

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

**DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO

**DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro
de Oliveira**

Porto Alegre
2006

Ao meu pai, com *amor e saudade*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao estimado Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela dedicação com que me orientou na realização desta pesquisa. Ao Prof. Danilo Knijnik e ao Prof. e colega Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pelas pertinentes sugestões e críticas. À colega Natália de Campos Aranovich, pelas proveitosas discussões acadêmicas. Ao Eduardo e ao pequeno Gabriel, pelo amor, incentivo e infindável paciência. À minha família, pela mesma razão. À equipe de Pesquisa da PIDAP/PGE-RS, pelo imprescindível e competente auxílio nas pesquisas. Aos servidores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, pela paciência. Aos colegas da PGE-RS, pela compreensão e estímulo.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo principal analisar o cabimento, no direito processual brasileiro, de uma distribuição dinâmica das regras do ônus da prova. Na primeira parte, são analisados o conceito, o objeto e a finalidade da prova, com apontamento da distinção entre fontes e meios. Após, são estudados o conceito de ônus da prova e sua distinção da obrigação, dando ênfase aos seus aspectos objetivo e subjetivo e às principais teorias, antigas e modernas, que tratam dos critérios para a distribuição do ônus da prova. Estudou-se, em seguida, os principais fenômenos relacionados ao ônus da prova, quais sejam a distribuição, cuja regra geral está no art. 333 do CPC, e a redistribuição como gênero, tendo com espécies a redistribuição *strictu sensu*, cabível em casos de *probatio diabolica* e em excepcionais casos em que a prova se apresenta difícil por fatores externos ao processo, e a inversão, cujo exemplo, no direito pátrio, é o art. 6º, inc. VIII, do CDC. Na segunda parte do trabalho, são apresentadas duas novas teorias sobre a distribuição do ônus da prova: a visão solidarista do ônus da prova e a teoria dinâmica dos ônus probatórios. Por fim, ante a necessidade de flexibilização das atuais regras gerais de distribuição do ônus da prova e, ao mesmo tempo, controle do excessivo subjetivismo judicial, analisa-se o cabimento da aplicação da teoria dinâmica no direito brasileiro, apontando-se os parâmetros para a decisão judicial que a aplique. Do estudo, concluiu-se que o direito processual brasileiro admite a aplicação da teoria dinâmica dos ônus probatórios em face da incidência do princípio da igualdade, dos poderes instrutórios do juiz e do dever de lealdade, boa-fé e colaboração das partes. Concluiu-se, ainda, que embora possa acontecer em momento diverso, o momento mais oportuno para a ocorrência da redistribuição do ônus da prova é a audiência preliminar, não podendo se verificar, em nenhuma hipótese, surpresa às partes, sob pena de ferimento ao princípio do contraditório. Quanto à decisão judicial que aplica a teoria dinâmica, deve esta levar em conta que tal aplicação é de caráter excepcionalíssimo, devendo ser bem fundamentada.

PALAVRAS-CHAVE: ÔNUS DA PROVA, PROVA, SUBJETIVISMO DO JUIZ, PODER DISCRICIONÁRIO, OBRIGAÇÃO.

ABSTRACT

This study has the purpose of analyzing a dynamic employment of the burden of proof in the Brazilian Procedural Law. In the first part of this study, the concept and object and the evidence are analyzed through distinguishing sources and ways. Afterwards, the concept of burden of proof and its difference from obligation are studied based on subjective and objective aspects of dominant old and modern theories. We also examined the main phenomena relating to the burden of proof in general presented on the art. 333 Brazilian Procedural Code, the presentation of the burden of proof strict sensu in case of probatio diabolica and the shifting of burden of proof based on the art. 6, inc.VII, Brazilian Consumption Code.

In the second part of the study, two theories related to the shifting of the burden of proof are presented. Based on those two theories, we came to the conclusion that a more dynamic way of applying the general rules for shifting the burden of proof and excessive control of judicial subjectivism is necessary to reach fairness.

Finally, we concluded that the Brazilian Procedural Law allows the application of the dynamic theory of burden of proof based on the principle of equity, discretion, loyalty, good faith and the collaboration of the parties. Besides, the best moment to submit some evidence for the shifting of the burden of proof is over the course of a hearing. The decision shall be based on legal matters, facts and principles due to the fact that the dynamic theory to analyze evidence in case of shifting the burden of proof is used in special cases.

KEYWORDS: BURDEN OF PROOF, EVIDENCE, JUDICIAL SUBJECTIVISM, DISCRETION, OBLIGATION.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA, ÔNUS DA PROVA E FENÔMENOS CORRELATOS	15
1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA E ÔNUS DA PROVA	15
<i>1.1 Noções gerais sobre prova: conceito, finalidade e objeto</i>	<i>15</i>
<i>1.1.1 Conceito de prova.....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2 Finalidade da prova</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3 Objeto da prova.....</i>	<i>25</i>
<i>1.1.4 Distinção entre fontes e meios de prova.....</i>	<i>28</i>
<i>1.2 O Ônus da prova.....</i>	<i>29</i>
<i>1.2.1 Noções Gerais: conceito de ônus da prova e distinção da obrigação</i>	<i>30</i>
<i>1.2.2 Aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova.....</i>	<i>34</i>
<i>1.2.3 Teorias acerca dos critérios utilizados na distribuição do ônus da prova</i>	<i>41</i>
<i>1.2.3.1 Por que criar regras de distribuição do ônus da prova?</i>	<i>41</i>
<i>1.2.3.2 Teorias antigas</i>	<i>44</i>
<i>1.2.3.3 Teorias modernas</i>	<i>47</i>
<i>1.2.3.3.1 Teoria de Chiovenda.....</i>	<i>49</i>
<i>1.2.3.3.2 Teoria de Francesco Carnelutti.....</i>	<i>51</i>
<i>1.2.3.3.3 Teoria de Piero Calamandrei</i>	<i>53</i>
<i>1.2.3.3.4 Teoria de Leo Rosenberg.....</i>	<i>55</i>
<i>1.2.3.3.5 Teoria de Gian Antonio Micheli.....</i>	<i>68</i>
<i>1.2.3.3.6 Teoria de Hernando Devis Echandía.....</i>	<i>72</i>
<i>1.3 Conclusões parciais</i>	<i>75</i>
2 FENÔMENOS RELACIONADOS AO ÔNUS DA PROVA: DISTRIBUIÇÃO E REDISTRIBUIÇÃO COMO GÊNERO.....	78

<i>2.1 A distribuição do ônus da prova e o perfil legal do art. 333 do CPC</i>	79
<i>2.2 A redistribuição do ônus da prova</i>	87
2.2.1 <i>Redistribuição strictu sensu</i>	88
2.2.1.1 <i>Hipótese de probatio diabolica</i>	88
2.2.1.2 <i>Hipóteses de dificuldade da prova por fatores externos ao processo</i>	93
2.2.2 <i>A inversão do ônus da prova em geral</i>	94
2.2.2.1 <i>A inversão no Código de Defesa do Consumidor</i>	96
2.2.2.1.1 Aspectos Gerais	96
2.2.2.1.2 Objeto e requisitos da inversão do ônus da prova no CDC	99
2.2.2.1.3 Concomitância ou alternância dos requisitos de hipossuficiência e verossimilhança?	
.....	111
2.2.2.1.4 Momento da inversão	113
<i>2.3 Conclusões parciais</i>	114
PARTE II – A DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	116
1 A VISÃO SOLIDARISTA DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS	116
1.1 <i>Colocação do tema. Visão pós-contemporânea</i>	116
1.2 <i>A visão solidarista do ônus da prova</i>	119
1.3 <i>A teoria dinâmica dos ônus probatórios</i>	121
1.3.1 <i>Definição</i>	124
1.3.2 <i>Antecedentes e fundamentos</i>	125
1.3.3 <i>Aplicação</i>	128
1.3.4 <i>Consolidação no meio jurídico argentino (doutrinário, jurisprudencial e legislativo)</i> 132	
1.3.5 <i>Aplicação no direito espanhol</i>	135
1.3.6 <i>Uma visão unificadora das duas teorias</i>	137
1.4 <i>Conclusões parciais</i>	139
2 OS PARÂMETROS DA DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	140
2.1 <i>Apresentação do problema: necessidade de flexibilização e controle do arbítrio e do subjetivismo judicial</i>	140
2.2 <i>Admissibilidade da dinamicização no direito processual civil brasileiro</i>	144
2.2.1 <i>Observância ao princípio da igualdade e os poderes instrutórios do juiz</i>	150
2.2.2 <i>Os deveres de lealdade, boa-fé e colaboração das partes no processo e sua vinculação ao tema</i>	161

<i>2.3 O momento da redistribuição</i>	<i>168</i>
<i>2.4 Os parâmetros da decisão judicial sobre a dinamicização das regras de distribuição do ônus da prova.....</i>	<i>177</i>
<i>2.5 Conclusões parciais</i>	<i>183</i>
CONCLUSÕES FINAIS	186
REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO

A busca da verdade ou da certeza, como condição para se alcançar as finalidades mais importantes do processo, nem sempre foi uma preocupação da humanidade. Para comprovar essa assertiva, basta olhar para o desenvolvimento histórico do processo e, em especial, da prova.

O formalismo do direito antigo não visava a dar certeza e facilitar a prova dos atos jurídicos. Contrariamente, mostrava-se intimamente relacionado ao simbolismo, à magia e à religião, delegando a esses meios a solução do processo e, muitas vezes, a própria criação das regras de conduta.

Apenas com a natural evolução da sociedade e, pois, do Direito, mostrou-se possível a preocupação com a busca da verdade e de um aparato jurídico probatório que garantisse a consecução deste objetivo. Em realidade, “a progressiva humanização do processo acarretou, em primeiro lugar, a destruição do primado simbólico e religioso da forma e depois obrou com que se atribuísse maior importância aos seus fins sociais e políticos”¹.

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-218. A propósito, a obra é de leitura obrigatória para aprofundamento do tema do formalismo no processo civil, pois desenvolve sua evolução histórica, seus fundamentos e sua relação com o juiz e os sujeitos processuais.

Desde então, a prova adquiriu posição de extremo relevo no processo, seja porque se constitui na “ponte” entre o direito material e o processo², seja porque constitui um meio imprescindível para que o processo atinja seus fins, dentre os quais a pacificação social *com justiça*³.

Muito já se discutiu sobre o palpitante tema da prova, sobretudo o ônus da prova. Nesta seara, o que ainda tem sido objeto de intenso debate é a forma como tal ônus se distribui entre as partes, isto é, se atende às exigências do processo pós-moderno, cuja ênfase é a efetividade.

O pós-modernismo, aliás, tem sido apontado não só como um período histórico, mas também, e principalmente, como uma nova abordagem na forma de pensar e de olhar a própria existência, com reflexos na arte, na crítica, na lingüística e em vários outros segmentos do saber humano, dentre os quais o Direito.

Em termos genéricos, segundo aponta Jorge Walter Peyrano, o pós-modernismo propõe novos enfoques tais como: desconstrução, alternativas, perspectivas, indeterminação, descentralização, dissolução e diferença⁴.

Dentre seus principais traços característicos, o pós-modernismo é um período em que se vive o “ocaso das ideologias e também o fim das utopias”, o que significa, entre outras

² A expressão “ponte” é utilizada por MICHELI, Gian Antônio. **Curso de derecho procesal civil**. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1970, v. 2, p. 87.

³ O tema é largamente analisado por DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴ PEYRANO, J. W. El derecho procesal postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 141-145, jan./mar. 1996, p. 141.

coisas, “que se vive uma perda da fé nas ideologias puras e uma correlativa decadência das mesmas”⁵.⁶

Outra característica marcante é o “endeusamento do pragmatismo como valor supremo e o critério de eficácia como última *ratio* do sistema social, político e epistemológico”. Típica, então, é a preocupação atual com o que se conhece por *performatividade*, vale dizer, grande interesse pela eficácia⁷.

No campo do Direito, e mais precisamente do Direito Processual, segundo aponta Peyrano, essa nova postura se refletiu na busca de formas de obter soluções predominantemente conciliatórias em assuntos *menores*. Hoje, afirma o autor, fala-se na existência de uma escola efficientista de Direito Processual, que transcende e de algum modo supera a escola processualista⁸.

Sob o enfoque da garantia do contraditório, aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que no cenário pós-moderno, onde mais agudos e prementes se tornam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos, recupera-se “o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”. Além da eficiência, o pós-

⁵ PEYRANO, El derecho..., p. 141-142.

⁶ Sobre o tema, há farta bibliografia, podendo citar-se: LOYTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 2.ed. Lisboa: Gradiva, 1989; HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2003; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003 e BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2001. Bauman, que chama este período de “modernidade líquida”, examina como se deu a passagem da modernidade *sólida* para uma modernidade *leve e líquida*, infinitamente mais dinâmica. Para tanto, examina em sua obra cinco dos conceitos básicos em torno dos quais as narrativas ortodoxas da condição humana tendem a se desenvolver: a emancipação, a individualidade, o tempo/espaço, o trabalho e a comunidade.

⁷ PEYRANO, op. cit., p. 142.

⁸ Ibidem, p. 144.

modernismo insere também o valor da efetividade, pondo em relevo o caráter público do processo e a necessidade de solucionar os litígios de forma mais eficiente e rápida⁹.

No entanto, adverte Peyrano que, mesmo no processualismo atual, observam-se algumas tentativas de recuperar o passado, valendo como exemplo “el interés existente por la doctrina medieval de las *pruebas leviores*, y el remozameinto del clásico esquema de la distribución de las cargas probatorias merced a la consideración de la teoria de *las cargas probatorias dinamicas*”¹⁰.

É justamente desta *revisitação* ao tradicional esquema de distribuição do ônus da prova e sua conformação no direito processual brasileiro que trataremos na presente dissertação.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira são traçadas as noções conceituais sobre prova e ônus da prova. Embora não se trate de enfoques específicos do presente estudo, que incidirá sobre a *dinamicização* das regras de distribuição do ônus da prova, a definição de prova e, sobretudo, sua finalidade, objeto e distinção entre fontes e meios, são conceitos importantes à compreensão e ao dimensionamento da teoria enfrentada, razão pela qual serão abordados na parte inicial do trabalho.

Especificamente sobre o ônus da prova, além do conceito, traça-se sua distinção da obrigação, apresentam-se os seus aspectos objetivo e subjetivo, chamando-se especial atenção

⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

¹⁰ PEYRANO, El derecho..., p. 144.

para a importância do segundo aspecto, e algumas teorias acerca dos critérios utilizados na distribuição do ônus da prova.

Em seguida, são apresentados os fenômenos correlatos ao ônus da prova, ou seja, a distribuição, a redistribuição e a inversão. Neste tópico, ante a diversidade terminológica existente na doutrina em geral, propõe-se, para os fins do presente estudo, uma classificação inicial que estabelece duas espécies: a distribuição e a redistribuição *lato sensu*, subdividindo-se esta em redistribuição *strictu sensu* e inversão.

Na segunda parte do trabalho são apresentadas duas teorias que pregam a adoção de uma postura dinâmica na distribuição do ônus da prova, sendo elas a teoria solidarista do ônus da prova, de autoria de Augusto Mario Morello, e a teoria dinâmica dos ônus probatórios, de Jorge Walter Peyrano, propondo-se uma visão unificadora destas.

Por fim, a partir da análise do comportamento e dos deveres das partes e do juiz no processo atual, com foco sobretudo no princípio da igualdade, demonstra-se a possibilidade da aplicação de uma postura dinâmica no direito processual civil brasileiro, abordando, ainda, a discussão acerca do momento cabível para a redistribuição do ônus da prova e os parâmetros para a decisão judicial que assim o determine.

É necessário deixar claro, outrossim, que o presente estudo não se propõe a apresentar um novo critério de distribuição do ônus da prova para o processo civil brasileiro, mas apenas verificar se, ante o atual ordenamento, é possível compatibilizar e aplicar uma visão *dinâmica* e contemporânea do fenômeno.

PARTE I – NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA, ÔNUS DA PROVA E FENÔMENOS CORRELATOS

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA E ÔNUS DA PROVA

1.1 Noções gerais sobre prova: conceito, finalidade e objeto

1.1.1 Conceito de prova

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana, daí por que existe uma noção comum ou vulgar da prova ao lado de uma noção técnica, que varia segundo a atividade ou ciência a que se aplique¹¹.

No senso comum, o vocábulo prova, advindo do latim *probatio*, significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, confirmação e aprovação. Derivando do verbo *probare*, significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, ou seja, é usado para indicar “tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de alguma coisa”¹². Todavia, adverte Sentís Melendo que o verbo correspondente – *probo, probas, probare* – vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado, “assim, pois, o que resulta provado é bom, é correto, poderíamos dizer que é autêntico; que

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho procesal**. 3. ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973, v. 2, p. 1.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, v. 1, p. 11.

corresponde à realidade. Esta, e não outro o verdadeiro significado do substantivo *probo* e do verbo *provar*: verificação ou demonstração de autenticidade”¹³.

No sentido jurídico processual, o vocábulo prova pode ser utilizado para significar a ação de provar, como empregado nos arts. 130 e 337¹⁴ do CPC, o instrumento ou meio de prova em si, como se vê, por exemplo, nos arts. 131 e 332¹⁵ do CPC, ou o resultado dos atos ou meios produzidos na atividade probatória com vistas à apuração da verdade e ao convencimento do juiz¹⁶.

Devis Echandía define a prova judicial como “todo o motivo ou razão aportado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o conhecimento ou a certeza dos fatos”¹⁷, adotando a posição de Florián quanto aos três aspectos da noção de prova judicial: a) sua manifestação formal, isto é, os meios utilizados para levar ao juiz o conhecimento dos fatos; b) seu conteúdo essencial, ou seja, as razões ou motivos que desses meios se deduzem em favor da existência ou inexistência dos fatos e c) seu resultado subjetivo ou o convencimento que com elas se trata de produzir na mente do julgador, concluindo este se há ou não prova de determinados fatos¹⁸.

¹³ SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Europa-America, 1979, p. 33-34.

¹⁴ Art. 337 – A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

¹⁵ Art. 332 – 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 a defesa.

¹⁶ Este tríplice significado é adotado por BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 319-321; SANTOS, M., **Prova...**, p. 11-12 e RANGEL, Rui Manoel de Freitas. **O ónus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 21-22.

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA, **Compendio de...**, p. 8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7.

Já Chiovenda, ao definir a prova, enfatiza o aspecto do convencimento do juiz ao afirmar que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”, aduzindo que a prova da verdade dos fatos em geral, puramente lógica e científica, não pode ter restrições, o que já não ocorre com a prova no processo, que sofre limitações, como é o caso da temporal em face da necessidade social de que o processo tenha um termo¹⁹.

Todavia, como bem adverte Verde, prova é aquilo que o legislador quer que seja, na medida e na maneira de sua vontade, uma vez que lhe incumbe disciplinar o fenômeno em detalhes²⁰. Assim, a concepção da prova dependerá do sistema probatório a ser adotado, o qual, de sua vez, decorrerá da lógica jurídica empregada e da ideologia da sociedade na qual a mesma está inserida, isto é, do seu contexto.

Razão assiste a Verde uma vez que o conceito de prova dependerá do sistema – ordenamento jurídico como um todo – adotado pelo país a que se refere, podendo-se concluir que existem tantos modelos probatórios quantos forem os ordenamentos jurídicos.

Nesta linha, os dois modelos fundamentais apontados por Giuliani²¹ têm de ser entendidos simplesmente como categorias que foram isoladas cientificamente e que podem, ou não, ser seguidas ou utilizadas como paradigma.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 91.

²⁰ VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile: profili di teoria generale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 53, n. 1, p. 2-25, gen./mar. 1998, p. 14.

²¹ GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, p. 598-614, 1988, em especial p. 600-602, propõe dois modelos fundamentais de prova, correlacionando-os aos conceitos clássico e moderno de prova. No primeiro modelo, chamado de ordem isonômica, identificado com a “common law”, que é decorrente do *ordo iudiciarius medioevale*, a prova é um argumento persuasivo, isto é, a prova tem função persuasiva, destinada a convencer o juiz a aceitar como verídica uma certa versão do

A propósito, cabe ressaltar que, em verdade, não existem modelos probatórios “puros”, isto é, modelos exclusivamente persuasivos ou exclusivamente demonstrativos, mas modelos que contêm características *predominantemente* persuasivas ou demonstrativas, sem prejuízo de outras tantas influências.²²

Tais modelos, em realidade, encerram uma discussão de fundo relacionada à tensão existente entre a teoria do processo, que busca resolver a lide com justiça, e a teoria da prova, que busca estabelecer a verdade, com conseqüências diretas na escolha do modelo probatório a ser adotado como paradigma e, pois, no próprio conceito de prova.

O sistema probatório brasileiro possui traços ou características de ambos os modelos probatórios fundamentais apontados por Giuliani. Por um lado, contém traços característicos predominantemente advindos do modelo assimétrico, que prima pela busca da verdade real e científica e se pauta por uma prova de cunho demonstrativo, como resulta explícito nos arts. 339 e 332 do CPC, este último admitindo que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos...”. Por outro, apresenta traços inspirados no modelo clássico, quando, por exemplo, não admite prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados (art. 401 do CPC), o que denota uma limitação no

fato relevante para a decisão. A prova aqui se desenvolve através de um diálogo entre as partes, relegando-se o juiz a uma posição passiva, privado de ordenar a prova do fato sob pena de perder sua posição de neutralidade. Já no segundo modelo, chamado de ordem assimétrica, que decorre do *processus* no senso moderno, a prova é tida como instrumento demonstrativo, destinado ao conhecimento científico da verdade do fato relevante para a decisão. A principal característica de um procedimento deste tipo é a utilização da retórica e a presença de um juiz ativo, dotado de autonomia para realizar a investigação da verdade dos fatos relevantes. Este modelo está implicado com o conceito moderno de prova, que busca a verdade real, científica.

²² Para aprofundamento do tema vejam-se as observações de TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, p. 420-448, 1990, que opõe crítica à construção efetuada por Giuliani com base nos modelos apontados, concluindo, em apertada síntese, que é possível identificarem-se modelos probatórios, mas deve-se evitar a simplificação destes.

campo da indagação e, em certos casos, renúncia ao pleno conhecimento do fato.

Assim, com fulcro nos conceitos supra-apresentados, resulta evidenciado que especificamente com relação ao *onus probandi* e sem desprezar as demais acepções do termo, o conceito de prova mais relevante é o de prova como “ação de provar”, sendo igualmente importante o aspecto de seu resultado subjetivo ou o convencimento que com ela se produz na mente do julgador, concluindo este se determinada alegação restou ou não provada.

1.1.2 Finalidade da prova

Para uma corrente doutrinária o fim da prova é o estabelecimento da verdade²³. Entretanto, tal posição esbarra no fato de que o resultado da prova nem sempre corresponde à verdade, apesar de levar ao juiz o convencimento necessário para sua decisão, isto é, a prova terá cumprido a finalidade de propiciar ao julgador a certeza de que necessita para embasar sua decisão sem que, necessariamente, tal certeza coincida com a verdade.

Com efeito, entendemos, com Malatesta, que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”, estado de espírito bem diverso da ignorância, que é a ausência de todo conhecimento, e da dúvida, estado complexo que transita entre o improvável, o provável e o crível, dependendo da prevalência de motivos afirmativos ou negativos²⁴.

²³ Segundo apontado por DEVÍS ECHANDÍA, **Compendio de...**, v. 2, p. 74 defendem esta teoria Bentham, Ricci, Bonnier, Claría Ormedo.

²⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2.ed. Tradução J. Alves de Sá. São Paulo: Livraria Teixeira, 1933.

A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva²⁵. Logo, nem sempre a “verdade” lançada na sentença corresponde à verdade real, embora seja fruto da certeza que o juiz tem acerca da conformidade existente entre a alegação dos fatos e a realidade.

Aliás, como bem enfatiza Sentís Melendo acerca da afirmação de Framarino dei Malatesta, exatamente por ser a verdade a conformação da noção ideológica com a realidade é que esta é inalcançável e inexequível²⁶.

O conceito de “verdade”, no entanto, é um conceito relativo no contexto em que se encontra inserido. Para demonstrar a procedência dessa alegação basta pensar que, com base no conhecimento existente em um dado momento, se os historiadores fizerem a reconstituição de um determinado acontecimento, estaremos dispostos a reconhecer como melhor a que parece ter seguido o percurso reconstutivo mais persuasivo e correto. Se por ventura, posteriormente, outros dados significativos vierem a ser conhecidos, modificando este discurso reconstutivo, haverá uma nova e diversa representação do acontecimento e, neste caso, pode-se dizer que a primeira representação era falsa e a segunda verdadeira? Será seguro afirmar-se que a segunda é a verdadeira e que não é possível o surgimento de uma nova representação do acontecimento, diversamente argumentada?^{27 28}

²⁵ FRAMARINO DEI MALATESTA, **A lógica...**, p. 21. O autor, convém destacar, faz uma brilhante análise da certeza, sua natureza e espécies, aprofundando o tema. Afirma ele que “a certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria que verdade parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros. E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e a realidade exterior: não é porque haja a pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pirronismo. Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objectiva; mas dizemos que, conquanto derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à imperfeição, não corresponder à verdade objectiva” (Ibidem, p. 21).

²⁶ SENTÍS MELENDO, **La prueba...**, p. 44.

²⁷ VERDE, **La prova...**, p. 5. ²⁸ Nas exatas palavras do autor: “Per esemplificare, se sulla base delle conoscenze esisteti in un dato momento gli storici procedono a diverse ricostruzioni di una vicenda passata, noi saremo

A discussão travada no sentido da existência de uma verdade material e de uma verdade formal parece, assim, não ter muito sentido. Se observarmos que em alguns modelos de processo qualquer fato relevante poderá ser provado, e em outros há maiores limitações a tal prática, o que acaba por influenciar as técnicas de averiguação do fato, constataremos que também a busca da verdade é relativa ao contexto no qual se desenvolve, sofrendo influência das opções de valores, das escolhas ideológicas, dos interesses perseguidos²⁹ e, ainda, das condições econômicas e sociais de cada país em que o modelo está inserido.

