados. No REsp. 316.316-PR, o STJ, não obstante tenha aplicado o Código de Defesa do Consumidor, para Clube de Futebol que promovia o bingo, determinou a aplicação da distribuição dinâmica da prova, anulando o processo a partir da sentença de primeiro grau para possibilitar ao Clube Atlético Paranaense a juntada de cópia do videotape que disse ter utilizado para confirmar que Ana Maria Spina não estava entre as pessoas sorteadas. O Min. Ruy Rosado de Aguiar esclareceu que "a teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa". Por isso, "cabe ao organizador do sorteio provar que a cartela apresentada pela adquirente não foi sorteada no programa televisionado", finalizou o Ministro.³⁶

8. Impossibilidade de produção da prova para ambas as partes e inversão do ônus da prova na sentença (exegese do art. 373, § 2.º, do NCPC)

O art. 373, § 2.º, do NCPC impede a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova quando a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias decorrem do imperativo de bom senso. Por isso, tais técnicas processuais somente devem se aplicadas, na fase ordinatória do processo de conhecimento (isto é, na decisão saneadora), quando o demandado tem a possibilidade de comprovar a não existência do fato constitutivo.

A impossibilidade de produção da prova para ambas as partes não implica, pois, a possibilidade de inversão do ônus da prova ou a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias. Diante da impossibilidade da produção da prova, o juiz não consegue sequer formar uma convicção com base em verossimilhança, muito menos assentado na probabilidade preponderante ou, ainda mais, na certeza jurídica.

Porém, a inesclarecibilidade da situação de direito material, em tais hipóteses, não deve ser sempre suportada pelo demandante, como ocorre tradicionalmente nos "casos comuns".³⁷

Pense-se no exemplo dado por Gerhard Walter,³⁸ da vítima que foi nadar em clube recreativo que deixou de informar, seguindo as regras legais, a profundidade das piscinas aptas àqueles que ainda estavam aprendendo a nadar.³⁹ Ocorrida uma morte em piscina de grande profundidade, sem que essa estivesse definida como imprópria aos nadadores iniciantes, os familiares do falecido ingressaram com ação ressarcitória. Os demandantes afirmaram que a vítima morreu afogada, enquanto que o demandado disse que a morte teria sido ocasionada por um colapso. Não havia como demonstrar uma coisa nem outra e, assim, existia uma situação de "inesclarecibilidade". Diante da impossibilidade de produção de prova, sequer indiciária, o juiz não teve condições de chegar nem mesmo a uma convicção de verossimilhança. Frise-se que, nesse caso, além de ter sido impossível a inversão do ônus da prova na audiência preliminar, o juiz não encontrou uma convicção sequer verossimilhante. Tradicionalmente, fosse tratar tal caso como sendo "comum", deveria ser aplicada a regra do art. 333 do CPC-1973 ou do art. 373, *caput*, do NCPC, julgando-se improcedente a demanda, por ausência de prova do fato constitutivo.

Mas seria justo que a sentença concluísse que os demandantes deveriam pagar pela não produção de prova?⁴⁰ Ou a dúvida deveria ser arcada pelo réu? Partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por consequência lógica, assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, quando há uma situação

de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao demandado, a sentença deve inverter o ônus da prova. Nessa hipótese, como não há convicção de verossimilhança, a dúvida tem de ser paga por uma das partes. Mas não há racionalidade em imputá-la ao autor, quando o risco da inesclarecibilidade do fato constitutivo é assumido pelo réu.

Em síntese,⁴¹ o juiz deve procurar uma convicção de verdade juridicamente objetivável e, por isso, quando está em dúvida – isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo –, em regra deve julgar com base na regra do art. 333 do CPC/1973 ou do art. 373, *caput*, do NCPC. Porém, algumas situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova ou a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, na decisão saneadora. Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório ou distribuir dinamicamente o *onus probandi*, na fase ordinatória, e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumira o risco por sua atividade, situação que permite a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica da carga probatória na própria sentença.

Conclusão

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, embora não seja uma novidade no direito brasileiro, ganhará mais atenção, a partir da aplicação do novo Código de Processo Civil, que a contempla, de forma expressa, no art. 373, §§ 1.º e 2.º.