Carnelutti afirma com brilhantismo que “basta um limite mínimo à liberdade de busca do juiz, para que o processo de busca da realidade degenera em processo formal de determinação; em outras palavras: a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como água: ou é pura, ou não é verdade. Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida em *todo caso e com qualquer meio*, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que *já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos.*” E, mais adiante aduz: “Não se pode buscar a verdade somente em parte: ou se busca de tudo, ou seja, busca-se até que a encontre, ou o que se busca não é a verdade”³⁰.

disposti a riconoscere come maggiormente attendibile la ricostruzione che ci sembra abbia seguito il percorso ricostruttivo più persuasivo e corretto. Se vengono scoperti nuovi documenti o nuove cose significanti che consentono di modificare il precedente discorso ricostruttivo, avremo una nuova e diversa rappresentazione della vicenda. Possiamo dire che la prima era falsa e che la seconda è vera? E siamo sicuri che la seconda ricostruzione è quella Vera e che non ne sai possibile una nuova e diversamente argomentata?”

²⁸ Nesta linha, como bem observa Verde, a comparação entre a atividade do juiz e do historiador é equivocada, uma vez que o juiz elabora sua pesquisa em contexto bem diverso daquele em que o historiador o faz. (Ob. cit., p. 5-6). Neste mesmo sentido é a colocação de Antonio Carrata, ao afirmar que “infatti, sebbene il giudice, al pari dello storico, accerti fatti specifici ed individuali accaduti nel passato, sia pure utilizzando – come è stato opportunamente rilevato – metodologie in gran parte diverse, e sebbene, al pari dello scienziato, impieghi – nella logica della funzione dimostrativa della prova giudiziaria – procedimenti di tipo racionale per giustificare le scelte sulla verità/falsità delle enunciazioni fattuali, non si può negare la specificità della prova giudiziaria per essere chiamata alla verifica/falsificazione delle affermazioni fattuali delle parti all’interno di un contesto altamente formalizzato com’è il processo.”(CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 56, n. 1, p. 73-103, gen./mar. 2001, p. 77).

²⁹ VERDE, La prova..., p. 7.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 52.

O sistema probatório é preordenado à conformação não com a verdade, mas com a verossimilhança³¹. Verossímil, explica Calamandrei, é algo que se apresenta com a aparência de ser verdadeiro, o que se infere da experiência, que nos ensina que os fatos daquela mesma categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares às que se observam no caso concreto³².

O processualista moderno sabe que a verdade não constitui escopo processual e sua descoberta é apenas um passo para o pronunciamento jurisdicional acerca da vontade concreta do direito^{33 34}.

Além disso, ao contrário do que ocorre na investigação científica, a verdade que emerge do processo através da sentença “jamais se apresenta como o resultado de um encadeamento de fatos e circunstâncias, dispostos em conexão lógica determinante a uma única consequência possível”³⁵.

³¹ Afirma CALAMANDREI: “Todo sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o substituto da verdade que é a verossimilhança” (CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**: estudios sobre el proceso civil. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1973. v. 3, p. 318).

³² Ibidem, p. 324.

³³ DINAMARCO, **A instrumentalidade...**, p. 281. O autor, aliás, vai além em seu pensamento ao afirmar: “Que o juiz julgue ‘segundo a verdade e a justiça’, mas não se pense que a verdade seja, no processo, um fim em si mesma. Aliás, seria mesmo uma frustração toda esta busca encarada como objetivo e, depois, a descoberta da verdade e dos fatos e sua revelação na sentença não ficar imune censuras posteriores, porque não recebe a autoridade da coisa julgada: o processo civil brasileiro, fiel aos seus modelos romano-germânicos, dispensa um tratamento ‘atômico’ à realidade jurídica sobre a qual atua, negando-se a permitir que os julgados propaguem seu efeito direto além do caso julgado e das pessoas envolvidas”.

³⁴ Também neste sentido, Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo: “A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado, mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça “mais justa”. (MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979, p. 168.)

³⁵ BAPTISTA DA SILVA, **Curso de...**, v. 1, p.321.

A verdade que se busca no processo, frise-se, é a *possível* e, portanto, não absoluta³⁶. Com efeito, o juiz, na pesquisa da verdade, fica adstrito a uma severa disciplina atinente à admissão, produção e avaliação da prova, em vista de outros valores a que o ordenamento jurídico dá especial proteção, como a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, a convivência harmoniosa da família, a confiança nos confidentes necessários e os direitos fundamentais, dentre outros.^{37 38}

Assim sendo, a finalidade da prova não é outra senão dar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre as afirmações nas quais se funda a ação. As provas são meios, no processo, para levar o conhecimento das afirmações e dos fatos ao juiz, isto é, a crença de que conhece a verdade graças a elas. No entanto, não se trata de uma certeza metafísica, absoluta, mas histórica, lógica e psicológica, humana portanto, com suas naturais limitações e sua inseparável possibilidade de erro.^{39 40}

³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo**, p. 221. Nesta seara, afirma o autor, com bastante propriedade, que “no milenar antagonismo entre o que se convencionou chamar de verdade material e formal, a tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade *possível*, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança”. (Ibidem, p. 147-148).

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4, p.3.

³⁸ Para aprofundamento sobre o tema veja-se o trabalho realizado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no qual o autor, para o estudo da determinação dos fundamentos do formalismo processual civil, considerou suas conexões internas e externas, extremando-se as vertentes políticas, culturais e axiológicas condicionantes da estruturação e organização do processo (p. 218). Sobre a investigação dos fatos da causa, assevera o autor que, como premissa, é preciso considerar “a própria relatividade da obtenção da verdade, por não constituir fim em si mesmo, senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto, tão-somente colaborando para que o processo alcance sua finalidade. Esta relatividade ainda mais se acentua se atentarmos ao caráter conflituoso do processo, às dificuldades de obtenção da prova dos fatos nas circunstâncias geralmente acanhadas que cercam a investigação judicial, às limitações materiais do juiz, e às restrições ainda hoje existentes para a admissão de certas provas ou à proeminência legal concedida à prova documental, sem falar nas reservas detalhadas e formalistas estabelecidas para certos meios de prova” (ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 145).

³⁹ DEVIS ECHANDÍA, **Compendio de...**, p. 76.

⁴⁰ Também Jorge L. Kielmanovich, através de raciocínio criativo e construindo o que chamou de *fantasia ou travessura intelectual*, chega a esta conclusão, isto é, que a finalidade da prova judicial é formar o convencimento do juiz acerca da existência ou inexistência de fatos importantes no processo (KIELMANOVICH, J. L. **La prueba en el proceso civil**: cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 67).

Nem por isso, todavia, deixarão as partes, e o juiz, de envidar todos os esforços no sentido de conformar o quanto possível esta noção ideológica à realidade, inclusive, sendo o caso, por meio de alteração das usuais regras de distribuição do *onus probandi*, possibilitando a realização da prova pela parte que melhor tenha condições de efetuar-la. Impõe-se aproximar a verossimilhança da verdade⁴¹.

Nessa linha, importante análise foi efetuada por Augusto M. Morello ao abordar o tema da eficácia (racionalização) da gestão ou administração da prova, afirmando o autor que alguns fatores têm sido modernamente apontados como “linhas de tendências” na busca de maior eficácia na investigação da verdade, sendo eles⁴²:

- a redução das regras de exclusão dos meios de prova;
- a introdução de instrumentos que assegurem a aquisição da prova;
- a extensão do poder de iniciativa instrutória do juiz;
- a adoção de um método eficaz para a assunção e prática da prova;
- o critério de livre valoração da prova.

⁴¹ Calamandrei diz: “Aunque estemos convencidos de que la naturaleza humana no es capaz de conseguir las verdades absolutas, es deber de honestidad empeñarse con todas las fuerzas por tratar de aproximarse lo más posible a la meta incanzable: así, en el proceso, aun convencidos de que la sentencia final no puede ser más que un juicio de verosimilitud que no excluya nunca en forma absoluta el error judicial, ello no quita para que toda la estructura del procedimiento deba estar previamente ordenada a hacer lo más profunda y controlada posible la investigación de la verdad, de manera que la distancia entre esta y la verosimilitud se reduzca al mínimo.” (CALAMANDREI, **Derecho...**, v. 3, p. 351-352).

⁴² MORELLO, Augusto Mario. **La prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 22.

À vista de tais fatores, percebe-se que, na medida em que a prova passou a ser tratada como elemento integrante do processo, e não mais como elemento estranho deste, isto é, pertencente apenas ao universo do direito material, cresceu a necessidade de se alargarem os instrumentos processuais que propiciam ou conduzem a entrada da prova no processo, como é o caso do aumento dos poderes judiciais, da redução das regras de exclusão dos meios de prova, a adoção de sistema de valoração que privilegia a percepção racional e fundamentada do juiz etc.

Por outro lado, não se poderia deixar de ponderar que o processo, em cujo seio está a questão da prova, é um fenômeno cultural, servindo de espelho para a sociedade na qual se insere e de índice da respectiva civilização, e cuja função é fazer justiça às partes e restabelecer a paz social.⁴³

1.1.3 Objeto da prova

Muitos autores entendem que o objeto da prova recai sobre os fatos que devem ser provados, sejam eles presentes, passados ou futuros, bem como os que podem se assimilar a estes (p. ex.: costumes e lei estrangeira)⁴⁴.

É o caso, por exemplo, de Jorge L. Kielmanovich^{45 46}, para quem o que se prova são os fatos e não as afirmações, entendendo equivocada a tese que sustenta que somente as

⁴³ A questão do processo como fenômeno cultural foi brilhantemente exposta por LACERDA, Galeno Vellinho de. Processo e cultura. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, n. 3, p. 74-86, 1962, e constitui a base fundamental da Tese de ALVARO DE OLIVEIRA, **Do Formalismo...**

⁴⁴ DEVÍS ECHANDÍA, **Compendio de...**, v. 2, p. 38-39.

⁴⁵ KIELMANOVICH, **La prueba...**, p. 54-55.

⁴⁶ Para citar outros, veja-se SANTOS, M., **Prova...**, p. 16, CHIOVENDA, **Instituições...**, v. 2, p. 94.

afirmações ou alegações (como declarações de vontade) são suscetíveis de merecer o qualificativo de verdadeiras ou falsas, ainda que os fatos por si mesmos permaneçam imutáveis e imunes ao processo. Arremata o autor⁴⁷:

Ciertamente que los hechos podrán preexistir con abstracción del proceso, pero en la medida en que de aquéllos se pretenda extraer consecuencias jurídicas – e interesen a la litis – menester será que se los pruebe, de forma que adquieran vida propia, se exterioricen y existan judicialmente como tales (para el Juez, las partes y el proceso), en razón que para el método judicial un hecho afirmado, no admitido y no probado, es un hecho que no existe para el Juez, que requiere un mínimo contenido objetivo en el material con el cual opera.

Micheli, de sua vez, entende que o objeto da prova são os fatos controvertidos, e rebatendo a posição de Carnelutti quanto a este tópico, afirma que⁴⁸

Para Carnelutti, Sistema, I, pág. 674, el objeto de la prueba son las afirmaciones, no ya los hechos afirmados, puesto que solo las primeras se controlan, mientras que los segundos se conocen. Pero me parece que de este modo la consideración del fenómeno resulta fragmentaria, puesto que si bien es verdad que las partes tratarán de demostrar el fundamento de las respectivas afirmaciones, el juez estara, sobre todo, preocupado por determinar si los hechos, aducidos por las partes, tienen algun fundamento. De ahí que la formulación tradicional, aceptada en el texto, aun cuando sustancialmente fungible con la considerada ahora, me parece en definitiva más precisa y satisfactoria (véase ANDRIOLI, Prova, en Nuovo dig., it., p. 814).

Com efeito, para Carnelutti, o objeto da prova não são os fatos, que se conhecem, mas não se comprovam, e sim as afirmações, que não se conhecem, porém se comprovam. Mais tarde, todavia, consoante leciona Giacomo P. Augenti em apêndice à obra retro mencionada, Carnelutti, na obra *Sistema del diritto processuale civile*,⁴⁹ I, p. 674, faz a distinção entre *objeto mediato*, que é o fato, e *objeto immediato*, que é a afirmação⁵⁰.

⁴⁷ KIELMANOVICH, La prueba..., p. 55.

⁴⁸ MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Europa-America, 1961, p. 112, nota 20.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic, 2000, v. 1, p. 674.

⁵⁰ CARNELUTTI, **A prova...**, p. 267.

Balizada doutrina acompanha Carnelutti, afirmando que objeto da prova são as *afirmações* das partes e não os fatos.

Sentís Melendo afirma que “os fatos não se provam, os fatos *existem*. O que se prova são *afirmações*, que podem se referir a fatos”. Esclarece o autor que as partes levam ao conhecimento do juiz afirmações, verdadeiras ou falsas, sobre o que sabem, requerendo que o juiz verifique se estas afirmações coincidem com a realidade⁵¹. Como geralmente as afirmações têm como objeto fatos, surge a confusão entre o que é o objeto da prova (as afirmações) e o objeto mesmo das afirmações (os fatos).

Com Sentís Melendo, está Friederich Stein, para quem o objeto da prova, na maioria dos casos, são as afirmações das partes, pois o juiz só se depara diretamente com os fatos na “inspeção ocular”⁵².

No mesmo sentido, Giovanni Verde⁵³ e Antônio Carrata para quem o “*oggetto della prova sono le affermazione, il ‘racconto’ che dei fatti accaduti nel passato fanno le parti di fronte al giudice*”⁵⁴.

Também Castro Mendes esclarece que, correntemente, costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos, porém, em rigor, deve-se dizer que o objeto da prova são as afirmações ou alegações de fato pois estas é que são dadas como verdadeiras ou falsas. “*Sumo rigore*,

⁵¹ SENTÍS MELENDO, *La prueba...*, p. 12.

⁵² STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción Andrés de la Oliva Santos Madrid: Centro de Estudios Ramóns Areces, 1990, p. 10.

⁵³ VERDE, Giovanni. Prova: teoria generale e diritto processuale civile. In: ENCICLOPÉDIA del diritto. Milano: Giuffré, 1988, v. 37, em especial p. 589 et seq. À pág. 589 afirma Verde que “o meio de prova é o instrumento de conexão entre o conhecido e o desconhecido, entre aquilo que as partes informaram ter ocorrido (no passado) e aquilo que o juiz estabeleceu ter ocorrido” (traduzi).

⁵⁴ CARRATA, *Funzione...*, p. 74.

‘um facto verdadeiro’ é um pleonasma; ‘um facto falso’ uma *contradicatio in terminis* ou *in adjecto* (é o mesmo que ‘um facto não facto’)”⁵⁵.

1.1.4 Distinção entre fontes e meios de prova

A questão da distinção entre meios e fontes de prova, longe de ser uma discussão meramente teórica ou dogmática, tem alcance prático relacionado diretamente com a dinamicidade na distribuição dos meios de prova, razão pela qual impõe-se, ainda que brevemente, sejam fixados seus conceitos, que renderam ensejo na doutrina a uma diversidade terminológica e conceitual.^{56 57}

Carnelutti define meio de prova como sendo a atividade mediante a qual o juiz busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve o juiz para deduzir a própria verdade⁵⁸.

As fontes são, portanto, elementos probatórios que existem antes do processo e com independência deste e os meios são as atuações judiciais mediante as quais as fontes se

⁵⁵ CASTRO MENDES, João de. **Direito processual civil**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, v. 3, p. 268-269.

⁵⁶ Uma abordagem mais aprofundada desta diversidade terminológica e conceitual pode ser encontrada em SENTÍS MELENDO, **La prueba...**, p. 144-150, em especial p. 149.

⁵⁷ Apenas para exemplificar, veja-se Chiovenda para quem “*meios* de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova (assim, nos exemplos aduzidos, a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados)”. (CHIOVENDA, **Instituições...**, v. 3, p. 95.)

⁵⁸ CARNELUTTI, **A prova...**, p. 99.

incorporam ao processo. Assim, exemplificando, o testemunho é uma fonte, sua declaração no processo é um meio⁵⁹.

A dicotomia de Carnelutti permite concluir que os meios de prova são ilimitados, já as fontes são limitadas, pois não podem ser criadas por ordem judicial, isto é, existem ou não existem, e se existem devem ser procurados os meios para que o juiz as conheça⁶⁰.

1.2 O Ônus da prova

A aproximação do tema específico deste trabalho passa necessariamente pela análise da conceituação de *ônus da prova* e sua natureza jurídica. É o que faremos nos próximos tópicos onde, além de conceituar o ônus da prova e distingui-lo da obrigação, analisaremos seu duplo aspecto e as teorias acerca dos fundamentos para a distribuição do ônus da prova.

⁵⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 462, abr. 1974, p. 15. Nas palavras do autor, “fuentes son los elementos probatorios que existen antes del proceso y con independencia de éste: así, no sólo el documento, sino también el testigo; y, sobre todo, la cosa litigiosa; y el litigante, en cuanto sabe lo que ha ocurrido; pero no el perito, ni el reconocimiento judicial (eso que, con redundancia idiomática, se ha llamado inspección ocular; y con una redundancia que podríamos calificar de grosera, vista de ojos); ni la declaración del testigo o la de la parte. Y ví con claridad que fuentes son esos elementos con que se cuenta antes del proceso e aún con independencia del proceso – y que no han de confundirse, y ello es importante, con las pruebas preconstituídas. Y entonces, nos preguntamos: ¿ y los medios? qué son los medios de prueba? No es raro, y hasta es general, que se confundan todas estas expresiones: elementos, fuentes, medios. Para establecer la claridad, que yo necesito, medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso. Y así, el testigo es una fuente; su declaración es un medio. Lo mismo, la parte, y lo que ella sabe, es una fuente, y su absolución de posiciones, o en general su testimonio, es un medio. La cosa que ha de ser examinada es una fuente, y su reconocimiento por el juez es un medio. Y lo mismo ha de decirse cuando se trate del examen pericial. Y igual distinción cabe en cuanto a los documentos: éstos son fuente, independientemente de su carácter de prueba preconstituída; su incorporación, con todas las diligencias a que puede dar lugar (piénsese en la impugnación por falsedad), es el medio”.

⁶⁰ Na exatas palavra de Morello “Fuente y medio de prueba. La dicotomía de Carnelutti, que tanto alababa Sentís, permite concluir en que los medios de prueba son ilimitados(en la prueba de testigos, el testigo es la fuente; su declaración es medio de prueba, etc.); en cambio, las fuentes son limitadas, no pueden crearse por orden judicial; existen o no existen, y si existen deben procurarse los medios para que el juez las conozca; ellas pertenecen a una realidad extraprocesal; mientras que los medios no se conciben fuera del proceso”. (MORELLO, **La prueba...**, p. 40, nota 3)

1.2.1 Noções Gerais: conceito de ônus da prova e distinção da obrigação

A questão do ônus probatório e, mais especificamente, a forma como esse se reparte entre as partes, tem implicações bem mais profundas no processo do que usualmente se supõe.

A partir do momento em que o Estado evoluiu da autotutela para a jurisdição, isto é, evoluiu de uma *justiça privada* para uma *justiça pública*, avocou para si o poder-dever de prestar a jurisdição, vedando de modo geral a autodefesa⁶¹. Na jurisdição, os juízes, uma vez provocados, agem em substituição às partes e exercem, através do processo, uma de suas principais funções: a eliminação de conflitos.

Sendo um poder-dever⁶², não pode o Estado-juiz omitir-se da prestação jurisdicional (princípio da indeclinabilidade da jurisdição) e deixar de sentenciar sob a alegação de se encontrar diante de insuficiência de provas e, pois, da incerteza dos fatos tal como antes fazia o juiz romano, a quem era permitido jurar *sibi non liquere*, ou seja, alegar que “não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa”⁶³.

É justamente para evitar tal situação que foram criadas as chamadas regras do ônus da prova, as quais determinam a quem incumbe os encargos de provar e prevêm as

⁶¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

⁶² SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p.8,

⁶³ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 17, p. 50-60, jan./mar. 1980, p. 51.

conseqüências para as hipóteses em que o onerado não logrou, parcial ou totalmente, fazê-lo.⁶⁴

Além disso, servem tais regras não só para impedir o *non liquet*, mas também para evitar pronunciamentos de conteúdo duvidoso, isto é, decisões que ainda que contenham um juízo lógico, não definam a matéria da controvérsia⁶⁵. Em ambos os casos, se não houvesse aplicadas as regras do ônus da prova, haveria omissão da prestação jurisdicional, quer pela ausência de sentença, quer pela sentença inválida.

Mas o que significa *ônus*?

Para Echandía, significa o “poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis”⁶⁶.

Observa-se, assim, que o conceito de *ônus* não se confunde com o de *obrigação*, que é “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação

⁶⁴ Convém referir, como ensina Barbosa Moreira, que a solução dada pela determinação de regras de distribuição do ônus da prova não é a única encontrada na história, embora hoje seja a predominante. Poderá o ordenamento, em caso de dúvida por parte do juiz quanto à prova, autorizá-lo a abster-se de julgar, como fazia o juiz romano, ou autorizá-lo a julgar por sua livre convicção, “eventualmente apoiado em critérios de probabilidade ou verossimilhança, à luz das afirmações das partes e do confronto delas com a experiência da vida” ou, ainda, autorizá-lo a julgar com base na equidade. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74).

⁶⁵ MICHELI, *La carga...*, p. 13.

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1974, v. 1, p. 420-421.

economicamente apreciável”⁶⁷. Todavia, nem sempre foi assim, pois a autonomia conceitual do ônus é relativamente recente, embora sua noção já existisse no direito romano⁶⁸.

Muitas teorias foram desenvolvidas no sentido da aproximação dos conceitos de ônus e obrigação⁶⁹, cabendo a Carnelutti o mérito de estabelecer a distinção entre os institutos⁷⁰ para quem a distinção entre ônus e obrigação se fundamenta na “diversa sanção cominada a quem não realiza um ato: existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); entretanto, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do ônus”⁷¹.

Mais tarde, Carnelutti transfere a distinção antes efetuada sob o prisma da sanção para o do interesse, afirmando que “obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo de vontade, porém divergem quanto ao elemento substancial, porque quando medeia obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um *interesse alheio* e quando há ônus, para a tutela de um *interesse próprio*”.^{72 73}

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, v. 2, p. 5.

⁶⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20-21.

⁶⁹ Para aprofundamento do tema veja-se *Ibidem*, p. 21-24.

⁷⁰ Neste sentido BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Justitia**, São Paulo, v. 40, 1963, p. 16 e RANGEL, **O ônus...**, p. 90.

⁷¹ AUGENTI, G.P. Apêndice à obra Prova Civil. In: CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 255.

⁷² Excelente síntese da construção de Carnelutti e as críticas a ele tecidas foi efetuada por PACÍFICO, *op. cit.*, p. 25-34.

⁷³ James Goldschmidt também entende que o ônus é um imperativo do interesse próprio. Afirma o jurista: “Como la carga procesal es un imperativo del propio interés, no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado. Al contrario, el adversario no desea otra cosa sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, de probar, de comparecer, etc. Se encuentra aquí el fenómeno paralelo al de los derechos procesales, frente a los cuales no hay obligación. En cambio, existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida. Puede establecerse el principio: *la ocasión obliga o, más bien, impone una carga, y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión*” (GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936, p. 84).

Há mesmo quem negue a natureza de “ônus” no plano da prova, como é o caso de Castro Mendes, para quem se trata de “um ônus imperfeito e incompleto, que de ônus só tem o nome”⁷⁴.

Entretanto, a maior parte da doutrina considera o ônus da prova como verdadeiro ônus, com conceito autônomo e diverso da obrigação, tendo em vista a ausência do elemento de coercibilidade e o fato de não existir um dever correlativo de exigir o cumprimento⁷⁵.

Valioso, e assaz pertinente ao estudo em tela, é o resumo elaborado por Devis Echandía acerca das diferenças entre ônus e obrigação: a) a obrigação e o dever são relações jurídicas passivas e o ônus é uma relação ativa, como o direito e o poder; b) na obrigação ou dever há um vínculo jurídico entre o sujeito passivo e outra pessoa ou o Estado, o que não existe no ônus; c) na obrigação ou dever se limita a liberdade do sujeito passivo; já no ônus não existe tal limitação, conservando o sujeito completa liberdade para ordenar sua conduta; d) na obrigação ou dever existe um direito (privado ou público) de a outra pessoa exigir seu cumprimento, o que não ocorre com o ônus; e) o descumprimento da obrigação ou dever é um ilícito que ocasiona sanção ao passo que a inobservância de um ônus é lícita e, pois, não sancionável; f) por fim, o cumprimento da obrigação ou dever beneficia sempre a outra pessoa ou a coletividade, ao passo que a observância do ônus só beneficia ao seu sujeito; por isso pode-se dizer que aquele satisfaz um interesse alheio e este só um interesse próprio (sem que

⁷⁴ RANGEL, **O ônus...**, p. 94. Afirma o autor que “para Castro Mendes o ônus da prova seria hoje um ônus imperfeito, por força do princípio da livre apreciação das provas em face do qual não fica ligado a uma convicção judicial por laços de necessidade jurídica, nem a uma completa e perfeita actividade probatória da parte (a não ser nos casos de prova legal) e um ônus incompleto, por razões que se prendem com os princípios da aquisição processual e da oficialidade que permitem obter a prova por outros meios que não a actividade do interessado nele, respectivamente mediante a actividade da parte contrária e do juiz”. A tais argumentos, rebate Rangel dizendo que “o entendimento de Castro Mendes é generalista e peca por ligar ao fenómeno do ônus da prova princípios que em nada o afectam, antes pelo contrário, dentro da estrutura dinâmica da prova, são perfeitamente complementares.”(Ibidem, p. 95).

⁷⁵ Ibidem, p. 92.

deixe de existir, no primeiro caso, um interesse próprio em liberar-se da obrigação ou dever, isto é, em adquirir a liberdade)⁷⁶.

Assim, não existe nenhum dever de provar, mas não provar significa, na maioria dos casos, a derrota. *O provare o soccombere*⁷⁷.

1.2.2 Aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova

A doutrina por largo tempo só considerou o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, tratou apenas das conseqüências da prova frustrada. Segundo Buzaid, o objeto de “indagação consistia em averiguar a qual das partes competia o encargo de produzir a prova, a fim de não correr o risco de perder a demanda, considerando a natureza do processo de tipo dispositivo que, confiando-lhes a realização da atividade instrutória, atribuiu-lhes responsabilidade correspondente”⁷⁸.

Só em 1883, com a publicação dos trabalhos de Julius Glaser no campo do direito processual penal, estabeleceu-se a distinção entre o ônus material (objetivo) e o ônus formal (subjetivo) da prova⁷⁹.

⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de...*, v. 2, p.138.

⁷⁷ MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica probatória*: estudios sobre las dificultades de la prueba em el proceso. Santa Fe de Bogotá, Colômbia: Temis, 1997, p. 33.

⁷⁸ BUZAID, *Do ônus...*, p. 18.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 18.

O ônus subjetivo da prova traduz a necessidade de as partes fornecerem elementos de prova de suas alegações relevantes, sob pena de terem de arcar com as conseqüências de sua omissão.

O maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de determinada alegação é o litigante a quem a mesma aproveita, pois daí pode decorrer a afirmação do efeito jurídico pretendido ou a negação deste efeito. Assim, “o desejo de obter a vitória cria para o litigante a *necessidade*, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de *ônus da prova*, num primeiro sentido (*ônus subjetivo* ou *formal*)”⁸⁰.

Rosenberg conceitua o ônus subjetivo como “o ônus que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante sua própria atividade, se quer evitar a perda do processo”⁸¹.

Já o ônus objetivo da prova liga-se não à atividade das partes, mas à do juiz, pois ante a vedação de proferir *non liquet*, serve-se ele da regra de distribuição para auxílio do julgamento da demanda.

Com efeito, mesmo diante de material probatório incompleto, o juiz encontra-se compelido a julgar. “Essa eventualidade gera *riscos* para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente, no

⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, Julgamento..., p. 74.

⁸¹ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos-Aires: Europa-America, 1956, p. 15.

sentido desejado, sobre o convencimento do juiz.” A lei, então, estabelece critérios para indicar ao juiz qual dos litigantes suportará tais riscos, isto é, arcará com as conseqüências de não ter restado provada a alegação que lhe aproveitava⁸².

Noutro prisma, Verde entende que a exigência de uma regra de julgamento não nasce da necessidade de o juiz ter de decidir mesmo ante a incerteza dos fatos, mas sim da convicção de que é necessária uma regra apropriada que estabeleça o conteúdo da decisão nestes casos⁸³.

Em sentido semelhante Rui Manoel de Freitas Rangel, para quem:

Face ao dever de administrar a justiça a que está vinculado o juiz – escopo típico da função jurisdicional: prover à necessidade de certeza jurídica e pôr termo aos litígios – mesmo num caso de *non liquet* tem que determinar com o mesmo rigor e fundamentação o conteúdo da decisão, segundo as regras do ônus da prova objectivo.

É certo que estas regras não solucionam as situações de *non liquet*, isto é, não resolvem a dúvida do tribunal, que permanece. Estas regras ajudam a suportar a decisão do tribunal, não obstante a existência da dúvida insanável sobre a realidade do facto. Trata-se de regras de decisão. A verdadeira função do ônus objectivo ou material da prova é fornecer um critério de decisão. O critério de decisão configura-se no facto de, perante uma dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o juiz decide como se o contrário se encontrasse provado⁸⁴.

Convém citar, ainda, a didática diferença entre os dois aspectos do ônus da prova traçada por Pedro Ferreira Múrias. Segundo ele “o ônus objectivo prevê um *resultado* probatório, a incerteza, determinando a decisão; o ônus subjectivo dispõe sobre a *actividade*

⁸² BARBOSA MOREIRA, Julgamento..., p. 74.

⁸³ Nas palavras do autor: “Si può, allora, cominciare a credere che l’esigenza di una regola digiudizio nasce non dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel mérito anche in caso de inceterzza sul fatto, ma dalla convinzione Che sai necessaria um’apposita regola per rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati” (VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull’onere della prova. **Rivista do Diritto Processuale**, Milano, v. 27, n. 3, p. 438-463, lugl./sett. 1972., p. 444).

⁸⁴ RANGEL, **O ônus**..., p. 133.

probatória, atribuindo-a, para cada matéria, a uma parte. Quando predomine o ônus objectivo, ‘insuficiência de prova’ é sinónimo de ‘incerteza’. Quando vigore o ônus subjectivo, ‘insuficiência de prova’ quer dizer ‘actividade probatória deficiente da parte onerada’⁸⁵.

Atualmente, a doutrina atribui maior relevância ao ônus em sua face objetiva, isto é, como regra de julgamento, por ser a essência do fenómeno, porém “mesmo os defensores da relevância meramente prática do aspecto subjectivo do ônus da prova não deixam de lhe atribuir certa importância”⁸⁶.

De fato, afirma Rosenberg que a essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem na instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, nos casos em que não é possível comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante, pondo em evidência o ônus objetivo da prova (que denomina de ônus da certeza)⁸⁷.

Micheli, de seu turno, tece críticas aos doutrinadores que se detiveram na investigação do aspecto denominado subjectivo do ônus, na medida em que se limitaram ao exame do poder probatório correspondente às partes, mas não aprofundaram a questão. No esforço de manter separados os dois aspectos do ônus, e olhando apenas para o ônus subjectivo, puseram-se a indagar *quem deve provar, ou o que deve ser provado*, sem aprofundar o estudo do limite dos poderes probatórios da partes.

Para o jurista italiano, só mediante o estudo e a consideração do poder reconhecido às partes e a legitimação para tal é que se chegará a uma visão unitária do fenómeno do ônus da

⁸⁵ MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000, p. 21.

⁸⁶ PACÍFICO, **O ônus...**, p. 142.

⁸⁷ ROSENBERG, **La carga...**, p. 2.

prova, sob o perfil da regra de julgamento, que dá ao juiz o poder de se pronunciar sempre, ainda quando permaneçam ignorados os fatos relevantes da controvérsia⁸⁸. Em verdade, segundo explica, o estudo dos poderes das partes leva a concluir que “a livre determinação das partes no processo, como atividade lícita (e juridicamente relevante) não se presta a uma consideração jurídica autônoma, apoiada sobre a noção da necessidade de agir, porque esta necessidade é meramente prática, e não é, portanto, plasmável dentro dos moldes, mais ou menos limitados, da dogmática jurídica”⁸⁹.

Assim, conclui Micheli, não sendo possível se analisar a questão sob o prisma único do aspecto subjetivo, visto que prático e não jurídico, o centro das atenções se volta ao aspecto objetivo, este sim, técnico e essencial na medida em que dirigido a conseguir um resultado útil, a atividade de julgamento do juiz⁹⁰.

Também Barbosa Moreira atribui a este aspecto relevância mais *psicológica* que *jurídica*, pois “para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos *foram* carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa”⁹¹.

⁸⁸ MICHELI, *La carga...*, p. 109-110.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁹¹ BARBOSA MOREIRA, *Julgamento...*, p. 75. Também neste sentido afirma Rosenberg: “Sólo importan los hechos que se han demostrado, y es indiferente *quién* los demostró. También es cierto, como ya hemos expuesto, que el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba *no* se ha producido; por eso, se explica la esencia de la carga de la prueba, lo más acertadamente, mediante nuestro concepto de la carga de la certeza que se caracteriza por el peligro de no constar un hecho o de no haberse comprobado una afirmación de hecho. Pues la parte cargada con la prueba es vencida aun cuando se ha esforzado, si bien en vano, por suministrar una prueba – y es vencida precisamente en este supuesto –, acaso porque es imposible proporcionar la prueba de una afirmación discutida; es derrotada porque no se ha logrado la prueba de esta afirmación, y no, porque haya estado inactiva. Sólo el éxito importa; mas no ha de ser precisamente la parte cargada de la prueba la que obtenga éxito”, (ROSENBERG, *La carga...*, p. 19) e Micheli, para quem “junto ao ônus *subjetivo* da prova, construiu-se um ônus *objetivo*, batizado depois de diversas maneiras, mas de qualquer forma tendendo a pôr em evidência que a atividade probatória, desenvolvida pelas partes, está só

Sustenta o jurista que o comportamento em si da parte onerada não está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo juiz sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Não logrando provar, de nada adianta à parte a alegação de que se empenhou com todos os meios de que dispunha. Do mesmo modo, se a alegação restou provada, por exemplo, pela outra parte, e não pela parte a quem aproveita, cujo comportamento foi de omissão, inclusive intencional, tal comportamento não a prejudica.

Entendemos, porém, que o aspecto subjetivo do ônus tem importância também jurídica, pois o comportamento da parte se mostra de fundamental relevo para a aferição, pelo juiz, das condições de igualdade entre as partes, isto é, a partir da indicação de quem está onerado a provar determinado fato e de seu modo de atuação no processo, poderá o julgador verificar se, na prática e diante de especiais circunstâncias, é este quem detém melhores condições de fazê-lo.

O comportamento das partes, ou seja, seu efetivo empenho na realização da prova de suas alegações pode ser um importante sinalizador, para o julgador, da real condição que este detém de efetuar-las. Vale lembrar que uma cômoda (e até desleal) negação dos fatos alegados pelo demandante por parte do demandado (ou vice-versa), pode fazer recair sobre aquele a totalidade do peso probatório quando, em verdade, pode ser o próprio demandado que se encontra em melhores condições de carrear a prova aos autos.

mediatamente vinculada ao resultado favorável a uma delas e, reciprocamente, que a sua inatividade é somente causa *mediata* do resultado desfavorável. Em outros termos, o princípio da aquisição processual, juntamente com os poderes instrutórios do juiz e com a possibilidade de que este valorize o debate inteiro, para dele tirar os elementos úteis à formação da própria convicção – conduziu a uma involução do conceito de ônus” (MICHELI, **La carga...**, p. 106-107).

Para os fins de uma possível *redistribuição* do ônus da prova, hipótese objeto do presente estudo, a face subjetiva do ônus cumpre a função de indicar desde logo às partes a quem incumbe o ônus probatório e qual a consequência no caso de não virem a se desincumbir de tal encargo, indicando a necessidade de que ambas se esforcem no sentido de ou provar suas alegações ou provar que o ônus que lhes incumbe legalmente (o previsto no art. 333 do CPC) é, no caso concreto, por demais excessivo e, até impossível de ser atendido, situação esta que coloca a parte em flagrante desigualdade com a outra, a quem a prova é mais acessível. O ônus subjetivo vale, pois, como uma *regra de comportamento*.

Em síntese, e aqui aproveitando as palavras de Buzaid, “bem se vê que o ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas 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”⁹².

Passemos, então, à análise das diversas teorias acerca dos critérios utilizados na distribuição do ônus da prova.

⁹² BUZOID, Do ônus..., p. 19.

1.2.3 Teorias acerca dos critérios utilizados na distribuição do ônus da prova

1.2.3.1 Por que criar regras de distribuição do ônus da prova?

Antes de apresentar as principais teorias acerca dos critérios utilizados na distribuição do ônus da prova, cumpre perquirir a razão pela qual é feita a distribuição do ônus da prova. Qual, afinal, o valor, ou os valores, que se está buscando proteger?

Para Vicente Greco Filho, o instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1) princípio da indeclinabilidade da jurisdição; 2) princípio dispositivo; 3) princípio da persuasão racional na apreciação da prova. Dessas premissas decorre a necessidade de serem estabelecidas regras sobre o encargo que cada parte tem para a prova dos fatos alegados e as conseqüências da falta de prova⁹³.

Já para Dinamarco o fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes, além de uma razão de oportunidade e de experiência, consiste na idéia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção)⁹⁴.

⁹³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2, p. 199-200.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo civil**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 350.

Para nós, a resposta a essa indagação pode ser dada sob dois prismas que, na verdade, complementam-se. Sob um prisma, o juiz, como *longa manus* do Estado, atua no seu dever de prestar a jurisdição. De outro, as partes têm o direito de, ao provocar a Jurisdição, ver suas questões devidamente processadas e julgadas com justiça e com a observância ao princípio da igualdade.

Sob a ótica do Estado-Jurisdição, já se discorreu que ao juiz moderno, contrariamente do juiz romano, não pode dizer *non liquet*, isto é, omitir-se de julgar. Logo, encontrando-se o julgador em estado de incerteza diante dos fatos, mesmo após a conclusão da fase probatória, deverá proferir decisão final. Para tanto, poderá adotar as regras de distribuição do ônus da prova, fazendo recair o risco da ausência ou insuficiência da prova sobre aquele a quem a lei houver determinado o encargo de provar. Sob tal ótica, o ônus da prova “é encarado como regra de julgamento”⁹⁵.

Noutra posição estão as partes, que têm o direito de provocar a Jurisdição e dela receber uma resposta efetiva⁹⁶. Além disso, as regras sobre ônus funcionam como “regras de

⁹⁵ Neste sentido, PACÍFICO, **O ônus...**, p. 81.

⁹⁶ Como bem assinala Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no artigo intitulado “Efetividade e tutela jurisdicional”, no qual logra comprovar, com argumentos irrefutáveis, a inexistência, no cenário pós-moderno, da chamada ação de direito material, “realmente, hoje está bem claro que a garantia do acesso à justiça impõe ao órgão judicial o dever de exercer jurisdição. Daí terem as partes direito à pretensão de outorga de justiça (*Anspruch auf Justizgewährung* ou *Justizanspruch*), dirigida contra o Estado como titular da soberania, por meio de um processo efetivo e justo. De modo nenhum se cuida de simples efeito reflexo do direito objetivo, visto que o dever do Estado de outorgar jurisdição habita não apenas no interesse geral, mas especialmente no do interessado, que busca a satisfação de seu direito perante o órgão judicial. Demais disso, a outorga de justiça não fica ao arbítrio do órgão judicial, e é vista pelo contrário como uma proteção imperativa e não meramente aleatória. Por isso se caracteriza, fora de qualquer dúvida, como um direito subjetivo público, enquadrando-se mais precisamente na categoria dos direitos fundamentais, hoje constitucionalizados. Esse direito fundamental se concretiza, no plano processual, com o exercício da ação (processual, bem entendido), que decorre dos poderes e faculdades da parte autora, iniciando-se com a demanda e prosseguindo ao longo de todo o procedimento, por meio de atos concretos. Quando concedido o provimento final, seja ato executivo ou sentencial, a ação (processual) já terá sido exercida plenamente em sua integralidade, seja qual for o resultado do processo, o que afasta qualquer idéia de concretude” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e tutela jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/>> Acesso em: 10 jun. 2005 e na Revista dos Tribunais, São Paulo, n.836, jun. 2005, p. 11 a 33.

conduta”, pois indiretamente assinalam às partes quais são os fatos que a cada uma interessa provar para que sejam consideradas como verdadeiras as afirmações aduzidas.

No primeiro aspecto, busca-se proteger tanto o princípio da indeclinabilidade da jurisdição quanto de sua efetividade, isto é, o Estado-juiz tem o dever de prestar justiça, resolvendo a lide e pacificando o conflito. Imperam aqui, pois, valores relacionados à jurisdição, à justiça e à pacificação social. No segundo aspecto, busca-se proteger o direito que as partes têm, como cidadãos, de ver seus conflitos analisados tecnicamente por um ente imparcial que efetivamente dê resolução à lide. Além disso, lhes assiste o direito de, antes de iniciar o processo, terem conhecimento de como devem se comportar para atingir seus objetivos, sobretudo em relação à instrução probatória. Mais ainda, de verem os ônus relativos a repartição probatória serem isonomicamente distribuídos. Pairam aqui valores relacionados ao direito de acesso à jurisdição, ao devido processo legal e à igualdade no processo.

Estabelecida a importância das regras de distribuição do ônus da prova, resta indagar acerca dos *critérios* para a elaboração desta distribuição. Várias teorias foram formuladas procurando explicar os critérios adequados de distribuição, as quais, segundo Alfredo Buzaid, podem ser classificadas em antigas, de inspiração civilística, e modernas, teorias processualísticas, sobre as quais passaremos a expor⁹⁷.

⁹⁷ BUZOID, Do ônus..., p. 21.

1.2.3.2 Teorias antigas

As principais teorias antigas, desenvolvidas no século XIX, segundo aponta Pacífico, foram examinadas na dissertação de S. Soares de Faria (*Principais teorias relativas ao ônus probandi*. São Paulo: RT, 1936) que, de sua vez, seguiu em grande parte as anotações feitas por Gianturco em sua tradução aos comentários ao *Digesto* (Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni in generale, *Commentário alle Pandette*, v. XXII, p. 366 e segs.), de Frederico Gluck.⁹⁸ Foram elas desenvolvidas por Bentham, Webber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue.

Dentre estas, cumpre destacar, porque relacionadas diretamente ao presente estudo, apenas duas: as doutrinas de Benthan e Demogue.

Para Jeremy Bentham, jurista e filósofo utilitarista, era o autor que deveria ser protegido, pois este não se atreveria a propor uma ação senão quando convencido da sua justiça, ao passo que o réu, no mais das vezes, não teria outro intuito senão contrariar a demanda. Desse modo, a obrigação da prova, num sistema de justiça franco e simples, “deve ser imposta, caso por caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, vale dizer, despesas menores, menor perda de tempo e menor incômodo”⁹⁹.

Segundo observa Pacífico, a teoria de Benthan distancia-se do princípio romano segundo o qual ao autor incumbe o ônus de provar o alegado¹⁰⁰, o que mereceu a crítica de

⁹⁸ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 79-80.

⁹⁹ SOARES DE FARIA, S. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. p. 38.

¹⁰⁰ PACÍFICO, op. cit., p.84.

Pescatore, para quem o princípio romano é penhor de segurança, garantindo que o autor proceda cautelosamente e, se desaparecida tal regra, “os mais temerários e audazes se aventurarão a tentar fortuna nos arbítrios e erros dos tribunais”¹⁰¹.

Esta teoria, em verdade, cogita de uma distribuição não estática do ônus da prova, isto é, cabe tanto ao autor quanto ao réu, dependendo no caso concreto de quem possua melhores condições de fazê-lo.

Já para René Demogue, na produção das provas, deve prevalecer o princípio da solidariedade e não o da independência das partes. Sua teoria pode ser resumida em duas regras:

1) O que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições que o tornam verossímil. Não é obrigado, dizendo-se credor, a provar que é credor sem dolo, violência, por serem esses fatos excepcionais; 2) A obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc.¹⁰².

O primeiro princípio apontado por Demogue reproduz o princípio da normalidade exposto por outras teorias, e o segundo foi sustentado por Bentham, não trazendo, assim, nenhuma novidade¹⁰³.

Entretanto, o jurista francês contribuiu muito para a distribuição do ônus da prova em dois aspectos. O primeiro relacionado à distinção que efetuou, considerando o objeto e o conteúdo das obrigações, entre as obrigações de meio e obrigações de resultado, o que foi

¹⁰¹ SOARES DE FARIA, **Principais...**, p. 39-40.

¹⁰² Ibidem, p. 72-73.

¹⁰³ Ibidem, p. 73.

exposto em seu *Traité des obligations en general*, publicado na década de 30. Mais do que isso, logrou estabelecer uma *conexão* entre a natureza da obrigação e o ônus da prova, aproximando o direito material do processo¹⁰⁴.

Segundo Demogue, nas obrigações de meio, para a aferição do cumprimento do contrato importa a atividade desempenhada pelo profissional (que se obriga a utilizar os meios adequados), e não seu resultado.

Com relação às obrigações de resultado, a situação é diversa, pois o compromisso é de realizar um determinado ato para obter um resultado preciso.

A classificação de Demogue permite, assim, determinar que, em regra, nas obrigações de meio, o ônus da prova pertence ao autor prejudicado; nas obrigações de resultado, este ônus é do demandado, responsável pelo cumprimento da obrigação.

No segundo aspecto, a importância da teoria sustentada por Demogue está em avocar a aplicação do princípio da solidariedade das partes na produção probatória, o que ensejou uma

¹⁰⁴ Neste sentido Juan Martín Alterini: “El origen del distingo entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado pertenece a René Demogue, quien sostenía que hay casos en los cuales el deudor de una obligación contractual se compromete a obtener un resultado determinado y que, en el supuesto de no ser logrado, debe demostrar el *casus* para liberarse de responsabilidad (clásica obligación de resultado); así como que hay otros casos en los cuales, por lo contrario, el hecho de no concretar el fin perseguido, por sí solo, no genera responsabilidad salvo que el acreedor demuestre la culpa del deudor. El innegable mérito reconocido a la doctrina elaborada por el jurista francés finca en ‘haber puesto de relieve la trascendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones, en conexión con las reglas de la carga de la prueba’. De allí que la prístina distinción tenía consecuencias, quizá las más trascendentes, en cuanto al régimen probatorio en una y en otra clase de obligaciones. Así se ha dicho que, dentro de la rígida concepción, ‘en las obligaciones de resultado (determinadas), basta al acreedor probar que el resultado no ha sido alcanzado, y es el deudor quien ha de demostrar la causa ajena; en las obligaciones de medios (de prudencia y diligencia) el acreedor debe llevar a cabo la difícil prueba de la negligencia o la impericia del deudor’“. (ALTERINI, Juan Martín. **La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas**. Disponível em: <http://www.alterini.org/fr_tonline.htm> Acesso em: 14 jun. 2005.)

visão menos estática do fenômeno do ônus probatório e serviu, possivelmente, de inspiração às atuais teorias que buscam imprimir maior dinamicidade ao *onus probandi*.

Chama a atenção, ainda, que o princípio da solidariedade tenha sido invocado em meio a um cenário cultural e jurídico que primava pelo liberalismo individualista, que tomava a feição de “autonomia privada” na esfera civil, e de “independência das partes”, na processual.

Por fim, cumpre destacar que, segundo observa Pacífico, “a distinção operada por Demogue, levando em conta a natureza da obrigação, vale-se de elementos do plano do direito material para a distribuição do ônus da prova, o que se harmoniza, neste particular, com as mais modernas doutrinas sobre o tema”.¹⁰⁵

1.2.3.3 Teorias modernas

A fim de melhor contextualizar as doutrinas desenvolvidas por Chiovenda e Carnelutti, é necessário referir que as mesmas sofreram a influência tanto das doutrinas “antigas” quanto do Código de Napoleão.

Com efeito, as teorias do século XIX influenciaram as doutrinas subseqüentes na busca de um critério satisfatório para a distribuição do ônus da prova, sobretudo no que

¹⁰⁵ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 93.

concerne à adoção do critério da normalidade conjugado com a classificação dos fatos como constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos.¹⁰⁶

O critério ou princípio da normalidade baseia-se na idéia de que, para demonstrar o fundamento de um direito, basta a prova de suas condições essenciais, aquelas que são eficazes para lhe dar origem, enquanto a ausência das condições gerais – cuja presença se presume – deve ser provada pelo réu.

Além disso, as doutrinas desenvolvidas sobre o ônus da prova sofreram grande influência da codificação civil francesa¹⁰⁷. Do princípio segundo o qual quem demanda a execução de uma obrigação deve prová-la e quem pretende liberar-se deve provar o pagamento ou o fato que produziu sua extinção, exposto no art. 1315 do Código de Napoleão, inferiram os doutrinadores que quem quer exercer em juízo um fato que dá origem a um direito, deve prová-lo, da mesma maneira que está obrigado à prova quem afirma um fato que paralisa a pretensão contrária ou a extingue¹⁰⁸.

Tal generalização, todavia, deu ao artigo em questão um significado que remete ao provérbio *onus probandi incubit ei qui dicit*, vinculando-se a carga da prova ao interesse na afirmação, de maneira que a parte que formula um fato em apoio a sua própria demanda, suporta depois as conseqüências desfavoráveis derivadas da falta de declaração de certeza sobre este mesmo fato. Conclui, assim, Micheli¹⁰⁹:

¹⁰⁶ PACÍFICO, **O ônus...**, p. 93-94.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 94.

¹⁰⁸ MICHELI, **La carga...**, p. 313.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 313-314.

Es evidente, sin embargo, que de este modo el antiguo proverbio ha perdido su valor esencialmente procesal, sin adquirir, de otro lado, un significado más preciso, puesto que entonces no es ya suficiente referirse al interés en la afirmación sino que es necesario, por otra parte, recurrir a un criterio auxiliar, que puede ser el de las negativas, de las presunciones, de la distribución de los hechos de la hipótesis, etc.; es necesario atenerse, en otros términos, al contenido de la afirmación.

1.2.3.3.1 Teoria de Chiovenda

Neste cenário, Giuseppe Chiovenda observa que “é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova” a qual contemple, em todos os casos, a solução do problema de sua repartição, acrescentando que, seja qual for o princípio adotado, é também difícil justificá-lo em termos plenamente satisfatórios, isto é, de forma racional, absoluta e geral¹¹⁰

A doutrina defendida por Chiovenda se funda no interesse em provar e se inspira nos critérios da oportunidade e de igualdade distributiva. Para ele, “antes de tudo, é uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova”¹¹¹, uma vez que diante do caso concreto, muitas vezes é difícil efetuar a repartição do ônus da prova formulando uma regra geral para fazê-lo, não sendo possível dizer-se, *a priori*, que a repartição seja rigorosamente lógica e justa. Poder-se-ia afirmar que “a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a *existência* dos fatos constitutivos do direito quanto a *não existência* dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a

¹¹⁰ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 2, p. 378-379.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 379.

recusar-lhe, logo, a tutela jurídica”¹¹². Daí por que a distribuição se reveste de mera oportunidade.