A atividade legislativa deverá ser completada pela boa aplicação do novo Código de Processo Civil. É preciso, pois, prudência na efetivação do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC, para que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se torne uma técnica processual capaz de promover a isonomia entre as partes e, assim, efetivar decisões justas, isto é, que assegurem a tutela judicial do direito material violado.

Assim, é possível cumprir o que dizia São Paulo: *“Bona est lex, si quis ea legitime utatur”*, cuja máxima foi traduzida por Rui Barbosa: *“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)”*.⁴²

A inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil é digna de elogios, mas a teoria da distribuição dinâmica das provas deve ser bem aplicada para que a justiça se efetive nos casos concretos. Ora, não bastam boas leis, se mau aplicadas, isto é, a atividade do legislador, para produzir decisões justas, deve ser completada pela correta atuação processual das partes, de seus procuradores e dos órgãos judiciais.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. vol. II.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

- _____. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Milão: Giuffrè, 1992.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, vol. 280, fev. 2001.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III.
- GIOSTRI, Hildegard Taggessell. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- HEÑIN, Fernando Adrián. Las pruebas difíciles. *RePro*, vol. 166, dez. 2008.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar a o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: NERY JR., Nelson; LUX, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: [www.abdpc.org.br].
- MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. In: GIACÓIA, Gilberto (coord.) et alli. *Biodireito e dignidade da pessoa humana. Diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. 2. tir. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SOARES, Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002.
- _____. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta, 2005.
- _____. Considerazioni su prova e motivazione. *RePro*, vol. 151, set. 2007.
- _____. Narrazioni processuali. *RePro*, vol. 155, jan. 2008.
- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. Cidade do México: Fontamara, 2008.

Pesquisas do Editorial

- ÔNUS ESTÁTICO, ÔNUS DINÂMICO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Marcelo Pacheco Machado - RePro

208/2012/295

- A DINAMIZAÇÃO DA REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE BUSCA DA VERDADE E DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA, de Denise Maria Rodríguez Moraes - RePro 226/2013/61
- A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:, de Vivian von Hertwig Fernandes de Oliveira - RePro 231/2014/13
- DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Francisco de Barros e Silva Neto - RePro 239/2015/407

FOOTNOTES

¹

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III, p. 598.

²

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 13. ed. 2. tir. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 341.

³

“(…) la finalidad de estas stories es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su story como fundamento de la decisión” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Trotta, 2005. p. 50).

⁴

“Una concezione razionale viene invece adottata quando si applica il principio – già indicato da Bentham – per cui tutte le prove rilevanti dovrebbero essere ammesse, poiché l’impiego di tutte le prove rilevanti massimizza la possibilità che venga raggiunta una ricostruzione veritiera dei fatti” (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *RePro* 151/2, Ed RT, set. 2007).

⁵

“(…) la ragione fondamentale di ciò è che nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su un accertamento falso o errato dei fatti della causa” (TARUFFO, Michele. *Idem*, p. 3).

⁶

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverria. Cidade do México: Fontamara, 2008. p. 231.

⁷

Tratado de las pruebas judiciales. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971. vol. I, p. 10.

⁸

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário*. 2. ed. p. 352-353; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. vol. 2, p. 95.

⁹

10

“O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específica sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

11

“Sem prejuízo do disposto no art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração” (GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. p. 455).

12

De igual modo, Jeremy Bentham acreditava que a “carga de la prueba deve ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos” (*Tratado de las pruebas judiciales*, vol. II, p. 150).

13

HEÑIN, Fernando Adrián. Las pruebas difíciles. *RePro* 166/78, dez. 2008, nota 21.

14

TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2002. p. 121-155.

15

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: [www.abdpc.org.br]. Acesso em: 20.12.2014.

16

Idem, ibidem.

17

Idem, ibidem.

18

STJ, REsp 716.386, 4.ª T., j. 20.08.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

19

No sentido da interpretação extensiva do art. 6.º, VIII, do CDC, conferir: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 339-343. Esclareça-se que o art. 6.º, VIII, do CDC prevê importante técnica de inversão do ônus da prova, a qual poderia, em tese, ser estendida, por força da interpretação sistemática dos arts. 90 do CDC e 21 da Lei 7.347/1985, à proteção dos direitos coletivos *lato sensu*. Neste sentido, também nos posicionamos (*A prova civil. Admissibilidade e relevância*, p. 422-4). No entanto, pela eficácia irradiante do art. 5.º, XXXV, da CF, isto é, pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as técnicas processuais devem promover o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Assim, ainda que o art. 6.º, VII, do CDC represente importante inovação, as técnicas de facilitação da prova, para a proteção dos direitos materiais, independe de previsão legal específica, não se precisando estender, demasiadamente, os conceitos inseridos no Código de Defesa do Consumidor para atender outras realidades que lá não foram previstas.