Quanto à igualdade distributiva, afirma o jurista italiano que a distribuição do ônus da prova deve considerar o princípio da igualdade das partes, uma vez que no processo onde impera o princípio dispositivo, o “encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se a iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, quem tem *interesse* em que sejam por ele considerados como verdadeiros”¹¹³.

Assim, Chiovenda conclui que “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam seu efeito natural”.¹¹⁴

O interesse à prova só surgiria para o réu quando provados os fatos constitutivos pelo autor, cabendo àquele ou provar a inexistência dos fatos constitutivos ou, sem excluí-los, afirmar, e provar, outros fatos capazes de elidir os efeitos jurídicos dos fatos constitutivos. Assim, “a questão do ônus da prova reduz-se, portanto, no caso concreto, a estabelecer quais os fatos que, considerados existentes pelo juiz, devem bastar para induzi-lo a acolher a demanda (*constitutivos*)”¹¹⁵.

¹¹² CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 2, p. 379.

¹¹³ *Ibidem*, p. 379.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 382.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 380.

E para distinguir os fatos constitutivos dos impeditivos, Chiovenda lança mão do princípio da normalidade, aduzindo que “as condições gerais de validez de todos os negócios, em *regra, normalmente*, existem: a falta de tais condições é *excepcional*. Ao revés, as condições *específicas* de um negócio não constituem uma regra; a carência delas não é excepcional”¹¹⁶.

1.2.3.3.2 Teoria de Francesco Carnelutti

Para Carnelutti, o critério do interesse para justificar a repartição do ônus não é satisfatório para resolver o problema. É, ao contrário, um critério equívoco. O interesse na prova tem caráter bilateral e corresponde à estrutura dialética do processo. Alegando um fato, ambas as partes têm interesse em direções opostas. Se o autor tem interesse em fazer a prova da sua existência, o réu tem interesse em fazer a prova de sua inexistência¹¹⁷.

Carnelutti parte da distinção entre interesse na afirmação e interesse na prova. O interesse na afirmação é unilateral, isto é, cada uma das partes tem interesse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou exceção. Já o interesse na prova é bilateral, pois uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em subministrar a seu respeito a prova¹¹⁸.

¹¹⁶ CHIOVENDA, *Instituições...*, v. 2, p. 381.

¹¹⁷ CARNELUTTI, *Sistema...*, v. 2, p. 131-132.

¹¹⁸ BUZAID, *Do ônus...*, p. 23.

Desse modo, a distribuição do ônus da prova deve ocorrer tendo em vista o interesse à afirmação, pois “tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propõe a ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas”¹¹⁹.

Além do *interesse na afirmação*, Carnelutti faz prevalecer um outro critério teleológico, atrelado ao fim último do processo, que na sua visão é a justa composição da lide. Enfatiza o autor que, do ponto de vista teleológico, isto é, levando em consideração a finalidade do processo, é evidente que o critério de distribuição do ônus da prova deve ser escolhido não só tendo em vista a sua idoneidade para distinguir as partes em relação ao fato, mas tendo em vista também a conveniência de estimular a prova à parte que esteja provavelmente em condições de dá-la, com base em uma regra de experiência que estabeleça qual das duas partes esteja em melhores condições para tanto. Somente assim o ônus da prova constitui um instrumento para atingir o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide¹²⁰.

Quanto ao art. 1312 do Código Civil italiano, no qual quem propõe uma demanda tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe uma exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas, afirma Carnelutti que seria consentâneo com o conteúdo da lide na medida em que faz a distinção entre defesa e exceção¹²¹ e, além disso, “é um critério baseado em regras de experiência já que, quase

¹¹⁹ CARNELUTTI. *Sistema...*, p. 133.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 132.

¹²¹ *Ibidem*, p. 133.

sempre, a parte a favor da qual certo fato constitui a base de um pedido ou de uma exceção está em melhores condições de produzir a prova”¹²².

No entanto, segundo adverte Augenti, para Carnelutti o princípio da distribuição do ônus da prova enunciado no mencionado artigo 1312 do Código Civil italiano “encontra sua exceção na *inversão do ônus*, no sentido de que às vezes a lei ‘põe o risco da prova que falta de um fato com ônus do demandado, inclusive se trata de um fato constitutivo, ou vice-versa, com ônus do autor, inclusive se trata um fato extintivo ou de uma condição impeditiva’”¹²³. Quer nos parecer, *smj*, que o autor italiano abre aqui uma porta para a *dinamicidade* da distribuição, uma vez que admite exceções à regra geral com base na *presunção* de veracidade determinados fatos.

1.2.3.3.3 Teoria de Piero Calamandrei

Já em 1955, no ensaio chamado *Verdade e verossimilhança no Processo Civil*¹²⁴, Calamandrei cogitava de um sistema processual no qual a distribuição da carga da prova, no lugar de estar rigidamente preestabelecida por lei segundo a posição processual das partes e a natureza dos fatos a provar ajustada à relação jurídica, estivesse determinada em cada caso pelo juiz segundo uma prévia avaliação comparativa da verossimilhança das afirmações das partes, de sorte que o encargo recairia sobre uma ou outra das partes segundo o diferente grau de probabilidade que a seu juízo tivesse que atribuir às afirmações em contraste. “Bastaria, em outras palavras, que a afirmação da parte fosse verossímil, para que o juiz tivesse de inverter

¹²² PACÍFICO, *O ônus...*, p. 100.

¹²³ AUGENTI, *Apêndice...*, p. 257.

na sua vantagem a carga da prova, fazendo gravar sobre a contraparte a carga de provar o contrário”¹²⁵.

O jurista, embora ciente de que tal sistema não era o adotado pelo processo italiano, que se funda na distribuição legal da carga da prova, defende a idéia de que nele existiam “fendas” através das quais a alegação da parte vem a exercer por si mesma e face a sua verossimilhança e credibilidade, uma eficácia probatória peculiar. Como exemplo, apontou o art. 2736, n° 2, do estatuto processual italiano, que trata do *juramento supletório*, mediante o qual “o juiz, quando livremente elege a parte a quem o deferir, manifesta com isso uma preferência fundada na confiança que tem como base a diferente verossimilhança das alegações”¹²⁶.

E prossegue o jurista italiano esclarecendo que, em termos probatórios, quando o juiz defere o juramento supletório a uma das partes, está sinalizando claramente qual das alegações contraposta é a mais verossímil, merecendo, por isso, ser ajudada com o juramento. “A avaliação probatória se conclui de fato, assim, com um juízo de verossimilhança; o juramento só serve, *pro exoneranda conscientia judicis* (para descarregar a consciência do juiz), para repisar com um carimbo de solenidade formal uma decisão que se fundamenta já, em substância, mais do que na força de convicção da prestação do juramento, na prévia atendibilidade da alegação proposta como fórmula dele”¹²⁷.

Importante lembrar aqui que, como já assinalado em tópico anterior, para Calamandrei a verossimilhança é uma “substituição da verdade” pois, “mesmo para o juiz mais escrupuloso

¹²⁴ CALAMANDREI, *Derecho...*, v. 3, p. 317 et seq.

¹²⁵ CALAMANDREI, *Derecho...*, v. 3, p. 286, traduzi.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 338, traduzi.

e atento, vale o limite fatal de relatividade próprio da natureza humana: o que enxergamos, só é o que nos parece que enxergamos. Não verdade, senão verossimilhança: é dizer, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade”¹²⁸.

1.2.3.3.4 Teoria de Leo Rosenberg

Antes de expor a teoria formulada por Rosenberg, faz-se oportuno apresentar, ainda que em linhas gerais, algumas das idéias deste jurista no tocante à questão do ônus da prova.¹²⁹

Para o jurista alemão a tarefa do juiz, no processo, consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Ao fazê-lo, o juiz desenvolve tripla atividade que consiste em “conhecer o direito objetivo; correlacionar as alegações de fato das partes aos pressupostos fáticos das normas legais, verificando se há coincidência entre ambos; e, finalmente, examinar se os fatos afirmados são verdadeiros e, portanto, aptos a desencadear os efeitos previstos nas normas. Somente quando as circunstâncias de fato afirmadas correspondem aos pressupostos legais e são verídicas, o juiz pode acolher o pedido formulado pela parte”¹³⁰.

A aplicação do direito em forma de afirmação do efeito de um preceito jurídico é o resultado de um silogismo em que o preceito jurídico constitui a premissa maior e o conjunto

¹²⁷ Ibidem, p. 339, traduzi.

¹²⁸ CALAMANDREI, **Derecho...**, v. 3, p. 319, traduzi.

¹²⁹ As idéias aqui expostas baseiam-se predominantemente na obra de ROSEMBERG, **La carga...** onde podem ser aprofundadas.

¹³⁰ PACÍFICO, **O ônus...**, p. 112.

de fatos concretos e comprovados como verídicos representam a premissa menor¹³¹, residindo o problema da carga do ônus da prova unicamente na premissa menor do silogismo judicial.

Porém, observa o autor que nem toda premissa menor é o domínio de aplicação das normas relativas ao ônus da prova, pois somente em caso de incerteza sobre a chamada questão de fato o juiz precisa de uma instrução, dada pelas normas relativas ao ônus da prova, acerca do conteúdo da sentença que deve prolatar¹³².

Conclui, assim, que os limites do problema do ônus da prova coincidem com os existentes entre a questão de fato e a questão de direito. As normas relativas ao ônus da prova estão destinadas a resolver as dúvidas no terreno da questão de fato e apenas têm capacidade para isso¹³³.

Partindo do pressuposto de que o juiz só pode aplicar um preceito jurídico quando se tenha convencido da existência das circunstâncias que constituem os pressupostos do preceito, não podendo aplicá-lo se está convencido da inexistência ou se está em dúvida de sua existência, afirma o jurista que “aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente – *soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable*”¹³⁴.

¹³¹ ROSENBERG, *La carga...*, p. 6.

¹³² *Ibidem*, p. 7.

¹³³ *Ibidem*, p. 10.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 11.

No que toca ao ônus subjetivo (ao ônus de subministrar a prova¹³⁵), Rosenberg não nega a sua existência, mas dentro de sua doutrina o coloca em posição não central visto que, *a um*, só importam os fatos demonstrados, sendo indiferente quem os demonstrou; *a dois*, o problema do ônus da prova só se apresenta quando a prova não tenha sido produzida; *a três*, a essência do fenômeno consiste na *carga da certeza*, no perigo de não se haver comprovado uma afirmação de fato¹³⁶.

Rosenberg posiciona-se, ainda, contrariamente a uma distribuição não estática do ônus da prova. Para ele, a distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é um postulado da segurança jurídica¹³⁷, pois “a questão de saber que parte deve suportar a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação de fato importante e controvertida, necessita uma contestação baseada em uma regra de direito fixa e abstrata. A ciência não pode nem deve renunciar a esta regra, a prática dela necessita e exige da ciência que a procure”.¹³⁸

Nesse aspecto, discordamos da posição adotada por Rosenberg, visto que equivocada. Ao sublimar o princípio segurança jurídica, o jurista alemão não levou em consideração outros princípios – como o princípio da igualdade – cuja importância é tão fundamental quanto o que defende.

Certamente, ao escrever sua obra, Rosenberg encontrava-se noutra contexto histórico, no qual reinava a *visão individualista* do papel das partes no processo e a feição *estática* do contraditório, primando-se pela segurança. Contudo, a evolução do Direito Processual impôs

¹³⁵ Nas exatas palavras do autor: “en un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decision sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia. En esto estriba el concepto de la *carga de la afirmación* (también llamada *carga de la alegación*)”, (Ibidem, p. 39.)

¹³⁶ ROSENBERG, **La carga...**, p. 18-19.

¹³⁷ Ibidem, p. 59.

¹³⁸ Ibidem, p. 91.

a observância a outros valores (tais como a igualdade, a efetividade, a cooperação, etc.) e, sobretudo, o balanceamento destes com vistas a alcançar a mais efetiva justiça ao caso concreto. Neste novo cenário, onde os “diversos valores e os fins do processo encontram-se mutuamente implicados e relacionados entre si, porque de certa forma indissociáveis”¹³⁹, resguardar-se a segurança da forma em prejuízo do conteúdo abrangido é de todo inócuo para os fins maiores do processo.¹⁴⁰

Colocadas estas premissas, pode-se enfrentar a questão da regra de distribuição do ônus da prova defendida por Rosenberg.

Para o autor só é possível estabelecer uma só regra de distribuição, qual seja: cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável (= da norma cujo efeito jurídico redunde em seu proveito). Explica o autor que “la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están

¹³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo...**, p. 219. O autor, no artigo “Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento”, observa que os valores da segurança e da efetividade se encontram em permanente conflito, “numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessiva nem desarrazoada. O mesmo se podendo afirmar da efetividade, que não pode afetar a essência da segurança. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 59-72, dez. 2005, p. 65.)

¹⁴⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, analisa as razões para esta mudança de perspectiva apontando que “nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor efetividade sobre o da segurança. Em primeiro lugar, em razão da já mencionada mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, torna-se imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais. Outro fator relevante é a própria adoção de princípios e sua constitucionalização, fenômeno que se iniciou após o término da segunda guerra mundial. A anterior tramitação fechada e a minúcia regulamentadora das atuações processuais (excesso de formalismo) dos códigos processuais, formados em período autoritário ou informados por ideologias dessa espécie, servia ao fim de controle da jurisdição e dos agentes forenses pelo centro do poder político, diminuindo a participação democrática dos sujeitos de direito. Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Formas de tutela..., p. 66.)

realizadas en los hechos”.¹⁴¹ O autor, como bem observa Pacífico, desloca a relevância dos fatos (constitutivos, impeditivos, etc.) às próprias normas, das quais os fatos são pressupostos de sua aplicação.¹⁴²

As dificuldades e as controvérsias, para o jurista alemão, estariam em saber quais são as normas (que chama de preceitos jurídicos) que devem ser consideradas favoráveis ao demandante e quais as que são proveitosas ao demandado.

Para a solução desses problemas, Rosenberg apresenta uma classificação das normas, classificação esta que depende da relação que estas normas desenvolvem umas com as outras, isto é, é na dinâmica das relações que aparecem as classificações.

Sustenta que se um ordenamento jurídico se propõe a abarcar e regular, de um modo mais ou menos completo, a variedade das relações da vida, só poderá fazê-lo se tomar como ponto de partida um caso normal da respectiva relação jurídica, fixando suas conseqüências jurídicas. Em razão das exceções a este caso normal, que ocorrem na realidade, o ordenamento contém disposições especiais que são normas contrárias à primeira norma, modificando ou muitas vezes eliminando seus efeitos. Novos elementos que sobrevêm podem provocar novas disposições de exceção, com novas conseqüências jurídicas ou podem justificar o retorno ao caso normal etc.¹⁴³ Assim, o ordenamento jurídico se compõe de uma gama de regras gerais que regulamentam os casos normais, cujos efeitos são limitados por um grande número de exceções, que se ramificam de modo cada vez mais sutil.¹⁴⁴

¹⁴¹ ROSENBERG, *La carga...*, p. 91.

¹⁴² PACÍFICO, *O ônus...*, p. 113.

¹⁴³ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁴ Refere Rosenberg que o ordenamento jurídico aparece “como un fondo de reglas generales para casos normales, limitadas en sus efectos por un gran número de excepciones que se ramifican de modo cada vez más sutil”. (*Ibidem*, p. 92.)

Desse modo, Rosenberg coloca de um lado a chamada *norma fundamental*, supondo que ela constitua a base de uma pretensão na maioria dos casos, consistente numa *norma constitutiva ou criativa de direito* (por exemplo, a norma que cria para o mutuante o direito de reclamar a devolução de coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade), e de outro as demais normas que com esta se relacionam, chamadas de *normas contrárias*, classificando-as de acordo com a posição que assumem nesta relação. Seriam elas: a) *normas impeditivas de direito*, as quais impedem desde o princípio o surgimento do efeito da norma constitutiva de direito, de sorte que esta não chega a revelar sua eficácia, não produzindo conseqüências jurídicas (no exemplo dado, seria a norma que prevê que a declaração de vontade exarada por menor de idade não tem validade se não convalidada por seu responsável, o que o isentaria da devolução); b) *normas destrutivas de direito*, que destroem o direito já nascido com a norma constitutiva (por exemplo, o cumprimento do contrato pela devolução da coisa ou o pagamento); c) *normas exclusivas de direito ou inibitórias*, que outorgam ao demandado um direito formativo cujo exercício exclui as normas constitutivas (p. ex. alegação de compensação).

Adverte Rosenberg que a distinção entre as *normas constitutivas* e as *destrutivas* pode oferecer alguma dificuldade. Deve-se ter em mente, para diferenciá-las, que só pode ser *destruído* o que já *foi constituído*, isto é, um direito existente, nascido. As características das *normas destrutivas* dão por certas as características da norma constitutiva como um estado de coisas já realizado no passado.¹⁴⁵ Como exemplos nos quais o ônus recai sobre o demandado, o autor cita a impossibilidade superveniente, a remissão da dívida, etc.¹⁴⁶

¹⁴⁵ ROSENBERG, *La carga...*, p. 110.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 111.

Já a distinção entre as *normas constitutivas* e as *impeditivas* é mais complexa. Os pressupostos da norma impeditiva devem dar-se antes que as circunstâncias definidoras da norma constitutiva se hajam realizado completamente, de modo que os pressupostos de ambas as normas existam, por assim dizer, simultaneamente no momento preciso e decisivo para o nascimento do direito. Observe-se que algumas circunstâncias definidoras da norma constitutiva já podem ter ocorrido em parte, todavia, só em parte, de modo que não se podem ter como realizados os seus efeitos. Como exemplos, menciona Rosenberg a revogação de uma oferta de contrato antes de sua aceitação, a revogação do consentimento antes da inscrição no registro de imóveis etc.¹⁴⁷

Assinala o jurista que com a análise de tais casos e todos os demais é possível concluir que tais relações se reduzem à relação entre regra e exceção, ou seja, a norma constitutiva determina os pressupostos necessários para que um direito ou uma relação jurídica possa nascer e a norma impeditiva estatui, excepcionalmente, que esse direito ou essa relação jurídica não podem nascer, isto é, quando se agregam uma ou várias outras características determinadas.

No desenvolvimento das relações entre todas essas normas, pode ocorrer, segundo o autor, que às contranormas se oponham novamente outras normas, que desde o princípio impedem a produção de efeitos jurídicos daquelas ou que venham a eliminá-los posteriormente, de modo que a norma constitutiva (fundamental) surte todos seus efeitos sem barreiras. Neste sentido, é factível falar de normas *impeditivas do impedimento* ou *destrutivas*

¹⁴⁷ ROSENBERG, *La carga...*, p. 113.

do impedimento e etc., podendo aventar-se um “juego extenso y reiterativo de normas contrarias, ya que el efecto de *cada una* de ellas puede ser impedido o destruído por otra”¹⁴⁸.

Importante sublinhar que esta relação recíproca das normas jurídicas é relativa ao direito sobre o qual se relacionam, pois é possível que tais normas alterem suas classificações de um processo para outro, isto é, de um direito para outro. Assim, uma norma classificada como impeditiva numa demanda, pode ser a norma fundamental de outra demanda.

Pacífico faz uma boa síntese do exposto:

Além de traduzir-se na invocação de normas contrárias, a defesa do réu também pode negar a presença dos pressupostos processuais; sustentar a inexistência do preceito jurídico invocado pelo autor ou a necessidade da prova de outros pressupostos; afirmar que os efeitos pretendidos não correspondem à norma; ou, ainda, negar a premissa menor do silogismo, isto é, a circunstância de fato, seja diretamente ou indiretamente. Essa última hipótese (negação indireta) ocorre mercê da afirmação, pelo réu, da existência de uma relação jurídica diversa da sustentada pelo autor. Isso porque, conforme salienta Rosenberg, a relação da norma fundamental com as normas contrárias pressupõe a identidade de características definidoras de ambas. Assim, se em uma demanda que tem por objeto a devolução de dinheiro emprestado o réu contesta, alegando que houve doação, inexistência dos pressupostos das normas respectivamente invocadas¹⁴⁹.

Outro aspecto a ressaltar é que a relação de uma norma fundamental com a norma contrária, e desta com outra contrária, etc., pressupõe que as características definidoras da norma contrária sejam exatamente as mesmas da norma fundamental e que aquela contenha algumas características mais que justifiquem o efeito contrário. Diz Rosenberg que “el estado de cosas presupesto por la norma en contra debe comprender enteramente el estado de cosas presupesto por la norma fundamental y ser compatible con éste”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ ROSENBERG, *La carga...*, p. 94.

¹⁴⁹ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 117.

¹⁵⁰ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 95.

Esclarece o autor que a referência a “normas constitutivas, impeditivas, etc.”, não deve ser entendida necessariamente vinculada a preceitos isolados do Código Civil, e sim todos os preceitos jurídicos concordantes que têm por consequência a fundação do direito¹⁵¹. Por exemplo, as características da norma, segundo a qual o contrato de compra e venda obriga o vendedor a entregar a coisa e a transmitir o domínio e ao comprador a recebê-la e pagar o preço, completam-se pelas normas que determinam que certos contratos de compra e venda devem conter certas formas e pelas normas que determinam que a obrigação de transmitir o domínio se estende aos acessórios. Em suma, a norma fundamental é o conjunto de normas que convergem para a criação do direito.

Feitas as considerações supra e contextualizado o pensamento de Rosenberg, passemos ao critério por ele empregado para distribuição do ônus da prova.

Afirma Rosenberg: “cada parte soporta esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso. Sólo mediante la interpretación del derecho material es posible acertar el alcance de los hechos que deben constar (ser probados)”¹⁵².

Desse modo, deve-se examinar, em primeiro lugar, quais os pressupostos dos preceitos jurídicos que incidem na aplicação concreta do direito afirmado pelo demandante, depois, analisar se o demandante alegou no processo todos esses pressupostos, se o demandado fundamentou sua contestação à demanda apenas negando os fatos afirmados ou se afirmou fatos independentes que motivam a aplicação de outros preceitos e, finalmente, verificar se foram provadas essas afirmações, no caso de serem discutidas. Arremata o autor: “la primera

¹⁵¹ ROSENBERG, *La carga...*, p. 97.

¹⁵² *Ibidem*, p. 107.

y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características”¹⁵³.

É patente, portanto, a importância atribuída por Rosenberg em sua teoria ao estudo do caso concreto, pois embora defenda a aplicação de normas distributivas genéricas e fixas, afirma que sua aplicação se faz diante do caso concreto, inserindo o direito material dentro do processo.

No entanto, o autor toma o cuidado de distinguir entre o que chama de “ônus abstrato” e “ônus concreto” da prova. Por *ônus abstrato* entende o “conteúdo e o alcance que derivam das características definidoras da lei” e por *ônus concreto*, o conteúdo e o alcance destas características na forma como apresentadas pelas partes em suas afirmações¹⁵⁴. Todavia, “a situação concreta apresentada pelas partes em suas afirmações, no caso singular, não pode ter o condão de alterar os pressupostos abstratos previstos pela norma”¹⁵⁵.

A relação entre o ônus abstrato e o ônus concreto é uma relação de dependência e subordinação, “do mesmo modo que a relação entre o estado concreto das coisas e as características abstratas da lei”. O juiz deve verificar tanto as características abstratas previstas na norma quanto as características concretas desta afirmadas pelas partes no caso singular, todavia as afirmações concretas das partes no litígio só adquirem importância (daí a relação de dependência e subordinação) se, quando comparadas, contiverem as características abstratas previstas na lei. Assim, as afirmações concretas das partes no processo dão vida ao ônus abstrato, mas de nenhum modo são capazes de introduzir mudanças nesse ônus.

¹⁵³ ROSENBERG, *La carga...*, p. 107.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 153.

¹⁵⁵ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 117.

Por outro lado, o papel das partes no processo não tem importância para a distribuição do ônus da prova¹⁵⁶. “Se cada parte tem o ônus da prova quanto aos pressupostos da norma jurídica cujo efeito reclama a seu favor, logicamente deve ser indiferente o fato que deseja obter este efeito na qualidade de autor ou réu; de outro modo a situação casual da parte decidiria sobre a distribuição do ônus da prova, definindo muitas vezes a sorte do processo”¹⁵⁷. Assim, quem quer fazer valer um crédito, tem o ônus da prova seja na qualidade de autor, a fim de cobrá-lo, seja na de réu, a fim de compensá-lo.¹⁵⁸

Em síntese, como afirma Pacífico, “a distribuição do ônus da afirmação e do ônus da prova se baseia nesta diferença de preceitos jurídicos. O autor deve provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito sobre o qual funda sua pretensão. E o réu deve provar os pressupostos da norma em virtude da qual alcança o rechaço da demanda. Não se trata de *factos* constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, mas do pressuposto das normas constitutivas, impeditivas etc., mesmo porque o fundamento do direito está na norma e não nos fatos: ‘Os fatos produzem seus efeitos sobre as relações jurídicas não por si mesmos, mas sim em virtude dos preceitos jurídicos’”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ ROSENBERG, *La carga...*, p. 158.

¹⁵⁷ Nas palavras do autor: “Pues si cada parte tiene la carga de la prueba en cuanto a los presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto reclama para sí, lógicamente debe ser indiferente el hecho de que desea hacer constar este efecto en el proceso en calidad de demandante o de demandado; de otro modo la situación casual de parte decidiría sobre la distribución de la carga de la prueba y, con eso, muchas veces sobre el éxito del proceso”. (Ibidem, p. 158.)

¹⁵⁸ Para Rosenberg o exemplo mais importante para este princípio é ação declaratória negativa. Diz o autor: “Es cierto que el demandante debe sostener la afirmación de *derecho* de que la relación jurídica que es objeto del litigio no existe. Pero la carga de la afirmación y de la prueba no se distribuye de otro modo que en el caso en que se hubiera pedido la declaración de la existencia de la relación jurídica o la prestación a base de ésta. Ello quiere decir: el estado de cosas que *dió origen* a la relación jurídica y cuya no-existencia debe hacerse constar, pertenece a la carga de la afirmación y prueba del *demandado*. El *demandante* sólo tiene la carga de la prueba en cuanto afirma circunstancias que corresponden a las características de una norma impeditiva, destructiva o excluyente, como, por ejemplo, que careció de capacidad comercial en el momento de verificarse el contrato o que prestó lo debido o declaró el desistimiento, etc.”(Ibidem, p. 159).

¹⁵⁹ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 119.

Cumpra, por fim, dar destaque na teoria de Rosenberg à exata posição ocupada pelo ônus da prova. Embora a livre apreciação e o ônus da prova se encontrem em terrenos situados muito próximos um do outro, estão separados por limites bem claros, isto é, este começa onde termina aquele. O juiz, com base no que foi discutido e provado no processo, assim como com base em seus conhecimentos de vida e dos homens irá “apreciar livremente a prova”, visando a obter a convicção da verdade ou falsidade das afirmações sustentadas e discutidas. Se após tal análise, o juiz não conseguir chegar a nenhum resultado, lançará mão das regras sobre o ônus da prova, estas um *ultimum refugium*. A esse respeito, sustenta Rosenberg que “el dominio de la carga de la prueba cominza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este ultimo sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó”¹⁶⁰.

Além disso, a livre apreciação da prova não cria exceções ao princípio de distribuição do ônus da prova no qual cada parte deve provar os pressupostos das normas que lhe são favoráveis, isto é, não provoca a modificação ou inversão do ônus.

A livre apreciação da prova é o princípio segundo o qual o juiz, segundo sua livre convicção, se bem fundada, pode e deve considerar verídica uma afirmação. O juiz chega a essa convicção graças a *princípios gerais fundados na experiência* os quais, em parte compreendem os resultados da investigação científica e em parte derivam da observação da vida e da conduta dos homens. Com a ajuda desses princípios, o juiz examina o valor probatório dos meios de prova e ao mesmo tempo decide se estes meios são hábeis para fundamentar a convicção de verdade dos fatos discutidos. No entanto, também em razão de princípios fundados na experiência, o juiz extrai conclusões de fatos não discutidos ou

¹⁶⁰ ROSENBERG, *La carga...*, p. 56-58.

provados, com relação à verdade de outros fatos discutidos. Exemplifica o autor mencionando que

al comprobarse un cierto hecho es permitido considerar también otro como existente, cuando aquél por regla general es la consecuencia o el presupuesto de este último, etc. [...] Así, en virtud de su libre apreciación, el juez considera probado lo que según la experiencia constituye una *regla de la vida*, en tanto que no se presenten circunstancias que excluyen la aplicación de esta regla¹⁶¹.

Por isso, arremata o jurista alemão, cada parte responderá pelo ônus da prova das circunstâncias que alega e que, de acordo com as regras da vida, justificam concluir acerca da verdade dos fatos, podendo-se deixar tranqüilamente à contraprova da outra parte a alegação das circunstâncias especiais que, excepcionalmente, fazem parecer inadequada a aplicação desse princípio fundado na experiência¹⁶². Em seguida, o jurista cita algumas hipóteses nas quais se emprega o mesmo raciocínio, como a prova *prima facie*, a chamada *presunção de autenticidade e integridade do contrato* e a *presunção de continuação de situação de fato*.

Assim, para Rosenberg, os princípios fundados na experiência

solo tienen importancia para el suministro de la prueba al ejercer influencia en el modo de cómo la parte que carga con la prueba cumple con su tarea. La confusión entre *carga* y *apreciación* de la prueba sólo se comprende y es posible en el plano de la carga subjetiva de la prueba, de la carga de suministrar ésta. El partidario de la carga objetiva de la prueba, de la carga de la certeza, está prevenido, desde el principio, contra semejante error. Pues los principios fundados en la experiencia y la libre apreciación de la prueba no contribuyen nada para la solución del problema que suscita la carga objetiva de la prueba, a saber: sobre quién recae el perjuicio cuando – a pesar del principio fundado en la experiencia – existen dudas respecto de la verdad de una afirmación de parte. Sobre esto informa únicamente la teoría de la carga de la certeza¹⁶³.

¹⁶¹ ROSENBERG, *La carga...*, p. 164-165.

¹⁶² *Ibidem*, p. 165.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 171.

Nos casos judiciais, repete-se com frequência a frase de que o ônus da prova “inverte-se” ou “muda” quando o adversário ou as pessoas pelas quais este responde, *culpavelmente* ou *violando princípios de boa-fé*, ou por outro meio condenável segundo o sentimento geral do direito, tornam impossível, impedem ou dificultam o fornecimento da prova à parte que tem o ônus correspondente, seja dentro ou fora do processo. Exemplifica o autor com a situação na qual o adversário não coloca à disposição da parte o objeto da inspeção ocular que se encontra em seu poder. Nesse caso, sustenta, não se trata de inversão do ônus da prova, apenas de situação na qual o tribunal pode considerar provada a afirmação discutida fundado na experiência de que o adversário, se fato era falso, não haveria impedido o fornecimento da prova e sim que, ao contrário, tê-la-ia fornecido¹⁶⁴.

A visão do autor, quer nos parecer, se por um lado se *alarga* com a entrada do direito material no processo, aqui volta a se estreitar defendendo que a livre apreciação se resume ao momento final da decisão e não a toda condução da fase probatória, isto é, na fixação dos pontos controvertidos, nas provas a serem produzidas, no modo como tais provas produzir-se-ão (meios) etc.

1.2.3.3.5 Teoria de Gian Antonio Micheli

Micheli, autor da importante obra *L'onere della prova*, sustenta que o juiz deve julgar sempre, não só quando a lei se mostrar obscura ou lacunosa, mas também quando faltarem os elementos de fato necessários para formar a própria convicção. Assim se faz necessário

¹⁶⁴ ROSENBERG, *La carga...*, p. 172-173.

porque, segundo afirma, “el Estado, mediante el derecho, desea asegurar más bien la certeza de relaciones y estados de hecho que no la justicia, entendida em um sentido más elevado”¹⁶⁵.

Micheli, depois de analisar a crítica formulada às diversas noções de ônus da prova, elaboradas pela doutrina italiana e estrangeira, conclui que

não existem dois aspectos antitéticos e muito menos distintos do fenômeno, e sim um fenômeno único, consistente na existência de uma regra de juízo, em virtude da qual o juiz é colocado na condição de ter de sentenciar em qualquer caso, ainda quando não esteja em condição de formar a própria convicção acerca da existência de fatos relevantes.¹⁶⁶

Discrepando de Rosenberg, Micheli focaliza o fenômeno do ônus da prova sob o prisma unitário da “regra de julgamento”, emprestando importância meramente prática (e não jurídica) ao chamado ônus subjetivo, na medida em que é prática a necessidade de o sujeito produzir provas¹⁶⁷.

Para o autor, os vários critérios de distribuição do ônus da prova, baseados na diversa relevância dos fatos, que constituem a hipótese legal, não são por si suficientes para explicar

¹⁶⁵ MICHELI, La carga..., p. 7-8. Para melhor situar o pensamento do autor cumpre citar a seguinte passagem: “Esto aparece como evidente cuando se consideran los medios con los cuales el derecho objetivo se realiza a través del proceso. El sistema de las reglas probatorias, de un lado, las reglas de juicio, y la misma autoridad de lo juzgado, por otro, son instrumentos notables para obtención, en todo caso, de una providencia de mérito, esto es, para la determinación del contenido de la decisión, sobre la base de un criterio normativo (eventualmente dictado por la experiencia), y, como consecuencia, de la certeza jurídica. Tales reglas, que se explican en parte históricamente, como el resultado de un proceso de solidificación de reglas derivadas de la experiencia, están justificadas, por lo demás, por el valor particular que se atribuye a la convicción del juez y al propio alcance de su acto de juzgar. Bajo este aspecto es también oportuno observar que, si bien es cierto que el juez y el historiador pronuncian en cada caso un juicio (histórico y por tanto) relativo, es, sin embargo, cierto que el segundo, a diferencia del primero, no pronuncia nunca como verdad el resultado de su crítica de los testimonios, sino que afirma solamente su corrección formal. En cambio, el juez, al pronunciar la propia sentencia no realiza un acto de inteligencia cuando un acto de voluntad, ejercitando el *imperium* que la ley le confiere al atribuirle la función jurisdiccional. De ello se sigue, por tanto, que el mismo ejercicio del *imperium* del juez haga necesaria la formulación de normas que aseguren, en cualquier hipótesis, el juicio de aquél, esto es, una providencia en cuanto al fondo, cuando no se prefiera dejar a la discreción del juez la formulación concreta de la decisión, en virtud de criterios de la experiencia, valorables libremente como tales.” (Ibidem, p. 8-12.)

¹⁶⁶ Ibidem, p. 175.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 110.

inteiramente o fenômeno. Embora atribua importância às normas de direito material para permitir a formulação de critério distributivo, pois “é no conteúdo das normas invocadas pelas partes que se logra qualificar, na *fattispecie*, a relevância dos fatos”, assinala que a análise não se esgota na norma de direito material, sendo necessário considerar o critério processual, que consiste na posição das partes com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo¹⁶⁸.¹⁶⁹

Prosseguindo, refere Micheli que

La distribución de la carga de la prueba parece establecida principalmente por la posición ocupada por la parte misma, respecto del efecto jurídico pedido: tal relación está determinada por el derecho sustancial, en cuanto este último disciplina la hipótesis legal, por el derecho procesal, en cuanto se tenga presente el perfil unilateral, adoptado por cada una de las partes en el proceso, esto es, la situación procesal puesta en práctica por la parte, la cual formula una propia demanda en juicio¹⁷⁰.

Para exemplificar, Micheli cita o caso da distribuição do ônus da prova do inadimplemento de uma obrigação contratual. A parte que não deu causa ao descumprimento da obrigação poderá ir a juízo pleitear ou a resolução do contrato, ou o cumprimento da obrigação. Se optar pela resolução do contrato, o inadimplemento da outra parte é fato constitutivo do direito do autor, cabendo a este a prova da ocorrência do inadimplemento, uma vez que é deste fato – inadimplemento – que se deduz o efeito jurídico pretendido – resolução – com base na norma legal que o prevê. Todavia, se optar por demandar pelo cumprimento da obrigação, embora alegue o nascimento da obrigação e seu descumprimento por parte do réu, incumbe a este, réu, a prova do adimplemento da obrigação, fato extintivo

¹⁶⁸ PACÍFICO, O ônus..., p. 120-121.

¹⁶⁹ Observa Micheli: “Por esta vía, por tanto, se hace resultar la íntima correspondencia entre el aspecto propiamente procesal y el que se refiere, en cambio, al derecho sustancial; puesto que, en tanto se comprende la relevancia procesal de la figura del actor o del demandado, en cuanto se tenga presente el efecto jurídico pedido por el uno o por el otro, esto es, la posición del requirente respecto del efecto jurídico invocado”. (MICHELI, La carga..., p 430.)

¹⁷⁰ Ibidem, p. 430.

do direito do autor. Na opinião de Pacífico, Micheli chega a esse resultado considerando que o objeto específico da demanda (o cumprimento da obrigação) não torna necessária a demonstração do descumprimento, além de apoiar-se na norma do art. 1218 do Código Civil italiano, que interpreta no sentido de que a prova do fato liberatório da obrigação constitui ônus do réu¹⁷¹.

Para Micheli, em suma, a análise da distribuição do ônus da prova deve considerar os seguintes elementos: a) a importância do direito substancial; b) as pretensões deduzidas pelas partes em juízo (entendendo como pretensão a afirmação unilateral em juízo de um estado ou de uma relação jurídica, com referência à razão desta pretensão¹⁷² e os respectivos efeitos pretendidos no caso concreto); c) a situação do processo *concreto*; e d) a posição assumida pelas partes no processo.

Nas palavras do autor “es necesario tener presente no tanto la abstracta hipótesis legal, cuanto más bien la concreta pretensión, de lo que resulta también evidente que la posición ocupada por las partes en juicio debe ser valorada de acuerdo con el efecto jurídico pedido por dicha parte”¹⁷³. Há, portanto, um estreito vínculo entre o aspecto processual e o aspecto substancial do fenômeno.

¹⁷¹ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 122.

¹⁷² MICHELI, *La carga...*, p. 485, nota 169.

¹⁷³ *Ibidem* p. 485.

1.2.3.3.6 Teoria de Hernando Devis Echandía

Echandía, após analisar a teoria de Rosenberg, que impõe a cada parte o ônus de provar os pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável, e a teoria de Micheli, que distribui o ônus da prova segundo a posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido, conclui que ambas as teorias (e outras que com elas concordam) na verdade não se distanciam, e sim coincidem.

Para o jurista colombiano, ambos os autores embasam a distribuição do ônus da prova na posição substancial das partes em relação à norma legal que consagra o efeito jurídico perseguido com sua pretensão ou exceção. Explica Echandía que:

Aunque Micheli hable del efecto jurídico pedido y Rosenberg se refiera a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en el fondo equivale a lo mismo. Efectivamente, distribuir la carga de la prueba, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, tal como quiere Micheli, significa necesariamente imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretenda deducir de él dicho efecto jurídico y al mismo resultado se llega si se tiene en cuenta, como lo hace Rosenberg, cuál de las partes reclama la aplicación a su favor de la norma que considera ese hecho como supuesto para que produzcan los efectos jurídicos que consagra¹⁷⁴.

Na visão de Echandía, Micheli explica que é necessário assinalar o conteúdo da demanda da parte, conteúdo este que se refere necessariamente a uma norma jurídica a ser aplicada no caso concreto, enquanto se invoca certo efeito jurídico, sendo que o critério processual de distribuição do ônus, no plano do processo, concretiza-se na posição do *petitor* a respeito de certo efeito, indicado na lei material. Assim, a norma a ser aplicada estabelece a relação entre a parte e o efeito jurídico pedido. Conclui então Echandía que “levar em conta a

¹⁷⁴ DEVÍS ECHANDÍA, *Compendio*, v. 2, p. 151.

norma jurídica a ser aplicada, para relacionar os efeitos jurídicos pedidos pelas partes é, precisamente, determinar os pressupostos de fato que contemplam tal norma para que seus efeitos jurídicos se produzam”¹⁷⁵.

Assim, os conceitos de Rosenberg e Micheli se completam, dando uma visão mais ampla da regra¹⁷⁶ geral, pois os efeitos jurídicos perseguidos por uma parte (posição de Micheli) têm por pressuposto os fatos contemplados na norma legal que os prevê (posição de Rosenberg).

Após conciliar as posições dos juristas alemão e italiano, Devis Echandia propõe sua visão sobre o tema, assinalando dois importantes aspectos.

Com relação ao conteúdo da regra, afirma que no problema do ônus da prova não se trata de fixar quem deve produzir a prova e sim *quem assume o risco* de sua ausência. Em consequência, se o adversário ou o juiz produzem a prova do fato, resta satisfeito ônus da prova exatamente como se a parte onerada com a mesma a tivesse produzido.

Assim, não é correto dizer que a parte onerada deve subministrar a prova que a ela incumbe, sendo melhor dizer que à parte onerada corresponde o interesse de que tal fato resulte provado ou de evitar que resulte sem prova¹⁷⁷.

No que toca ao critério correto para a determinação da distribuição do ônus da prova, afirma que tal critério, para servir como regra geral, deve contemplar não somente a

¹⁷⁵ DEVÍS ECHANDIA, **Teoria general** ...,p. 483.

¹⁷⁶ PACÍFICO, **O ônus**..., p. 128.

¹⁷⁷ DEVÍS ECHANDÍA, **Compendio**..., p. 152.

posição processual das partes e o fato isolado objeto da prova, mas também *o efeito jurídico perseguido com este em relação a norma jurídica que o consagra e deve aplicar-se*. O fundamental é a posição substancial da parte no processo, em relação ao efeito jurídico que do fato deve deduzir-se, de acordo com a norma jurídica por aplicar que o contempla como seu pressuposto, “es decir, hay que determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues a juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *jura novit curia*”¹⁷⁸.

Por fim, enuncia a regra geral para distribuição do ônus da prova dizendo que “a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, qualquer que seja sua posição processual”¹⁷⁹.

No encerramento deste capítulo, cujo objetivo foi situar dogmaticamente o tema deste trabalho, resta uma conclusão quase que indeclinável: a discussão e a busca de um critério lógico, justo e geral para a distribuição do ônus da prova está longe de ser encerrada, talvez mesmo nunca se encerre ante as constantes modificações na forma de pensar, agir e viver do homem, cujos reflexos são diretos e necessários na ciência do Direito.

O que se buscará demonstrar no próximo capítulo é justamente a existência, no processo civil contemporâneo, com suas novas perspectivas e anseios, de uma gama de situações que não se *conformam* mais com as “velhas” fórmulas ditadas pela doutrina e o apontamento de algumas novas soluções.

¹⁷⁸ DEVÍS ECHANDÍA, *Compendio...*, p. 152.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 152-153.

1.3 Conclusões parciais

No encerramento deste capítulo, cujo objetivo foi o de fixar alguns conceitos sobre prova e ônus da prova, visto que premissas para o desenvolvimento do trabalho, julgamos importante elencar algumas das conclusões:

- 1) O vocábulo *prova* apresenta três acepções, sendo relevante para o presente estudo, porque intimamente relacionada ao *ônus probandi*, a que o identifica como a ação de provar, sendo igualmente importante o aspecto de seu resultado subjetivo ou o convencimento que com elas se trata de produzir na mente do julgador, concluindo este, se determinada alegação resta ou não provada.
- 2) O modelo probatório e a concepção da prova dependem do sistema probatório a ser adotado, o que varia de acordo com o sistema jurídico, com a lógica jurídica, a ideologia da sociedade na qual se aplica, ou seja, de seu contexto.
- 3) O sistema probatório brasileiro contém características tanto do modelo assimétrico, que prima pela verdade real e se pauta por uma prova de cunho demonstrativo, quanto do modelo clássico, que se pauta por uma prova de caráter persuasivo.
- 4) A *finalidade* da prova é dar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre as afirmações nas quais se funda a ação.
- 5) O *objeto* da prova são as alegações das partes, que podem se referir a fatos e, assim, serem dadas como verdadeiras ou falsas.
- 6) Tem-se por *meio de prova* as atuações judiciais mediante as quais as fontes se incorporam ao processo; *fontes de prova* são os elementos probatórios dos quais se serve o juiz para deduzir a verdade.
- 7) Por *ônus da prova* entende-se, com Echandía, “poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e

interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis”¹⁸⁰.

8) O ônus da prova possui dois aspectos, o *subjetivo*, que traduz a necessidade de as partes fornecerem elementos de prova de suas alegações relevantes, sob pena de arcar com as conseqüências de sua omissão, e o *objetivo*, ligado à atividade do juiz que, estando obrigado a julgar, serve-se da regra de distribuição do ônus como auxílio no julgamento da demanda.

9) Embora a doutrina em geral atribua maior relevância ao aspecto objetivo do ônus da prova, não nega a existência de seu aspecto subjetivo, cuja importância é prática e jurídica, pois o comportamento da parte se mostra de fundamental relevo para a aferição, pelo juiz, das condições de igualdade entre as partes, isto é, a partir da indicação de quem está onerado a provar determinado fato e de seu modo de atuação no processo (comportamento), poderá o julgador verificar se, na prática e diante de especiais circunstâncias, é este quem detém melhores condições de fazê-lo. Vale, pois, como uma *regra de comportamento* a nortear as partes, auxiliando na decisão do juiz.

10) Dentre as teorias antigas que procuram explicar quais os critérios adequados para a distribuição do ônus da prova, merecem destaque duas, a de Bentham e a de Demogue que, em comum, cogitam de uma distribuição não estática do ônus da prova, lançando, provavelmente, as bases das modernas teorias que assim se posicionam.

11) Dentre as modernas, observa-se a evolução sobretudo no aspecto do emprego de maior relevância ao direito substancial, isto é, a entrada definitiva do direito material no processo, com observância, portanto, do caso concreto.

12) Todavia, a teoria de Rosenberg não admite uma distribuição dinâmica do ônus da prova e limita a livre apreciação do juiz ao momento final do processo – decisão.

¹⁸⁰ DEVÍS ECHANDÍA, *Teoría general...*, v. 1, p. 420-421.

13) Micheli, de sua vez, embora atribua especial importância ao direito material e à situação do processo concreto, não concede ao ônus subjetivo a real importância jurídica que detém, focalizando o ônus sob o prisma unitário da “regra de julgamento”.

14) Echandía, numa visão conciliadora das posições anteriores, afirma que “a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, qualquer que seja sua posição processual”.

15) Percebe-se, assim, que a busca de um critério justo e universal para a distribuição do ônus da prova está longe de encerrar. Embora as teorias até aqui expostas busquem salvaguardar a prestação jurisdicional, a segurança jurídica e a igualdade das partes no processo, mediante a adoção de critérios fixos, novas situações estão a surgir onde a aplicação de tais critérios cria distorções ao invés de corrigi-las.

2 FENÔMENOS RELACIONADOS AO ÔNUS DA PROVA: DISTRIBUIÇÃO E REDISTRIBUIÇÃO COMO GÊNERO

Há na doutrina em geral uma diversidade terminológica quanto à conceituação do que se chama de “distribuição”, “redistribuição” e “inversão” do ônus da prova.¹⁸¹ Além disso, não há sistematização do estudo acerca do tema. O presente trabalho propõe uma classificação inicial para os fenômenos relacionados ao ônus da prova no intuito de melhor contribuir para o aprofundamento da discussão em torno da necessidade do abandono de uma distribuição estática do ônus da prova.

Para os fins do presente estudo, os fenômenos relacionados ao ônus da prova classificam-se em dois gêneros: a distribuição e a redistribuição. A redistribuição, de sua vez, subdivide-se em duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão¹⁸².

¹⁸¹ Veja-se, por exemplo, que Cíntia Rosa Pereira de Lima, batiza de “redistribuição” a hipótese prevista no art. 38 do CDC (o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina). Para a autora “neste caso não se trata de inversão do ônus da prova propriamente dito, o que ocorre é uma redistribuição do ônus *probandi* pelo legislador consumerista tendo em vista as especificidades das relações de consumo” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 215-216, 2003.) Já Wilson Carlos Rodycz entende que o art. 38 do CDC é hipótese de inversão legal tarifada (RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 67, p. 194-200, 1996, p. 196). Por outro lado, Mirella D’Angelo Caldeira, prefere a expressão “distribuição do ônus” para a hipótese prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, pois entende que para o âmbito das relações jurídicas de consumo esta é a regra geral (CALDEIRA, Mirella D’Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 38, p. 166-180, 2001, p. 172, nota 6). Por fim, Sandra Aparecida Sá dos Santos, defende a hipótese de aplicação da inversão do ônus da prova fora do âmbito das relações de consumo, como garantia constitucional do devido processo legal, nominando, assim, tanto a hipótese do CDC, quanto as ocorrentes fora de seu âmbito, como “inversão”.(SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.)

¹⁸² Cabe aqui referir que a classificação ora proposta tomou por base a melhor consonância com o significado etimológico dos respectivos vocábulos. *Distribuir* é resultado da junção da partícula *dis* com o v. tr. *tribuo* (*dis+tribuo*). Segundo consta no Dicionário escolar latino-português de Ernesto Faria (DISTRIBUIR. In: FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar**. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1994), a partícula *dis* pode significar divisão, separação, afastamento, direção em sentidos opostos ou negação (Ibidem, p. 177); *tribuo*, em sentido próprio, significa “dividir entre as tribos” (Ibidem, p. 556), daí o significado de “dividir, repartir, partilhar” (p. 181). Em sentido semelhante é o entendimento de Francisco da Silveira Bueno, para quem *distribuir* é “dar, oferecer a uns e outros alguma coisa. Lat. *distribúere*, com mudança de conjugação. Repartir, administrar justiça; classificar objetos, documentos, segundo uma ordem determinada”

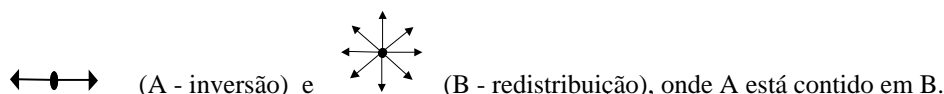
Feitas estas considerações de ordem geral, passemos à análise de cada um dos fenômenos probatórios.

2.1 A distribuição do ônus da prova e o perfil legal do art. 333 do CPC

Entendemos por *distribuição* a repartição dos riscos efetuada pelos estatutos processuais civis de cada país, nos quais se traçam os critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não haver provado as alegações fáticas que lhe aproveitavam. A *distribuição* aplica-se aos casos usuais, como regra geral.