20

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Cit.

21

22

As máximas da experiência comuns decorrem de generalizações, do emprego do senso comum e daquilo que ocorre normalmente. Contudo, não devem ser invocadas quando contradizerem o conhecimento científico, contrariarem a prova específica constante dos autos, forem contraditórias com outras máximas da experiência, quando não tenham relação direta com os fatos envolvidos na resolução do caso concreto ou, de modo geral, não estejam ancoradas nos melhores conhecimentos disponíveis na cultura social. Cf. TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. p. 121-156. Logo, devem ser evitadas as generalizações infundadas, produto de preconceitos ou estereótipos, baseados na raça, gênero, origem, tendência sexual etc., que não correspondam à realidade concreta. Por exemplo, “mulher honesta”, “marido infiel”, “policial corrupto”, “terrorista islâmico”, “contrabandista sulamericano”, “ladrão negro” etc. Cf. TARUFFO, Michele. *Narrazioni processuali*. p. 103.

23

À guisa de ilustração: “Danos morais. Situação vexatória em estabelecimento comercial. Confissão ficta. Inversão do ônus da prova. Se presumidos verdadeiros os fatos alegados pela autora, ela está desonerada de produzir prova no mesmo sentido, por óbvio, cabendo a quem os impugna elidir a presunção acarretada pela confissão” (STJ, REsp 520.475/MG, 4.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJU* 28.10.2003, p. 293).

24

O momento da inversão do ônus da prova é, ainda, um tema controvertido no STJ. Contudo, mais recentemente, o STJ uniformizou sua jurisprudência para asseverar que a inversão do ônus da prova deve se dar, preferencialmente, em momento anterior ao do início da instrução probatória, com o intuito de evitar decisões surpresas, conforme já sustentávamos, desde 1999, quando defendemos dissertação de mestrado (*O direito constitucional à prova no processo civil*. Cit.): “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. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *ope iudicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de CPC. A inversão *ope iudicis* 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” (REsp 802.832/MG, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 21.09.2011).

25

“Desde la apertura de la causa, estando presentes ambas partes, serán interrogados acerca de la naturaleza de las pruebas de que intentan valerse. Esto constituye un preliminar indispensable a todo buen procedimiento. Bien conocida desde el principio la condición de las pruebas, se produce la claridad de las actuaciones subsiguientes” (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. vol. II, p. 144).

26

SOARES, Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 169.

27

“Apelação cível. Investigação de paternidade cumulada com alimentos. O recente Enunciado Súmular 301 do STJ dita que em ação investigatória a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. O modo como o apelante se portou em relação à tramitação do feito depois de contestar a demanda constitui um acinte ao órgão jurisdicional, sobretudo afrontando o que dispõe art. 339 do CPC, além de evidenciar o pouco caso que dedicou ao processo e à questão de superior relevância que é o acertamento da relação de parentalidade, estando em jogos os interesses de uma criança. Não obstante a postura pessoal do demandado, que atua como forte indício da paternidade, a prova testemunhal, e a admissão pelo apelante de ter mantido relação sexual com a genitora do autor, confortam as alegações da inicial. Alimentos. Em demanda alimentar é do demandado, e não da parte autora, o dever de comprovar a sua condição financeira, nos termos da Conclusão 37 do Centro de Estudos do TJRS. Litigância de má-fé. A conduta do investigado que se nega a realizar exame pericial, sabendo da relevância desse meio de prova para o descobrimento da verdade, e que, ao depois, vem invocar em seu favor a deficiência probatória, está a caracterizar deslealdade processual tipificadora de má-fé, pois a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza” (TJRS, ApCiv 70.009.824.251, 7.ª Câmara, j. 22.12.2004, rel. Luiz Felipe Brasil Santos); “Apelação cível. Investigação de paternidade. Recusa em fornecer material genético para perícia. Inteligência do art. 232 do atual CC. Por três vezes no juízo de origem, e uma vez mais em diligência determinada por esta Corte, foi designada data para realização de perícia genética, sendo que o demandado deixou de comparecer à coleta do material em todas as datas aprazadas, sem qualquer justificativa razoável. A recusa ao exame pericial, aliado ao fato de ter o recorrente admitido que manteve relações sexuais com a genitora do autor, dá ensejo ao julgamento de procedência da demanda, com base no art. 232 do CC. Litigância de má-fé. A conduta do investigado que se nega a realizar exame pericial, sabendo da relevância desse meio de prova para o descobrimento da verdade, e que, ao depois, vem invocar em seu favor a deficiência probatória, está a caracterizar deslealdade processual tipificadora de má-fé, pois a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza” (TJRS, ApCiv 70.007.335.300, 7.ª Câmara, j. 03.03.2004, rel. Luiz Felipe Brasil Santos).