Normalmente os processos tramitam e se encerram sem que se faça necessário lançar mão do chamado ônus objetivo, isto é, a regra de julgamento baseada nos critérios legais de distribuição do ônus da prova. A utilização de tais critérios só se mostra necessária quando, na

(DISTRIBUIR. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974, v. 9.) Já a palavra *redistribuir*, de *re+distribuir* significa “dar melhor distribuição, mais adequada ao caso, menos imperfeita” (REDISTRIBUIR. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974, v. 7, p. 3413). Por fim, *inverter*, *in+versus*, do latim *invertere*, significa mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal, transformar (INVERTER. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974, v. 4.) Para Ernesto Faria, *inverter* é voltar, virar, revolver, pôr em sentido inverso, modificar (INVERTER. In: FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar**. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1994, p. 292), uma vez que *in* é uma partícula que pode significar negação ou alteração de sentido e *versus* significa a “ação de voltar o arado no fim do sulco” (Ibidem p. 578). *Inverter*, assim, é espécie do gênero *redistribuir*, uma vez que pressupõe modificação do estado anterior, mas com limitação, na medida em que a alteração se dá apenas em sentido contrário. Já ao *redistribuir*, altera-se a distribuição anterior (a ordem anterior), sem limitação de sentido. Demonstrando graficamente, teríamos:


 (A - inversão) e (B - redistribuição), onde A está contido em B.

hora de sentenciar, depara-se o juiz com a insuficiência da prova produzida ou mesmo com a ausência desta prova.

É bem verdade, contudo, que o âmbito de aplicação do ônus da prova pode aumentar ou diminuir conforme seja aplicado em um processo no qual apenas às partes compete carrear para o processo as provas necessárias para o convencimento do juiz acerca das alegações que lhes aproveitam, assumindo este uma atitude meramente passiva (princípio dispositivo) ou conforme seja aplicado no âmbito de um processo em que o juiz, em maior ou menor medida, possui a liberdade de intervir na fase instrutória requerendo, ante a inércia das partes, as provas que entender necessárias (princípio inquisitivo). De qualquer forma, as diferentes condutas do juiz em função de um ou outro tipo de processo servem para “ampliar ou reduzir a área na qual a regra de julgamento é chamada a operar, mas não podem nunca excluir completamente a possibilidade de aplicação, pelo menos até que não estejamos em condições de eliminar a hipótese de dúvida”¹⁸³.

Assim, tanto nos processos dominados pelo princípio dispositivo, quanto nos processos de caráter inquisitório, a regra de julgamento fundada no ônus da prova encontra aplicação¹⁸⁴.

A distribuição desse ônus de provar, assinala-se, é questão imposta pelo princípio da isonomia, cuja previsão na Constituição Federal, estende seus reflexos no processo e prevê a igualdade entre as partes, não admitindo a atribuição do ônus a apenas uma delas.

¹⁸³ VERDE, **Considerazioni...**, p. 456. Nas exatas palavras do autor: “I diversi atteggiamenti sulla funzione del giudice e sulla conseguente struttura del proceso – come si è visto – valgono a restringere o ad ampliare l’area entro a quale la c.d. regola de giudizio è chiamata ad operare, ma non possono mai escluderne completamente la possibilità di applicazione, almeno fino a quando non saremo in grado di eliminare l’ipotesi del debbio”.

¹⁸⁴ PACÍFICO, **O ônus...**, p. 154.

Este mesmo princípio, como adiante veremos, na mesma medida em que impõe uma justa distribuição para os casos usuais, como regra geral, também embasa a alteração de tais regras no caso concreto, visando a restabelecer o equilíbrio entre as partes.

Com efeito, dispõe o art. 333 do Código de Processo Civil em vigor: “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II– ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A origem do nosso texto legal encontra-se nos arts. 2.697, do Código Civil italiano e 342 do Código Civil português, estando mais próximo da redação deste último do que daquele.¹⁸⁵

Da leitura do mencionado dispositivo legal é possível concluir-se que o legislador, para distribuição do ônus, levou em consideração dois elementos: a natureza dos fatos (classificados como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos) e a posição processual das partes litigantes, inspirando-se, portanto, nas teorias de Carnelutti e Chiovenda, acima mencionadas.¹⁸⁶

Segundo Chiovenda¹⁸⁷, os fatos jurídicos – que são os fatos dos quais deriva a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta de lei – podem ser classificados em *constitutivo*, que é o que dá “vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”, ou seja, “aquelas circunstâncias que têm por

¹⁸⁵ MONIZ DE ARAGÃO, **Exegese do...**, v. 4, t. 1, p. 89-90. Antônio Carlos de Araújo Cintra menciona, ainda, como dispositivos legais comparados, o art. 1526 do Código de Direito Canônico, o art. 9º do Novo Código de Processo Civil francês, o art. 516 do Código de Processo Civil Português e o art. 129 do Projeto de Código Tipo de Processo Civil para a América Latina (CINTRA, **Comentários...**, v. 4, p. 19).

¹⁸⁶ Neste sentido, PACÍFICO, **O ônus...**, p. 129.

¹⁸⁷ CHIOVENDA, **Instituições...**, v. 1, p. 7-8.

função *específica* dar vida a um determinado direito e que *normalmente* produzem este efeito”, *extintivo*, que é o que faz cessar essa vontade e *impeditivo*, que é a inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente os seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.

A teoria que serviu de inspiração à norma brasileira, e que conjuga a natureza dos fatos e a posição processual das partes, sofre hoje inúmeras críticas. Sem desconhecer que significou um avanço em relação às chamadas “teorias civilistas”, objeta-se hoje que os critérios por ela adotados mostram-se ainda insuficientes para a resolução dos problemas de distribuição do ônus da prova.¹⁸⁸

As diversas objeções expostas pelos doutrinadores modernos parecem convergir para um ponto comum, que se encontra subjacente a todas as razões de objeção: a de que o critério de distribuição do ônus da prova não pode cingir-se ao aspecto puramente processual, deve também levar em consideração o direito substancial.

O primeiro óbice relaciona-se à equivocada posição de se fixar a prova dos fatos constitutivos sempre ao autor e a dos demais ao réu. Segundo refere Echandía, não se pode achar a determinação exata do ônus da prova “com base de em uma consideração isolada de seu objeto, isto é, dos dados processuais a serem provados”,¹⁸⁹ a isso equivalendo a

¹⁸⁸ Neste sentido, João Batista Lopes entende que as regras apostas no CPC mostram-se suficientes para resolver grande número de casos, mas se revelam inadequadas em hipóteses mais complexas, como aquelas em que ocorre desdobramento de fatos (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39).

¹⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, **Compendio...**, p.147-148.

classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos e extintivos, com a imposição da prova ao autor, em relação aos primeiros, e ao demandado, em relação aos demais.

Echandía adverte, ainda, que é um erro fixar sempre ao demandante a prova dos fatos constitutivos e ao demandado a dos fatos extintivos ou impeditivos, pois tal regra é correta para muitos casos, mas não para todos.¹⁹⁰ Além disso, enfatiza o autor que:

Si se contempla la naturaleza del hecho con independencia de la situación procesal de la parte y se considera el efecto jurídico perseguido o la norma legal sustancial cuya aplicación se reclama, la mayoría de las objeciones que se le han formulado quedan descartadas. En otros términos, si se enuncia diciendo que corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien pretenda el nacimiento del derecho o relación jurídica, y la de los extintivos e impeditivos a quien alegue éstos (independientemente de que sea demandante o demandado o interviniente al lado de aquél o de éste), se le da una mejor presentación y se la hace más aceptable como regla general, aproximándola en el fondo a las teorías defendidas por Rosenberg e Micheli.¹⁹¹

Corroborando sua crítica, Echandía cita alguns exemplos nos quais a regra preconizada por Carnelutti e Chiovenda não subsiste. Conforme afirma, o possuidor sem título pode demandar para que se declare a extinção do direito de propriedade que era do demandado, alegando em seu favor fatos impeditivos ou extintivos, cujo ônus da prova lhe corresponde, naturalmente. O mesmo ocorre, segundo cita, com quem pretende impugnar um estado civil. Além disso, assevera que um fato pode ser constitutivo para o direito pretendido para uma parte e extintivo para o direito alegado por outra, como ocorre com a posse material

¹⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA, **Compendio...**, p. 148. Nas palavras do autor: "Es más claro el error de esta teoría si se asigna siempre al demandante la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado la de los extintivos o impeditivos, pero aunque la regla se desvincule de la situación procesal de demandante o demandado, solo es correcta para muchos casos, pero no para todos..."

¹⁹¹ DEVIS ECHANDÍA, **Teoría general...**, p. 470.

de bens alheios, pois para o possuidor é constitutiva de propriedade, se cumpre os requisitos legais, e para o anterior proprietário, extintiva de direito¹⁹².

A segunda objeção relaciona-se à dificuldade de se estabelecer uma exata distinção entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, sobretudo entre fatos constitutivos e impeditivos.

Como bem enfatiza Pacífico, “o problema prático é o de distinguir, na *fattispecie*, os elementos que integram o seu núcleo principal (fatos constitutivos) dos outros elementos acidentais, aos quais se costuma atribuir a denominação de impeditivos”. Essa distinção, continua o referido autor, “só se afigura possível mediante a análise das normas substanciais que estão na base da relação jurídica controvertida”, pois o critério puramente processual é insuficiente para diferenciação dos fatos¹⁹³.

Eduardo Couture também critica a divisão simplista dos fatos em constitutivos e extintivos pois tal divisão parece estreita ante a casuística fornecida pela experiência forense, tornando-se necessário apurar mais a classificação dos fatos que podem decidir da sorte das obrigações. Para o jurista, além dessas classes existem ainda a dos fatos convalidativos e invalidativos¹⁹⁴.

A terceira objeção refere-se à adoção do princípio da normalidade. E neste sentido reveste-se de caráter duplo: o primeiro, na medida em que critica a necessidade da adoção de um outro critério subsidiário ou complementar para a correta fixação da natureza dos fatos,

¹⁹² DEVÍS ECHANDÍA, *Compendio...*, p. 148.

¹⁹³ PACÍFICO, *O ônus...*, p.106.

¹⁹⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 245-248.

tendo em vista que a adoção de um critério puramente processual mostrou-se insuficiente para a resolução da distribuição do ônus da prova, e o segundo aspecto relacionado ao próprio conteúdo do critério subsidiário.

Como visto, Chiovenda, na construção de sua teoria, teve de lançar mão do princípio da normalidade, enunciado primeiramente por Webber e fundado em regras de experiência, enquanto Carnelutti buscou auxílio diretamente nas regras de experiência.

Rosenberg critica a adoção desse critério pois entende que a primeira e única condição para uma distribuição correta do ônus da prova, é mediante a análise e decomposição dos preceitos jurídicos e de suas características.

E em que pese fazer uso do binômio regra/exceção para distinguir as normas constitutivas das impeditivas, como supra-aludido¹⁹⁵, Rosenberg afirma que não existe nenhuma identificação em tal mecanismo com o princípio da normalidade, uma vez que lá a distinção se refere a pressupostos de normas legais, isto é, a norma constitutiva determina os pressupostos necessários ao nascimento de um direito ou de uma relação jurídica, já a norma impeditiva diz que, excepcionalmente, tal nascimento não pode ocorrer, ou seja, agregam-se uma ou várias outras características determinadas¹⁹⁶. Aqui, o princípio está fundado em *regras de experiência*, exigindo do autor somente a prova dos fatos que fazem nascer o direito, segundo o curso normal das coisas, cabendo ao réu o ônus da prova dos fatos que, segundo a experiência da vida, contradizem o rumo normal das coisas.

¹⁹⁵ Parte I, Capítulo 1, item 2.3.3.4.

¹⁹⁶ ROSENBERG, **La carga**, p. 114.

Segundo Rosenberg, que protesta expressamente contra os que procuram identificar sua teoria com o princípio da normalidade, “los sostenedores de este criterio que, efectivamente, a menudo creen reproducir nuestra propia opinión, confunden la carga de la prueba con la *apreciación* de la prueba, la cuestión de saber *qué* debe constar en el proceso para que se decida en un sentido determinado, con la cuestión de saber *cómo* puede suministrarse la prueba necesaria”¹⁹⁷.

Em verdade, a valoração da prova e a aplicação da regra de julgamento embora se situem em campos muito próximos, ocorrem em momentos processuais distintos, aquela antecedendo esta.

Finda a instrução probatória e estando o juiz na fase de proferir sua decisão, poderá ocorrer de não se sentir seguro quanto à ocorrência de determinado fato relevante alegado no processo. Poderá, todavia, *inferir* a prova da ocorrência deste fato em razão de ter restado provado outro fato, relacionado àquele ou dele decorrente.

Esse mecanismo empregado pelo juiz que aqui chamamos de *juízo de inferência* nada mais é do que a extração de uma conclusão com base nas *regras da experiência*, ou seja, a valoração judicial dos fatos e não propriamente a distribuição dos riscos da ausência da prova. A aplicação das regras sobre o ônus da prova, isto é do ônus objetivo, ocorrerá se, finda a valoração, o juiz não conseguir ainda chegar a uma conclusão segura.

Assim, como bem salienta Pacífico, “a doutrina específica tem considerado o critério da normalidade inválido para a distribuição do ônus da prova. Mas, por outro lado, ressalta a

¹⁹⁷ ROSENBERG, *La carga*, p. 115-116.

sua legitimidade para a *valoração judicial dos fatos* e como importante elemento de *política legislativa*”¹⁹⁸, dado que poderá servir de guia ao legislador para fixar as presunções legais, indícios etc.

De todo o exposto não é difícil concluir-se que o art. 333 do CPC brasileiro, ao determinar ao autor a incumbência de provar os fatos constitutivos e ao réu os impeditivos, modificativos e extintivos não indicou qual o critério para a qualificação de certo fato dentro destas categorias, restando insuficiente para resolução da questão. Evidencia-se, ainda, que ao lado das regras inseridas no mencionado artigo legal, terá o juiz de aplicar outro critério para a qualificação dos fatos, “que não poderá prescindir da análise do direito substancial”, sendo importantes, neste contexto, as doutrinas de Rosenberg, Micheli e Echandía.¹⁹⁹

2.2 A redistribuição do ônus da prova

Por *redistribuição* entendemos a excepcional alteração efetuada pelo juiz diante do caso concreto ou pela lei, de modo que a responsabilidade não recaia sobre a parte que tradicionalmente seria onerada com a prova da alegação, mas sim sobre a outra parte que, em princípio, encontra-se em melhores condições de produzi-la.

Entendemos que a redistribuição é gênero do qual decorrem duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão.

¹⁹⁸ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 110.

¹⁹⁹ Na opinião de Pacífico, as teorias de Rosenberg, Micheli e Devis Echandía são perfeitamente compatíveis com o art. 333, permitindo sua plena aplicação como regra geral (Ibidem, p. 130).

2.2.1 Redistribuição strictu sensu

É a excepcional alteração, efetuada pelo juiz diante do caso concreto, em qualquer relação jurídica, de modo que a responsabilidade não recaia sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova da alegação, mas sim sobre a outra parte que, em princípio, encontra-se em melhores condições de produzi-la.

Aplica-se, normalmente, em duas hipóteses: (a) comprovada *probatio diabolica* e (b) a parte que *a priori* não estava encarregada de provar, possui, de fato e no caso concreto, melhores condições para fazê-lo, em razão de dificuldade de produzir a prova ocasionada por fatores externos ao processo.

2.2.1.1 Hipótese de probatio diabolica

Os juristas romanos denominavam de prova diabólica àquela que o demandante teria que produzir em juízo, mediante o exercício da ação reivindicatória de propriedade, no caso de seu direito não ser proveniente de um modo originário de aquisição. Consistia a prova na demonstração não só de que o demandante era proprietário da coisa, como também quem a havia transmitido a ele e de quem este adquiriu e assim sucessivamente até chegar ao proprietário que a adquiriu originariamente²⁰⁰.

²⁰⁰ PRUEBA diabólica. In: DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. 2.ed. México: Porrúa, 1970, p. 277.

Prova diabólica é “a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de algo que não ocorreu (equiparando, assim, a *prova diabólica* e a *prova negativa*)”²⁰¹.²⁰²

Não se deve confundir, todavia, *fato impossível* com *prova impossível*. O primeiro não produz efeito jurídico, já a segunda, por ser impossível, acarreta, nos moldes tradicionais, a aplicação do princípio *allegatio et non probatio, quase non allegatio*. A prova impossível é sempre uma necessidade e quem não a fornece sucumbe; a prova de um fato impossível é inútil²⁰³.

Consoante leciona Moacyr Amaral dos Santos, “embora reais, verdadeiros ou possivelmente verdadeiros, fatos há, por sua natureza ou condições peculiares, impossíveis de provarem-se; outros, impossíveis de provarem-se por certos meios de prova”. No primeiro caso, cita-se como exemplo de prova impossível “a que viesse inferir de um estado físico atual um estado anterior, quando o estado atual não o pode atestar”.²⁰⁴ A segunda hipótese acontece quando a lei veda determinado meio de prova (o que ocorre com a prova testemunhal nas hipóteses do *caput* do art. 227²⁰⁵ do novo Código Civil) ou quando as

²⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 31, p. 9-18, 2005, p. 12.

²⁰² Conforme consta do Dicionário Geral de Direito de Leib Soibelman (PROVA diabólica. In: SOILBELMAN, Leib Soibelman. **Dicionário geral de direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973, v. 2, p. 491), prova diabólica é a prova impossível de fazer-se, prova absurda.

²⁰³ SANTOS, M., **Prova...**, p.230.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 231.

²⁰⁵ Art. 227 – Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

condições peculiares do fato o impedem que dele se aproveite, (é impossível provar fatos ocorridos há centenas de anos com testemunhas *de visu*).

Entre os fatos considerados de prova impossível encontram-se os *indeterminados* ou *indefinidos*, “isto é, aqueles que não são apresentados com características suficientes para serem distinguidos de outros que se lhes assemelham”.²⁰⁶ Seria impossível dar-se prova a respeito de um imóvel cujas confrontações não se conhece, ou de uma coisa móvel sem a declaração e descrição de seus sinais certos e de suas qualidades.

Por outro lado, deve-se distinguir *negativa de fatos* de *fato negativo*. Ocorre a primeira situação quando o réu, ao impugnar os fatos alegados pelo autor, o faz simplesmente negando que tais fatos aconteceram, sem afirmar que ocorreram de outro modo que não o expressado pelo autor. “Neste caso, negativa de fatos, pela regra do ônus da prova, o réu estará isento de qualquer atividade probatória, pois caberá ao autor provar que o fato existiu, e não ao réu que tal fato não se deu”²⁰⁷.

Diversa, entretanto, é a situação dos *fatos negativos*, onde há a afirmação de um fato que deveria ter ocorrido e não houve, extraindo-se desta inexistência a consequência jurídica pretendida. “Exemplo: inadimplemento, ou seja, uma inação, não ocorrência de um ato a que o contratante se obrigou, ou que a norma impôs. A consequência jurídica que se pretende não decorre da prática de um ato, mas, ao contrário, decorre da inação”²⁰⁸.

²⁰⁶ SANTOS, M., **Prova...**, p. 232.

²⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p.436.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 437.

Sobre os fatos negativos, advertem Wambier, Correia e Talamini²⁰⁹:

À primeira vista, parece impossível a prova de um fato não ocorrido. Mas assim não é. É preciso distinguir entre fato negativo definido e fato negativo indefinido, pois somente este não pode ser objeto de prova. Se o locatário não desocupa o imóvel quando notificado, basta que se prove que ainda se encontra ocupando-o; se o empreiteiro não executou a obra contratada, pode-se provar que o material foi entregue mas a construção não se realizou. São todos fatos negativos definidos. O fato negativo indefinido, que não comporta prova, é aquele que demonstra uma universalidade de inoccorrência. Não se pode provar que alguém jamais viajou para Roma, ou que nunca possuiu um anel. A indefinição é que não se prova, e não o fato negativo.

Com efeito, as alegações sobre fatos negativos indefinidos são impossíveis de serem provadas, mas “a impossibilidade da prova de fato negativo indefinido não deriva de seu caráter negativo mas do seu caráter indefinido. Os fatos positivos indefinidos tampouco podem ser provados”²¹⁰.

Ensina Lessona, ainda, que “si el hecho es *indefinido*, entonces su prueba es imposible. Y si con esta imposibilidad para el que alega el hecho negativo concurre la facilidad de la prueba contraria por parte del adversario, en tal caso se quita el peso de la prueba”²¹¹, sinalizando o que aqui denominamos de *redistribuição* do ônus da prova.

Outrossim, a doutrina hoje entende que não se aplica de forma absoluta a regra de que os fatos negativos não precisam ser provados (*negativa non sunt probanda*), porque a negativa da parte exclui dela o ônus de prová-lo. “Se a negativa, de alguma forma, consistir

²⁰⁹ WAMBIER; CORRÊA; TALAMINI, **Curso avançado...**, p. 437.

²¹⁰ LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Traducción Enrique Aguilera de Paz. 3.ed. Madri: Editorial Reus, 1928, p. 178.

²¹¹ *Ibidem*, p. 177-178.

em alegação cuja declaração negativa se pretende obter, impõe-se à parte que nega o ônus da prova”²¹².

Sobre o tema, bem observa Rosenberg que a prova dos fatos negativos tem provocado muitas discussões e originado certas obscuridades. As duas leis do direito romano *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* e *cum per rerum naturam negantis nulla probatio sit* foram resumidas em *affirmanti incumbit probatio non neganti*, deduzindo-se daí que apenas os fatos positivos necessitam de prova, os negativos não. “Por consiguiente, la carga debería incumbir a la parte que afirma un hecho; en cambio, debería estar exento de la carga, quien introduce en el proceso una negativa, la afirmación de un no-hecho”²¹³.

Com efeito, assinala o jurista alemão que um não-fato não pode ser provado diretamente e sim pela dedução de que se percebe algo que não deveria ser percebido se o fato tivesse existido, ou de que não se percebe o fato que deveria ser percebido se fosse real. Para o autor, a dificuldade na prova dos fatos negativos não é tão grande como parece ser, pois para provar um fato negativo é suficiente desmentir as circunstâncias que falam em favor do fato positivo²¹⁴.

Modernamente, a prova diabólica tem sido relatada na jurisprudência em diversas situações, sempre relacionada à prova de fatos negativos²¹⁵.

²¹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 799.

²¹³ ROSENBERG, *La carga...*, p. 295.

²¹⁴ Nas exatas palavras do autor: “La presunta dificultad del suministro de la prueba desempeña un papel importante: un no-hecho no podría probarse directamente sino sólo deducirse de que se percibe algo que no debería percibirse si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real.” (Ibidem, p. 295-296.)

²¹⁵ Citam-se os seguintes exemplos: (1) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA RESISTÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM EXIBIR OS DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. Incabível exigir que a parte

2.2.1.2 Hipóteses de dificuldade da prova por fatores externos ao processo

É o caso da prova que, em situação normal, não se revelaria difícil ou complexa mas, no caso concreto e em razão de fatores externos ao processo, como por exemplo, o longo decurso de tempo entre a data da ocorrência do fato e a propositura da ação, o que vem a dificultar sobremaneira a reconstrução dos fatos, torna extremamente difícil a prova à parte que, pelas regras normais de distribuição, estaria incumbida de fazê-lo.

À guisa de exemplo, pode-se citar demanda envolvendo acidente de trabalho na qual, embora o ônus de provar a inexistência de culpa seja do empregador, o empregado ingressa com a ação após ter decorrido longo tempo da ocorrência dos fatos, restando extremamente difícil ao empregador fazer tal prova.

demandante prove não possuir os contratos que postula a exibição, pois tal determinação constituir-se-ia em prova impossível, negativa ou, como preferem alguns, **prova diabólica**. Se a instituição financeira demandada alega ter entregue cópia dos contratos aos demandantes, incumbe-lhe o ônus de comprovar tal assertiva, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC. [...] (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70002980662. Relatora: Matilde Chabar Maia. j. em: 25 out. 2001.) (2) AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DE DÉBITO EM CARTÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. ASSINATURA DE REVISTA. NÃO-RENOVAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA. Sustentando o autor da ação que não renovou a assinatura da revista cujas parcelas estão sendo debitadas em seu cartão de crédito, possível a concessão de antecipação de tutela para suspender os pagamentos da assinatura. A prova da não-contratação alegada pelo consumidor é impossível, conhecida também como “prova diabólica”, cabendo à editora da revista fazer a prova da existência da contratação correspondente aos descontos efetuados diretamente na conta do cartão de crédito. Não se pode impor que o agravante prove que não contratou os serviços da empresa-jornalística, uma vez que esta determinação se constituiria na denominada prova negativa. Precedentes do STJ. Descabe na fase inicial da demanda a determinação de devolução dos valores já descontados, sendo tais quantias abrangidas por eventual condenação da ré ao pagamento dos danos materiais. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70008217226. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. j. em: 26 maio 2004.) (3) APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. NOTA PROMISSÓRIA. DÍVIDA QUESÍVEL. PRESUNÇÃO. ART. 950 DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO. Alegado pelo devedor-embargante que não foi procurado pelo credor-embargado para o pagamento da dívida, sendo ela quesível, conforme o art. 950 do Código Civil revogado, inviável impor-se àquele a prova do fato negativo alegado, que constitui *probatio diabolica*. No caso, cabia ao credor a prova de que procurou o devedor, o que não pretendeu fazer. [...] (RIO

2.2.2 A inversão do ônus da prova em geral

Tem-se por *inversão* a alteração, efetuada pela lei ou pelo juiz diante do caso concreto, da oneração de provar, de modo que a responsabilidade não recaia sobre a parte que tradicionalmente seria onerada com a prova da alegação, mas sim sobre a outra²¹⁶.

Neste sentido é a posição de Freitas Rangel, que entende que a inversão do ônus da prova ocorre “quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do facto o

GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70005055959. Relator: Pedro Luiz Pozza. j. em 13 maio 2004.)

²¹⁶ Interessante apontar, desde já, que há quem entenda diversamente. Cândido Rangel Dinamarco que define a *inversão* do ônus da prova como sendo a alteração das regras legais sobre a distribuição deste, imposta ou autorizada por lei, afirma que “os fenômenos de *inversão do ônus da prova* são mais complexos do que o nome insinua. Todas as causas de inversão atuam num primeiro momento sobre o *objeto da prova* e não sobre as regras de distribuição do ônus de provar. Atuam sobre o objeto, excluindo dele o fato afirmado – p. ex., porque presumido em lei. A prova *deste* fato não precisará ser feita e, conseqüentemente, ninguém terá o ônus de fazê-la. A parte contrária recebe, isso sim, o ônus de *provar sua própria alegação* – ou seja, de provar a negativa do fato presumido ou os fatos integrantes de uma versão colidente com os fatos presumidos [...] Só num segundo momento, portanto, e mediante prévia alteração do objeto da prova, essas inversões atuam sobre o ônus probatório” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3, p. 77.) Também Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que “a denominada inversão do ônus da prova, na realidade, nada inverte. Etimologicamente, *invertere* vem do latim *invertere* e significa mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal. Portanto, quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a dispensa da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram ou, admitindo-os, que não produziram as conseqüências afirmadas da petição inicial (defesa direta) ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da *causa petendi* descrita na petição inicial (defesa indireta)” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos **Devido processo legal substancial**. Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/Doutrina/default.htm>> Acesso em: 06 jul. 2005). Ainda, cumpre apontar a posição de Mauro Pinto Marques, para quem, em síntese, no CDC não há *inversão* do ônus da prova uma vez que não há *troca* de posições com relação à carga, o que há é, de antemão, um proposital desequilíbrio a fim de privilegiar o pequeno, menor na relação jurídica, que fica livre do peso (MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova: um enfoque diferente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, p. 150-153, abr./jun. 1997). Pensamos que, na verdade, a inversão se opera na esfera da alteração da ordem legal, dispondo de modo contrário ao previsto na norma do CPC, que é regra geral. Se no art. 333 incumbe ao autor a prova do fato que alega, e no CDC, no âmbito da relação jurídica de consumo e sob determinadas condições, coloca-se que tal regra é alterada de sorte que ao autor não cumpre provar o fato que alega, então houve inversão da regra geral de disposição. Quer-se com isto demonstrar que o ordenamento processual civil deve ser analisado como um todo, no qual há uma regra geral, a do art. 333 do CPC, podendo ocorrer outras regras excepcionais aplicáveis nos respectivos âmbitos (microsistemas), onde *inverte-se* o ônus previsto na regra geral.

ônus de demonstrar, mas sobre a contraparte a quem incumbe o ônus de provar o facto contrário”.²¹⁷

A inversão dá-se por disposição de lei ou por decisão do juiz, mas com âmbito de aplicação pré-delimitado, isto é, aplicável em determinadas relações jurídicas, como é o caso, no direito brasileiro, das relações jurídicas de consumo abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Já na redistribuição *strictu sensu*, como visto, a alteração do *onus probandi* se dá por decisão do juiz, sem âmbito de aplicação pré-delimitado, isto é, com incidência nas relações jurídicas em geral.

Propositalmente, vale dizer, deixamos de incluir a hipótese de “inversão” do ônus da prova prevista no art. 818 da CLT²¹⁸. Entendemos que não se trata de efetiva “inversão”, mas sim de regra geral de distribuição aplicável no âmbito das relações jurídico-trabalhistas, isto é, com regras próprias para ramo do processo ao qual se aplica (processo do trabalho), o qual se rege por princípios diversos dos que norteiam o processo civil, dentre os quais, por exemplo, o da desigualdade compensatória, da indisponibilidade e da busca da verdade real.

Em verdade, como bem observa José Luciano de Castilho Pereira, “não há como se transplantar para o processo do trabalho as regras do ônus da prova que estão a presidir o processo comum, pena de extraordinária injustiça, que a técnica processual não pode consagrar.” Prossegue o autor enfatizando que “a razão desta inversão decorre da recepção necessária pelo processo do trabalho da desigualdade compensadora que é a regra e a razão de

²¹⁷ RANGEL, *O ônus da...*, p. 182.

²¹⁸ Art. 818 da CLT – A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

ser do Direito do Trabalho, do qual, como já remarcado várias vezes, o processo é instrumento”²¹⁹.

Aduza-se que o art. 769 da CLT só autoriza a adoção supletiva das regras do processo civil quando a CLT for omissa, o que não se verifica em relação à distribuição do ônus da prova, que possui disposição própria estampada no art. 818.

Passemos à análise da hipótese legal de inversão no direito brasileiro.

2.2.2.1 A inversão no Código de Defesa do Consumidor

2.2.2.1.1 Aspectos Gerais

A última metade do século XX assistiu ao crescente avanço da indústria e do comércio, notadamente após a II Guerra Mundial, a partir de quando os mercados se ampliaram para atingir a circulação universal da riqueza. A partir daí assistimos o surgimento dos blocos econômicos e dos grandes grupos empresariais. Enquanto isso, a massa de consumidores permanecia em sua esfera individual, como destinatários finais dessa produção.

Sobre o tema, observam os autores do CDC:

²¹⁹ PEREIRA, José Luciano de Castilho. Palestra proferida em Goiânia, GO. In: CONGRESSO GOIANO DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO, 3., Goiânia, 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/>> Acesso em: jul. 2005.

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição de consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno²²⁰.

Nesse contexto, “a sistematização do direito do consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista para satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo”²²¹.

Com uma tendência inovadora e buscando conciliar o princípio dispositivo com o equilíbrio entre as partes, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90)²²² criou mecanismos de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores, inserindo entre estes a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII²²³.²²⁴

Há, aqui, dois importantes aspectos a serem destacados.

²²⁰ GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 6.

²²¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 185-211, 2001, p. 186.

²²² Cecília Matos define que “caracteriza-se o CDC como sistema funcional de normas, de aspecto multidisciplinar, cujo intuito é a proteção do consumidor, sabidamente a parte vulnerável da desequilibrada relação de consumo, conferindo-lhe paridade de armas frente ao fornecedor” (MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, p. 161-169, 1994, p. 163.)

²²³ 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 da experiência; [...]”.

²²⁴ Neste sentido CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 807, p. 56-81, 2003, p. 62-63 e GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, p. 33-41, 1995, p. 33.

O primeiro relaciona-se ao fato de que o CDC possui normas tanto de caráter material (contendo disposições do Direito Civil, do Direito Administrativo, etc.) quanto instrumental, as quais têm como enfoque as relações jurídicas de consumo. Assim, o CDC pode ser considerado um *microssistema*²²⁵ ou, como prefere Orlando Gomes, um *universo legislativo*²²⁶. Tal conclusão faz-se importante na medida em que a *inversão* do ônus da prova aqui operada insere-se dentro de uma realidade ímpar – o universo das relações jurídicas de consumo –, o qual possui características, linguagem e princípios próprios a exigir tratamento processual diferenciado.

O segundo aspecto a ser destacado relaciona-se à principal causa motivadora da utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova no CDC: a premente necessidade de restabelecimento da igualdade efetiva (substancial, e não meramente formal) entre as partes litigantes. Como bem destaca Arruda Alvim, enquanto o Código de Processo Civil brasileiro parte do pressuposto que as partes litigantes se encontram equilibradas, o CDC rompe esse paradigma e reconhece, expressamente, a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), criando instrumentos, como a inversão do ônus da prova, para restabelecer o equilíbrio entre este e o fornecedor²²⁷.

²²⁵ Gustavo Tepedino entende por *microssistema* as leis que regulamentam “exaustivamente extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se, em doutrina, a era dos estatutos. Tais leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, por meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão lingüística de outrora”. (TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1 et seq.)

²²⁶ GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: ESTUDOS jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 167.

²²⁷ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. O direito de defesa e a efetividade do processo: 20 anos após a vigência do Código. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 79, p. 207-221, jul./set. 1995, p. 213. Nas exatas palavras do autor: “Se formos examinar todo o sistema de tratamento dos litigantes no Código de Processo Civil, verificaremos que foi imprimida neste sistema a regra de tratá-los de maneira igual. E isto, exatamente porque o legislador assumiu que os litigantes são formal e substancialmente iguais. Já se formos examinar, por exemplo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verificaremos estar aí presente uma diferença bastante grande. Neste código se defrontam no palco judiciário um consumidor, que é reputado pelo sistema, principalmente pela dicção do seu art. 6º como um fraco e como um vulnerável, e, no outro lado, está o fornecedor, que não é um carente”.

Fernando Gava Verzoni²²⁸ elenca três principais fundamentos para a inversão do ônus da prova no CDC: a) a complexidade do “objeto” da relação de consumo e a dificuldade na postulação dos direitos do consumidor, onde destaca que as mercadorias e serviços que são objeto das relações de consumo têm hoje uma complexidade que antes não tinham pois envolvem tecnologias e conhecimentos técnicos aos quais o leigo não tem acesso, o que também vem a dificultar o acesso do consumidor ao Poder Judiciário; b) o direito fundamental de defesa do consumidor, na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, consagrou, dentre seus direitos fundamentais, a defesa do consumidor, assegurando-a através de instrumentos processuais adequados a este fim, como é o caso, por exemplo, da inversão do ônus da prova; e c) a facilitação da defesa do consumidor e a produção da prova. Neste tópico, o autor põe em relevo o fato de que o desequilíbrio entre as partes dá-se, sobretudo, em razão do domínio do conhecimento sobre o objeto da relação de consumo por um e o pouco ou quase nenhum conhecimento deste por parte do outro, ao que se alia à circunstância de ser o consumidor um litigante eventual, enquanto que o fornecedor é um litigante habitual, normalmente bem aparelhado para tanto.

2.2.2.1.2 Objeto e requisitos da inversão do ônus da prova no CDC

Segundo a lei (art. 6º, inc. VIII do CDC), opera-se a inversão do ônus da prova, como meio de facilitação da defesa do consumidor, quando, a critério do juiz, for verossímil a

²²⁸ O autor elaborou excelente monografia, sob a orientação do Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para Láurea Acadêmica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.(VERZONI, Fernando Gava. **A inversão do ônus da prova no CDC: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor.** Monografia (Láurea acadêmica) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. trabalho inédito.)

alegação deste ou quando o mesmo for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Temos que o objeto da inversão do ônus da prova não é toda e qualquer alegação que o consumidor tenha interesse em demonstrar, mas sim fato específico, relacionado com a sua hipossuficiência e que vise a facilitar sua defesa. Quer-se com isso dizer que os fatos alegados pelo consumidor em relação aos quais o mesmo não tenha dificuldades de demonstrar, permanecem sob sua responsabilidade probatória²²⁹, sob pena de se irrogar ao fornecedor situação excessivamente gravosa quanto à prova, o que afrontaria o princípio da isonomia, desta vez contra ele.²³⁰

Do texto da lei, podemos extrair cinco requisitos: a) tratar-se de relação jurídica de consumo; b) visar à facilitação da defesa do consumidor em juízo; c) decisão judicial; d) verossimilhança da alegação, e e) hipossuficiência do consumidor. Vejamos cada um deles.

(a) Primeiro requisito: relação jurídica de consumo

O primeiro requisito a ser enfrentado diz com o âmbito de aplicação da regra de *inversão*, isto é, a *inversão* aqui moldada só se aplica no âmbito de uma relação jurídica de consumo, na qual deverão estar presentes todos os seus elementos caracterizadores: o fornecedor, tal como definido pelo art. 3º, *caput*, o consumidor e o objeto, que pode ser um produto ou serviço (art. 3º, §§ 1º e 2º).

²²⁹ Neste sentido GIDI, **Aspectos da...**, p. 36.

²³⁰ NICHELE, Rafael. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: restrições quanto à sua aplicação. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 18, p. 209-225, 1997, p. 215.

Para os fins do presente estudo cumpre apenas enfatizar que o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, “levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial”.²³¹

Já por fornecedor entende-se qualquer pessoa física, a título singular, ou jurídica, em associação mercantil ou civil, que mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços. Estão abrangidos os entes públicos e privados, nacionais e estrangeiros e, ainda, os entes despersonalizados.²³²

Por consumo, segundo o CDC, tem-se “a *utilização ou a aquisição racional do produto* (qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial) ou do *serviço* (qualquer atividade fornecida no mercado, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista), *pelo destinatário final* (arts. 2º e 3º do CDC)”.²³³

Outrossim, convém observar que a *inversão* está se operando no âmbito de um microsistema, a permitir características e requisitos bem delineados para o universo dos direitos ali abrangidos.

²³¹ FILOMENO, G. B. [Do consumidor] In: GRINOVER, Ada et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 25.

²³² *Ibidem*, p. 36.

²³³ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 39, 1999.

(b) Segundo requisito: facilitação da defesa do consumidor em juízo

O legislador do CDC, quando elenca os direitos do consumidor, insere a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova.

Para nós, a inversão do ônus da prova, inserida no CDC como exceção à regra insculpida no art. 333 do CPC²³⁴, depende de outra premissa básica além da já supra-elencada: a de servir *efetivamente* à facilitação da defesa do consumidor, pois se este tiver reais e efetivas condições de se defender prescindindo da inversão do ônus probatório, não há porque invertê-lo. Naturalmente que, em consideração à premissa maior do CDC, que é a proteção do consumidor, parte-se do pressuposto de que este não tem as reais e efetivas condições, incumbindo a invocação e a prova de que o mesmo as detém ao fornecedor.

Neste sentido, as palavras de Vanessa V. H. Andrade²³⁵:

A Lei 8.079/90 não determina uma situação privilegiada para o consumidor, apenas restabelece a igualdade processual das partes, em face de indiscutível desigualdade do consumidor frente ao poder econômico, visando facilitar a sua defesa.

A balança, portanto, não deve pender para o consumidor, mas deve ser equilibrada em favor de ambos, consumidor e fornecedor. Esse equilíbrio porém só é possível quando a lei fornece pesos em favor da parte mais fraca, de modo a equilibrar a balança, de modo a igualar a ambos.

²³⁴ A propósito, afirma BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 295-309, 1997. “A distribuição do ônus probatório, nos litígios envolvendo consumidores, assim como nos demais de natureza civil, se submete, em princípio, às normas do art. 333 do CPC, pois ‘o direito processual civil codificado é o direito *comum*, a que obedece todo e qualquer procedimento, salvo naquilo que o texto específico diversamente porventura disciplina, ou que com o seu sistema seja incompatível”. No mesmo sentir, DENARI, Zelmo. [Consumidor] In: GRINOVER, Ada et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 89.

²³⁵ ANDRADE, Vanessa Verdolin Hudson. Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no Código de proteção e defesa do consumidor. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC**, v. 3, 2002, p. 85 et seq. Nesse sentido, há anterior manifestação de BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor: considerações adicionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 351, p. 581-584, 2000, p. 582.

A inversão do ônus da prova tem como pressuposto a desigualdade das partes, que deve estar clara e determinada nos autos, visto que tem esse intuito o caráter compensatório do desnivelamento, a inferioridade de um litigante em face do outro, seja em face da natureza da relação controvertida, seja em face da qualidade das pessoas nela envolvidas, substituindo a fórmula tradicional do CPC quanto ao ônus probatório, em que as partes se enfrentam em igualdade de condições.

Desse modo, a inversão não se opera automaticamente, mas tão-somente se, quando presentes os demais requisitos, facilitar efetivamente a defesa do consumidor. E, aduza-se, considerando a própria “filosofia constitucional” de defesa do consumidor, mesmo sendo mínima a facilitação da defesa, a inversão deverá se operar.

Em termos práticos, a inversão, no tocante ao consumidor, representa a *isenção* de um ônus, e no tocante ao fornecedor, representa a criação de *novo* ônus probatório, que se acrescenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do CPC²³⁶.

(c) Terceiro requisito: decisão judicial

A lei menciona que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor se operará “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

A expressão “quando a critério do juiz” sinaliza a necessidade de decisão judicial (*ope judicis*), devidamente fundamentada, para a inversão do ônus, que não se opera automaticamente, isto é, *ex vi legis*²³⁷. Melhor explicitando: a lei não estabeleceu a inversão

²³⁶ Assim BARBOSA MOREIRA, Notas sobre a inversão..., p. 296.

²³⁷ Neste sentido DINAMARCO, **Instituições**..., p. 79-80; MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 74, p. 44-53, 1998, p. 49; BARBOSA MOREIRA, Notas sobre a inversão..., p. 299 e BARBOSA MOREIRA, Inversão..., p. 582; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do

indistintamente e como regra para os litígios envolvendo consumidores, mas, inversamente, a condicionou a certos requisitos.

De outro lado, convém frisar que o CDC não alterou as regras sobre o ônus da prova dispostas no CPC. Tais regras permanecem em vigor e totalmente aplicáveis inclusive nos pleitos judiciais que tenham como matiz os direitos substanciais previstos no CDC²³⁸. Eventualmente, presentes os requisitos legais previstos no art. 6º, inc. VIII, poderá o juiz inverter o ônus da prova desde que vise a facilitar a defesa do consumidor.

O critério judicial, todavia, cinge-se à aferição, no caso concreto, da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de sua alegação. Quer-se com isto dizer que o juiz não tem o poder discricionário de, em estando presentes todos os requisitos, “decidir” se irá ou não deferir a inversão do ônus. Frise-se, estando presentes todos os requisitos, deverá deferi-la,²³⁹ pois se trata de um direito público subjetivo²⁴⁰.

Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 751, p. 11-27, maio 1998, p. 23; CARVALHO FILHO, Ainda a inversão..., p. 64-65, e, também, ANDRADE, Aspectos práticos..., p. 4, que sustenta: “Ou seja, a inversão não se dá automaticamente, pelo simples fato de se tratar de consumidor, mas diante de circunstâncias outras, acrescidas a esta, que demonstrarão se a medida é necessária. Não se trata, assim, de medida em prol do consumidor como tal, mas do consumidor como parte mais fraca, quando se revela nos autos que o mesmo se encontra litigando em desigualdade de condições, podendo ser prejudicado na produção de provas em virtude de sua condição. A inversão não opera, assim, de forma automática, como simples decorrência da disposição legal, mas a critério do juiz, que ficará preso aos requisitos *verossimilhança* e *hipossuficiência*, visando a *facilitação da defesa*. São esses três elementos que devem nortear o juiz, sendo os dois primeiros alternativos, mas sempre em função do terceiro, que deverá estar obrigatoriamente presente em todos os casos (Ibidem, p. 4). CONTRA: GIDI, Aspectos da inversão..., p. 36”.

²³⁸ Neste sentido, BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 7, p. 101-118, 1993, p. 219.

²³⁹ Neste sentido, GIDI, Aspectos da inversão..., p. 36,

²⁴⁰ Assim opina CARVALHO FILHO, Ainda a inversão..., 65.

Outro ponto a destacar é quanto à imperiosa necessidade de fundamentação da decisão, seja qual for o seu teor, tanto em face do art. 93, IX da Constituição Federal, quanto ao fato de tratar-se de garantia inerente ao Estado de Direito.^{241 242}

Por fim, é assente o entendimento que o juiz pode reconhecer de ofício, isto é, independentemente de requerimento da parte, a necessidade da inversão do ônus da prova, tendo em vista que a norma do art. 6º, inc. VIII é de ordem pública, nos termos do art. 1º do mesmo diploma²⁴³.

(d) Quarto requisito: verossimilhança da alegação

Este requisito, na verdade, não é propriamente um pressuposto ensejador da inversão do ônus da prova, pois se situa na fase valorativa do juiz, e não na de julgamento, propriamente dita. Kazuo Watanabe, referindo-se à verossimilhança da alegação, explica que:

Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as

²⁴¹ Sobre a noção de fundamentação, pertinentes são as observações de TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, cuja contribuição é valiosa na indicação do conteúdo mínimo e essencial da motivação do juiz ao qual incumbe, primeiro, enunciar suas escolhas quanto à individuação das normas aplicáveis, à análise dos fatos, à sua qualificação jurídica e às conseqüências jurídicas daí decorrentes e, em segundo, demonstrar os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.

²⁴² Especificamente sobre a fundamentação do despacho que defere a inversão do ônus da prova, ensina ANDRADE, Aspectos práticos..., p. 8: “Reconhecidos os pressupostos da inversão no caso concreto, devem ser eles enumerados e demonstrados fundamentadamente pelo juiz, demonstrando porque ficou convencido da ‘verossimilhança’ da alegação do autor ou de sua ‘hipossuficiência’, bem como da necessidade da ‘facilitação da defesa’”.

Tenho defendido que na aferição dos pressupostos da inversão, porém, não pode o juiz ser demasiado rigoroso, porque aí já estará agindo contra os interesses do consumidor. A Lei nº 8.078 tem espírito tutelar e, na dúvida sobre a presença dos requisitos exigidos no seu inciso VI do art. 6º, deve o juiz deferir a inversão em favor do consumidor, incumbindo à parte contrária o ônus da prova da ausência de pressuposto, ou seja, da ausência de verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência ou mesmo da desnecessidade da facilitação da defesa”.

²⁴³ Assim se posicionam: CARVALHO FILHO, op. cit., p. 65, BARBOSA MOREIRA, Notas sobre a inversão..., p. 299, MORAES, Anotações..., p. 50.

condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite aquele também como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova ²⁴⁴.

De qualquer sorte, o juiz, com base nas máximas de experiência, parte do pressuposto de que o fato alegado é verossímil. Mas como aferir a verossimilhança? Neste tópico, julgamos imprescindível recorrer às valiosas palavras de Calamandrei, versadas no artigo *Verdade e verossimilhança no Processo Civil*²⁴⁵:

[...] para se julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorreremos, sem necessidade de uma direta investigação histórica a respeito de sua verdade em concreto, a um critério de ordem geral já adquirido precedentemente mediante a observação de *quod plerumque accidit*: já que a experiência nos ensina que fatos daquela mesma categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares às que se observam no caso concreto, se infere desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e, pelo contrário, se conclui que é inverossímil quando, mesmo podendo ser, parece, não obstante, em contraste com o critério sugerido pela normalidade. É evidente que todos estes juízos de possibilidade ou impossibilidade, verossimilhança ou inverossimilhança, têm um caráter eminentemente relativo: não só porque a conclusão pode ser diferente segundo se julgue em abstrato ou em concreto (é dizer, levando em conta a qualidade subjetiva da pessoa a quem o fato se atribui: impossibilidade *objetiva* e impossibilidade *subjetiva*); senão também porque os limites entre possibilidade, ou entre verossimilhança e inverossimilhança, são sempre variáveis, segundo o nível de cultura do julgador, segundo se demonstra com o progresso da ciência, que cada dia faz entrar no domínio da possibilidade ou da verossimilhança o que até o dia de ontem a experiência vulgar conceituava impossível e absurdo.

Do ensinamento do jurista italiano podemos extrair duas conclusões: *a um*, a de que o juízo de verossimilhança é um juízo de *inferência*, isto é, de dedução da provável veracidade de um fato efetuada a partir do que ordinariamente ocorre e, *a dois*, que tal *processo de dedução* é variável de acordo com quem o afere, pois é um juízo subjetivo. Além disso, ensina

²⁴⁴ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 617.

²⁴⁵ CALAMANDREI, **Derecho procesal...**, p. 324-325.

o mestre italiano que enquanto o juízo de verdade tem caráter *final*, o juízo de verossimilhança tem caráter meramente *instrumental*,²⁴⁶ uma vez que efetuado antes da colheita dos elementos probatórios.

Assim, o juízo de verossimilhança assenta-se num juízo de probabilidade que “resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos convergentes são inferiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade diminui”²⁴⁷.

O juiz extrairá a verossimilhança dos *indícios*, fatos alegados e *provados* no processo, dos quais se possa deduzir e inferir do que ordinariamente acontece, a ocorrência de *outro fato*, este não provado.

E o que são as regras ordinárias de experiência?

Imprescindível servir-se, na sua definição, do valioso e sempre atual ensinamento de Frederich Stein, para quem as máximas da experiência “são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da

²⁴⁶ CALAMANDREI, **Derecho procesal...**, p. 326. O autor elabora, ainda, uma didática “escala” para os graus de conhecimento de um fato, que transita entre o possível, o verossímil e o provável: “*posible* es lo que puede ser verdadero; *verosímil* es lo que tiene la apariencia de ser verdadero. *Probable* sería, etimológicamente, lo que se puede probar como verdadero [...] se puede decir que esas tres calificaciones (posible, verosímil y probable) constituyen, en ese orden, una gradual aproximación, una progresiva acentuación, hacia el reconocimiento de lo que es verdadero” (Ibidem, p. 325).

²⁴⁷ Esta afirmação é elaborada por Carlos Roberto Barbosa Moreira que, citando o pensamento, dentre outros, de CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 104, utiliza para a inversão do ônus probatório o mesmo raciocínio construído para aferir a verossimilhança nas hipóteses de cabimento da “antecipação de tutela”, prevista no art. 273 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei 8.952/94.

experiência, mas independentes dos casos particulares, de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos”²⁴⁸.

E prossegue o jurista alemão asseverando que as máximas da experiência carecem também, como todas as proposições obtidas mediante indução, de uma certeza lógica. Não são mais que valores aproximativos em relação à verdade, e como tais, só têm vigência na medida em que novos casos observados não mostrem que a formulação da regra empregada até então era falsa²⁴⁹.

(e) Quinto requisito: hipossuficiência

Por fim, elenca a lei o requisito da hipossuficiência.

Inicialmente, a doutrina inclinou-se a entendê-la como estreitamente vinculada ao poder econômico, todavia, após, passou a atrelá-la ao monopólio da informação.²⁵⁰

Predomina hoje o entendimento de que a hipossuficiência é “diminuição da capacidade do consumidor, não apenas sob a ótica econômica, mas também sob o prisma do acesso à informação, educação, associação e posição social”²⁵¹.

²⁴⁸ STEIN, **El conocimiento...**, p. 22 (traduzi). A obra original, *Das private Wissen des Richters*, observe-se, foi editada pela primeira vez em 1893.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 29.