“Come sul piano dell’interpretazione e applicazione del diritto il giudice assume un ruolo sempre più creativo dei problem-solver e di policy-maker, e sempre più spesso di law-maker, così sul piano extragiuridico egli non può che definirsi come interprete attivo della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo. Naturalmente ciò non significa recepire nozioni precostituite, ma analizzare problemi, compiere scelte, acquisire e metabolizzare conoscenze spesso incerte e complesse, verificar criticamente il fondamento e la validità epistemica delle nozioni e dei criteri di giudizio forniti dall’esperienza e del senso comune. Per essere un buon interprete il giudice deve dunque essere consapevole della frammentazione e della variabilità delle coordinate conoscitive e valutative che ormai sono i tratti dominanti della società attuale. La sua dote essenziale non deve essere una passiva ortodossia culturale, o la supina accettazione di ciò che viene ‘dal di fuori’ del mono concluso del diritto, ma l’assunzione di responsabilità per le proprie scelte nella consapevolezza che nulla è dato più a priori, e che anche la conoscenza del mondo è il risultato di un processo di apprendimento e di interpretazione incerto, faticoso, complicato e mai veramente esaurito” (TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. p. 154).

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar a o acesso à Justiça e superar a *probatio diabólica*. In: NERY JR., Nelson; LUX, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 947-8.

Idem, p. 950.

Na doutrina pátria, conferir, entre outros: DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica* 280/5-20, fev. 2001; As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*, p. 942-961; GIOSTRI, Hildegard Taggessell. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 188-196; KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 137-157; CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. p. 340-5.

“Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Responsabilidade civil ambiental. Contaminação com mercúrio. Art. 333 do CPC. Ônus dinâmico da prova. Campo de aplicação dos arts. 6.º, VIII, e 117 do CDC. Princípio da precaução. Possibilidade de inversão do *onus probandi* no direito ambiental. Princípio *in dubio pro natura*. 1. Em ação civil pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o juízo de primeiro grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do CPC. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (*a probatio diabólica*, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, especifica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movido em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No direito ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 *c/c* o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução’ (REsp 972.902/RS, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 14.09.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar ‘que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva’ (REsp 1.060.753/SP, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da ação civil pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1.049.822/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 18.05.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em recurso especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. ‘Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade’ (REsp 888.385/RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJ* 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp. 927.727/MG) (REsp 883.656/RS, 2.ª T., j. 09.03.2010, rel. Min. Herman

Benjamin, *DJe* 28.02.2012).

33

STJ, REsp. 69.309/SC, 4.ª T., j. 18.06.1996, rel. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 26.06.1996, p. 29.6888.

34

TJRS, ApCiv 599.306.537, 9.ª Câmara. Civ., j. 09.08.2000, rel. Mara Larsen Chechi.

35

TJRS, AgIn 70.011.691.219, 7.ª Câmara. Civ., j. 20.05.2005, rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol.

36

“Sorteio. Telebingo. Prova. Código de Defesa do Consumidor. – A adquirente da cartela que afirma ter sido sorteada deve instruir o seu pedido com esse documento, cabendo ao organizador da promoção demonstrar que foram outros os números sorteados. – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor para atribuir ao organizador o ônus de provar os fatos do sorteio. – Julgamento antecipado que se anula. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp. 316.316/PR, 4.ª T., j. 18.09.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 12.11.2001, p. 156).

37

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Cit.

38

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985. p. 277-278.

39

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. [www.abdpc.org.br].

40

Idem, *ibidem*.

41

Idem, *ibidem*.

42

Oração aos moços. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 36.