²⁵⁰ O próprio Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do CDC, evidencia a alteração de sua posição inicial manifestada nas primeiras edições dos Comentários no sentido de não mais adotar o critério puramente econômico para definir a hipossuficiência. Note-se que na 2ª ed., por exemplo, à fl. 494, o autor menciona que “o conceito de hipossuficiente é o constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50. A suposição do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente não terá condições de suportar os gastos com as provas.” Já na 5ª ed., utilizando-se do exemplo de uma demanda entre um consumidor e uma montadora de veículos envolvendo vício de fabricação, o autor enfatiza que mesmo tendo o consumidor uma situação econômica que lhe permita suportar os custos da demanda (e da prova), ainda assim estará ele em situação de desvantagem, pois só o fabricante tem condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação, uma vez que detém

Pertinente observar-se que a hipossuficiência é uma característica integrante da vulnerabilidade e vulneráveis são todos os consumidores, face ao disposto no art. 4º, I, do CDC²⁵². Aliás, segundo do Cláudia Lima Marques²⁵³, há na verdade três tipos de vulnerabilidade: “a) a técnica, que se caracteriza pela falta de conhecimentos específicos do consumidor sobre o objeto da relação de consumo; b) a jurídica ou científica, que se configura pela falta de conhecimentos jurídicos específicos requeridos na relação de consumo, e c) fática ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”.

Desse modo, verifica-se que todos os consumidores são vulneráveis, mas nem todos são hipossuficientes, o que deve ser aferido em cada caso, já que esta característica é restrita aos consumidores que, além de vulneráveis, vêm-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou mesmo de ambas, como bem leciona James Marins²⁵⁴.

pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo. (WATANABE, **Código...**, p. 617).

²⁵¹ MATOS, O ônus..., p. 166. Também neste sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, 1992, MORAES, Anotações..., p. 50, GIDI, Aspectos... p. 35-36, CARVALHO FILHO, Ainda a inversão..., p. 69-70, BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 295-309, 1997, p. 303, CALDEIRA, Inversão..., p. 174-175, LIMA, A inversão..., p. 221.

²⁵² Art. 4º. – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I- o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270-276.

²⁵⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 56, nota 100.

Interessante posição, outrossim, é sustentada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, para quem o conceito de hipossuficiência deve ser elaborado a partir da *finalidade* da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da *instrução*, a defesa dos direitos do consumidor.

Assim, se o consumidor não trazer aos autos indícios do fato a ser provado, não caberá aí a inversão fundada na verossimilhança. Todavia, se o consumidor for capaz de demonstrar, ao menos, alguma outra circunstância que dificulte extremamente sua tarefa, então está caracterizada a hipossuficiência. O autor, neste ponto, chama a atenção para a situação de que “já não se cuida, aqui, de fato que guarde, “segundo as regras ordinárias de experiência”, provável relação de causalidade com outro, ainda não provado, trata-se, isto sim, de situação, na qual se acha o consumidor *e que pode ser por ele demonstrada ao juiz*, mas da qual não se infere, em juízo de probabilidade, a existência ou ocorrência do fato “principal”: ela apenas patenteia grave obstáculo à sua prova”²⁵⁵.

Para ilustrar seu pensamento, Carlos R. Barbosa Moreira cita o seguinte exemplo que, embora extenso, pela sua peculiaridade e importância para o presente estudo, permitimo-nos reproduzir²⁵⁶:

Exemplifico: um portador do vírus da AIDS alega ter contraído a doença em transfusões de sangue realizadas em certo hospital brasileiro, na primeira metade da década dos 80. Os sintomas, como é notório, podem permanecer anos sem se manifestar, e quanto maior o tempo decorrido entre a prestação dos serviços hospitalares e a eclosão do mal, maior será, evidentemente, a dificuldade em estabelecer, com clareza, o vínculo de causalidade entre os dois fatos. Neste caso, a passagem do tempo pode contribuir como fator de dificuldade da prova: o médico que prescreveu a transfusão pode ter falecido; o consumidor talvez não possua quaisquer documentos, atestando a prestação dos serviços (as pessoas comuns não têm o hábito de guardar

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, C. R., Notas sobre a inversão..., p. 303.

²⁵⁶ Ibidem, p. 303-304.

faturas, recibos e laudos médicos tão antigos). Mesmo se os tiver, será razoável presumir, em semelhante panorama, o nexos causal, quando ao longo de mais de uma década, o paciente, em tese, pode se ter exposto a várias outras situações de contágio? Será correto afirmar, quanto aos dois fatos, tal como nas hipóteses de verossimilhança, que “a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro”? A resposta *negativa*, a meu ver, se impõe. Todavia, posto não caracterizada a *plausibilidade* da alegação – que se acha mais próxima da certeza do que a simples *possibilidade* –, estará o juiz autorizado a inverter o ônus probatório, transferindo ao hospital a tarefa de provar que nele, o doente nunca recebeu qualquer espécie de assistência médica, ou que ali não se efetuou qualquer transfusão: certamente, o estabelecimento de saúde estará em melhores condições para demonstrar qualquer dessas alegações do que o autor em apresentar a prova contrária, pois –sempre de acordo com as regras de experiência, que o dispositivo manda tomar em consideração – os hospitais costumam manter arquivos, contendo dados detalhados sobre seus pacientes e registrando os procedimentos médicos a que cada um foi submetido.

O exemplo supra, ao nosso ver, é bastante ilustrativo e, se fosse deslocado do âmbito das relações de consumo, isto é, se não estivesse inserido em hipótese abarcada pelo microsistema do CDC, poderia perfeitamente servir como hipótese de redistribuição. Mas o assunto será melhor explorado adiante.

2.2.2.1.3 Concomitância ou alternância dos requisitos de hipossuficiência e verossimilhança?

A doutrina tem debatido muito sobre a necessidade, ou não, da existência concomitante, no caso fático, dos requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança. Posicionam-se favoravelmente à existência concomitante de ambos os requisitos, entre outros, Antônio Gidi, Mirna Cianci, Rafael Nichele, Milton Paulo de Carvalho Filho, Cândido Rangel Dinamarco²⁵⁷.

²⁵⁷ GIDI, Aspectos..., p. 34; CIANCI, Mirna. A responsabilidade do estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob o enfoque da teoria do risco administrativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, p. 94-105, 2001, p. 95; NICHELE, . A inversão..., p. 214; CARVALHO FILHO, Ainda a inversão..., p. 67; DINAMARCO, **Instituições...**, p. 80.

Em síntese, argumentam esses autores que se afigura coerente com o texto legal a interpretação de que a inversão só poderá ocorrer quando presentes ambos os requisitos, pois do contrário admitir-se-ia a imposição de medida drástica ao fornecedor pelo tão-só fato de ser o consumidor hipossuficiente, afetando diretamente a via de acesso à ordem jurídica justa. De destacar-se o exemplo utilizado por Antônio Gidi em reforço a sua argumentação: o mendigo que aciona um *shopping center* luxuoso, requerendo, em face de sua patente hipossuficiência, a inversão do ônus da prova a fim de que o réu prove que o carro do autor/consumidor não estava estacionado nas dependências do *shopping* e de que nele não estavam guardadas as compras de natal efetuadas.

Em posição diversa, isto é, entendendo que se faz necessária para a inversão do ônus da prova apenas a presença de um ou outro requisito, estão Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior, Tânia Lis Tizzoni Nogueira, Luiz Antônio Nunes Rizzatto, Carlos Roberto Barbosa Moreira e Vanessa Verdolim Hudson Andrade, entre outros, havendo, entretanto, variações entre seus argumentos.²⁵⁸

Kazuo Watanabe se posiciona pela literal interpretação da lei que utiliza a expressão “ou” e não “e”. Carlos Roberto Barbosa Moreira sustenta, em apertada síntese, que a exigência da concomitância dos requisitos não se afigura razoável, uma vez que é a menos favorável ao consumidor. Luis Antônio Nunes Rizzatto, de sua vez, evoca que a inversão tem como objetivo permitir ao consumidor o exercício pleno da ampla defesa devendo, a partir deste princípio constitucional, ser analisada a necessidade da inversão.

²⁵⁸ WATANABE, *Código...*, p. 618; NERY JUNIOR, *Os princípios...*, p. 55; NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, v. 10, p. 48-60, 1994, p. 58; RIZZATTO, Luiz Antônio Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 122-123; ANDRADE, *Aspectos...*, p. 16.

Interessante interpretação foi dada por Fernando Gava Verzoni,²⁵⁹ para quem, em suma, “a hipossuficiência do consumidor na produção da prova é requisito suficiente para a inversão, não precisando estar cumulado com a verossimilhança de sua alegação; diferentemente, a verossimilhança, em razão da interpretação teleológica do art. 6º, VIII, do CDC não enseja, por si só a inversão, dependendo, sempre, da hipossuficiência”.

Para o autor, explique-se, a leitura do art. 6º, inc. VIII, permite concluir que a inversão do ônus probatório, por ser um instrumento de facilitação da defesa, somente poderá ser aplicada quando houver a real necessidade de facilitar a produção da prova, o que, na prática, revela a desnecessidade da inclusão legal do requisito da hipossuficiência (que, inclusive, não constava da redação original do anteprojeto), uma vez que este requisito está intimamente ligado à produção da prova, sendo hipossuficiente quem necessita que seja facilitada a sua defesa no que concerne à produção das provas de suas alegações.

Assim, conclui o autor, mesmo que verossímeis as alegações do consumidor, não sendo este hipossuficiente, isto é, não necessitando da inversão do ônus da prova para a prova das suas alegações, não há porque se inverter o ônus.

2.2.2.1.4 Momento da inversão

O Código consumerista omitiu-se quanto ao momento processual adequado para operar-se a inversão do ônus da prova. Sinteticamente, três são as correntes doutrinárias acerca do tema: *a)* deve ocorrer no despacho de recebimento da inicial, antes da citação do

²⁵⁹ VERZONI, A inversão..., p. 43-46.

fornecedor²⁶⁰, pois propicia a defesa dos direitos do consumidor de forma ampla; *b*) no momento da prolação da sentença, ante a inexistência ou insuficiência de provas²⁶¹, uma vez que a regra de distribuição do ônus da prova se trata de regra de julgamento, de sorte que qualquer conclusão sobre o ônus da prova antes de encerrada a fase instrutória ensejaria pré-julgamento parcial e imaturo, e *c*) antes do início da instrução, quando da audiência preliminar, oportunidade em que o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas, acaso não seja obtida a conciliação²⁶².

Há também uma corrente que admite a inversão em qualquer das fases antes mencionadas, sendo ela defendida por Antônio Gidi²⁶³ e Vanessa Verdolim Hudson Andrade²⁶⁴. Para esses autores, a cientificação da adoção da inversão pode ser feita “em qualquer momento em que se fizer necessário, segundo entendimento do juiz no caso concreto, mas deve haver decisão expressa e fundamentada, mesmo que de modo conciso, neste sentido, para não acarretar surpresa ao fornecedor”, já que se trata de exceção ao art. 333 do CPC.

2.3 Conclusões parciais

²⁶⁰ Neste sentido, NOGUEIRA, Direitos básicos..., p. 59.

²⁶¹ Esta posição foi adotada pelos autores do anteprojeto de que resultou o CDC, GRINOVER; WATANABE, **Código**, p. 619, e também por MATOS, **O ônus...**, p. 167 e LIMA, **A inversão...**, p. 227.

²⁶² Nesta linha, BARBOSA MOREIRA, C. R., **Notas sobre a inversão...**, p.306-307; MORAES, **Anotações...**, p. 52-53 MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. **O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Processo**, São Paulo, n. 114, p. 67-91, mar./abr. 2004, p.89; CARVALHO FILHO, **Ainda a inversão...**, p. 77. Para RODYCZ, **A inversão...**, p.198, o momento ideal é entre o recebimento da inicial e o saneador.

²⁶³ GIDI, **Aspectos da Inversão...**, p. 38-39.

²⁶⁴ ANDRADE, **Aspectos...**, p.5.

No segundo capítulo o estudo focou-se no estudo dos fenômenos relacionados ao ônus da prova, concluindo-se que:

1) Ante a diversidade terminológica existente na doutrina optou-se, para os fins do presente estudo, em classificar os fenômenos relacionados ao ônus da prova em dois gêneros: a distribuição e a redistribuição. A redistribuição, de sua vez, subdivide-se em duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão.

2) Por distribuição entendeu-se a repartição dos riscos efetuada pelos estatutos processuais civis de cada país, nos quais se traçam os critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não haver provado as alegações fáticas que lhe aproveitavam.

3) No caso do processo civil brasileiro, esta regra está estampada no art. 333 do CPC e mostra-se insuficiente para a resolução da questão, pois não indica quais os critérios a serem utilizados na classificação dos fatos como “constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”, evidenciando, ainda, a necessidade de analisar-se o direito substancial.

4) Por redistribuição entendeu-se a excepcional alteração, efetuada pelo juiz diante do caso concreto ou pela lei, de modo que a responsabilidade não recaia sobre a parte que tradicionalmente seria onerada com a prova da alegação, mas sim sobre a outra parte que, em princípio, encontra-se em melhores condições de produzi-la.

5) A redistribuição possui duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão. A redistribuição *strictu sensu* opera-se em qualquer relação jurídica, ocorrendo normalmente nos casos de prova diabólica ou por fatores externos ao processo, como o longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos e sua alegação em juízo.

6) A inversão do ônus, de sua vez, não ocorre em qualquer relação jurídica, mas tem âmbito de aplicação predeterminado. No direito brasileiro, identificamos a hipótese de inversão no Código de Defesa do Consumidor, cujos requisitos legais são expressos.

PARTE II – A DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

1 A VISÃO SOLIDARISTA DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS

1.1 Colocação do tema. Visão pós-contemporânea

Não há dúvidas de que a introdução, nos ordenamentos jurídicos processuais, de regras estabelecendo a distribuição do ônus da prova buscou solucionar principalmente a questão da efetiva solução da controvérsia nos casos em que o juiz, mesmo após a instrução probatória, restava com séria e fundada dúvida acerca das alegações e suas respectivas provas, trazidas pelas partes, evitando o *non liquet*.

Como já exposto, a distribuição do ônus da prova passou por várias etapas, norteadose, em cada uma delas, por diferentes critérios. No caso do direito processual brasileiro, guiado pelo art. 333 do CPC, predomina hoje o entendimento de que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A norma brasileira vigente vincula-se às teorias formuladas com base na natureza dos fatos e na posição das partes em juízo²⁶⁵, claramente inspiradas nas idéias desenvolvidas por Chiovenda e Carnelutti. Além de omitir-se quanto à indicação de critérios para qualificar o

²⁶⁵ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 129.

fato dentro destas categorias, isto é, como fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, “o critério expresso na legislação brasileira é de *per se* insuficiente, tornando necessário utilizar outro critério para a qualificação dos fatos, que não pode prescindir da análise do direito substancial”²⁶⁶.

Outras teorias desenvolvidas após, principalmente por Rosenberg e Micheli, ante a tal lacuna, preocuparam-se em ressaltar o direito substancial.

Rosenberg, como visto, sustenta que cada parte deve afirmar e provar os pressupostos de fato da norma que lhe é favorável e que só mediante a interpretação do direito material é possível acertar o alcance dos fatos que devem constar (ser provados).²⁶⁷ Diz o autor que “la primera y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características”²⁶⁸.

Micheli, de sua vez, concorda com Rosenberg no que diz com a necessidade de atribuir-se importância às normas de direito material para permitir a formulação do critério distributivo, porém não despreza a posição ocupada pela partes com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo²⁶⁹. Ao contrário, atribui ao critério que contempla a posição das partes tanta importância quanto atribui ao critério que contempla as normas de direito material que, se considerado de forma isolada, mostra-se insuficiente.²⁷⁰

²⁶⁶ PACÍFICO, *O ônus...*, p. 130.

²⁶⁷ ROSENBERG, *La carga...*, p. 107.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 107.

²⁶⁹ PACÍFICO, *op. cit.* p. 121.

²⁷⁰ Diz Micheli: “Por esta vía, por tanto, se hace resultar la íntima correspondencia entre el aspecto propiamente procesal y el que se refiere, en cambio, al derecho sustancial; puesto que, en tanto se comprende la relevancia procesal de la figura del actor o del demandado, en cuanto se tenga presente el efecto jurídico pedido por el uno o por el otro, esto es, la posición del requirente respecto del efecto jurídico invocado.”(MICHELI, *La carga...*, p. 430).

Não obstante o grande avanço alcançado com tais teorias, conformadas, pode-se assim dizer, pela mão de Echandía²⁷¹, a realidade que emerge dos julgados, espelhando a diversidade dos casos julgados, ainda apresenta situações nas quais os critérios acima detalhados mostram-se insuficientes para alcançar efetiva justiça ao caso concreto.

Nos tribunais brasileiros ocorrem situações envolvendo casos, por exemplo, de prova de contratos bancários, nos quais a solução adotada pelo Código Instrumental, mesmo arejada com os avanços doutrinários, ainda se mostra longe de alcançar *a justiça ao caso concreto*²⁷², pois se trata de casos envolvendo situações extremas cuja alegação e comprovação é difícil para a parte lesada, de tal sorte que se aplicado o critério estático do Código, não se estará prestando a jurisdição *com justiça*.

É neste cenário que se desenvolve a “visão solidarista da carga da prova” e a teoria dinâmica dos ônus probatórios, que passaremos a explorar.

²⁷¹ Vide Parte I, Capítulo 1, item 2.3.3.6.

²⁷² A propósito, Dall’agnol Junior em excelente artigo sobre a “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, menciona alguns julgados do TJRS e enfatiza que “alguns tribunais pátrios, indiscutivelmente, deixaram-se contaminar por esta *flexibilização* da doutrina clássica da distribuição dos ônus de provar, circunstância que se explica pelo fato de que os Juízes, assim como os demais operadores do direito, não restringem seu exame ao formal. Ao encharcarem-se de realidade, os Magistrados percebem, cotidianamente, a insuficiência da doutrina tradicional, exatamente pelo que apresenta de abstração. Apenas a consideração do fenômeno jurídico em sua inteireza permite ao intérprete real e eficaz exame. É na simultânea análise de norma, valor e fato que o intérprete se aparamenta para compreender o direito, inclusive, naturalmente, o subjetivado” (DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Jandy. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, n. 788, p. 92-107, 2001, p. 100).

1.2 A visão solidarista do ônus da prova

Em posição antagônica a uma *visão individualista* do ônus da prova, embasada numa postura acentuadamente liberal do direito processual, centrada no interesse das partes²⁷³, coloca-se a *visão solidarista* do ônus da prova, defendida por Augusto Mario Morello.

Leciona o jurista argentino que, em razão da predominante *visão individualista*, resultam rebaixados outros valores que deveriam ser igualmente aplicados. Refere-se ele ao princípio da solidariedade que obriga (no sentido processual de criar um encargo) à parte que se encontra em melhores condições, de subministrar a prova.²⁷⁴

Para o autor, ocorrem inúmeras situações – em matéria contratual, de vícios dos atos jurídicos, de prestação de serviços, etc.- nas quais, em face das circunstâncias conhecidas, menor custo, acesso direto, é mais cômodo a uma parte, e não a outra ou ao juiz, propor e praticar a prova. Por conseguinte, deveria aquela, com preferência, realizar a conduta diligente e útil ao resultado eficaz de seu necessário aporte²⁷⁵.

Com efeito, o princípio da solidariedade desemboca em uma “bien entendida funcionalidad del *principio de cooperación* (o de efectiva colaboración) que a su vez radica

²⁷³ MORELLO, *La prueba...*, p. 57.

²⁷⁴ Na exatas palavras do autor: “Nos referimos, obviamente, al principio de solidaridad que ‘obliga’ – dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir como carga técnica de un más acentuado rigor – a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba”.

²⁷⁵ MORELLO, op. cit., p. 58.

en el más comprensivo y de mayor furza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fé”²⁷⁶.

Entram em cena, então, relacionados entre si, os princípios da solidariedade, da cooperação e da boa-fé.

Assim, não parece, aos olhos do autor, nem suficiente nem valioso o só manejo da regra conforme a qual o autor tem a carga de provar os fatos constitutivos do direito que invoca e o demandado os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos que opõem àqueles. Deverá o juiz, de acordo com as particularidades do caso e a conduta obrada pelas partes, reparar se há quebra do dever de cooperação, fazendo-o jogar contra o infrator ao representar um modo de utilização razoavelmente adequado para sustentar a veracidade das afirmações controvertidas²⁷⁷.

Em suma, propõe uma conciliação funcional mais intensa entre deveres e cargas, no sentido de comunhão de propósitos²⁷⁸.

Tal *visão solidarista*, todavia, em que pese propor uma nova postura às partes e ao juiz, não afasta de todo a regra estática de distribuição do ônus probatório, apenas apregoa

²⁷⁶ MORELLO, **La prueba**..., p. 58-59. Acrescenta o autor na p. 63: “El solidarismo y la buena fe, sustentan una postura que avanza sobre criterios prioritariamente liberales que han de ceder paso a los anteriormente mencionados, integrándose en la hermenéutica de un balanceo armonizador, con las *exigencias actuales* en pro de un obrar eficiente y justo”. E continua: “ La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para lo cual no debe malograrse la búsqueda de la verdade esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacia el Organo, no parece ausplicable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes, en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inesquivable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia”.

²⁷⁷ MORELLO, op. cit., p. 60.

²⁷⁸ Ibidem, p. 64.

sua flexibilização diante de certos casos nos quais uma das partes infringe o dever de cooperação, de acordo com o prudente critério do juiz.

1.3 A teoria dinâmica dos ônus probatórios

A teoria dinâmica dos ônus probatórios²⁷⁹ se não concebida por Jorge Walter Peyrano, renomado jurista argentino, foi sem dúvida por ele desenvolvida em obras “que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano”.²⁸⁰ ²⁸¹ Segundo aponta o próprio Peyrano, a teoria, batizada de *Cargas Probatoria Dinámicas*, surgiu em 1981, publicada no artigo intitulado *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, em E.D., t. 107.²⁸²

Referida teoria produziu na Ciência do Direito Processual, na perspicaz visão de Juan Alberto Rambaldo, um “giro epistemológico” fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, que passou a ser visto através da “finalidade do processo e do valor justiça” e não apenas do ângulo do mero “cumprimento de formas processuais abstratas”, permitindo,

²⁷⁹ Conforme apontado por WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 69, a *teoría de las cargas probatorias dinámicas* recebeu, também, as seguintes denominações: “carga dinámica de la prueba, carga de prueba compartida, cargas probatorias dinámicas, doctrina de la prueba compartida, prueba compartida.”

²⁸⁰ Consoante apontado por DALL’AGNOL JUNIOR, Distribuição..., p. 97.

²⁸¹ Citam-se, exemplificativamente, alguns artigos da lavra do referido autor: 1) PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 13-18, 2) PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004; 3) PEYRANO, Jorge Walter. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, 4) PEYRANO, Jorge Walter. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 169-173; 5) PEYRANO, Jorge Walter. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Artigo gentilmente cedido pelo autor.

²⁸² PEYRANO, op. cit., p. 169.

também, que se incorporasse a conduta processual das partes como argumento, fonte ou meio de prova.²⁸³

Observa o autor argentino retrocitado que se as normas processuais, e especificamente as regras sobre distribuição do ônus da prova, forem analisadas, ver-se-á que as mesmas se inserem perfeitamente no desenvolvimento das lutas que se sucederam no campo das ideologias (filosóficas, sociais e políticas). Lutas estas que se manifestam claramente no suceder histórico desde as teorias que sustentavam o individualismo contratualista, passando pelo publicismo chiovendiano, até chegar ao pragmatismo neoliberal²⁸⁴.

A teoria dinâmica dos ônus probatórios, segundo refere Rambaldo, nasceu para aliviar a ímproba tarefa da vítima, paciente de um ato cirúrgico, consistente em produzir provas diabólicas tendentes a demonstrar a culpa em matéria de responsabilidade civil médica²⁸⁵.

Com efeito, durante longo tempo desenharam-se as regras sobre o ônus da prova como algo estático, indo de encontro, inclusive, ao pensamento de Goldschmidt, que ao conceituar “carga processual” no contexto de sua teoria do processo levou em conta uma visão dinâmica dos fenômenos procedimentais²⁸⁶.

²⁸³ Nas exatas palavras do autor: “A esta altura de la exposición sostengo que la adquisición de la doctrina de las ‘Cargas Probatorias Dinámicas’ para la teoría de la Ciencia Del Derecho Procesal produjo un ‘giro epistemológico’ fundamental en el modo de observar el fenómeno probatorio, al que se lo ve desde el mirador de la ‘finalidad del proceso y del valor justicia’ y no desde el ángulo del mero ‘cumplimiento de formas procesales abstractas’.

Este nuevo punto de mira (axiológico-ontológico) también permitió que se incorporara la *conducta procesal de las partes* como argumento, fuente o medio de prueba. Y si es cierto que la teoría del conocimiento científico se desarrolla en una espiral ascendente “concreto-abstarcto-concreto”, la magnitud de las proyecciones de este giro epistemológico sólo podrá ser mensurada por el concreto histórico” (PEYRANO, Cargas..., p. 33).

²⁸⁴ RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 27.

²⁸⁵ Ibidem, p. 32.

²⁸⁶ PEYRANO, Informe..., p. 2.

Ocorreu então que, adotando uma compreensão excessivamente estática da questão, os doutrinadores fixaram as regras sobre o ônus da prova de uma maneira demasiado rígida e sem observar as circunstâncias do caso; circunstâncias estas que, eventualmente, poderiam aconselhar alguma outra solução.²⁸⁷ Desse modo, por exemplo, dizia-se que em qualquer caso e contingência, os fatos constitutivos deviam ser provados pelo autor e os impeditivos, modificativos e extintivos, pelo demandado.

Como repara Peyrano, até tempos não muito distantes, o tema não se prestava a maiores sutilezas. Basicamente, as regras sobre o ônus da prova seguiam sendo estáticas e moldadas como antes citado. Mas, mais modernamente, a *práxis* uma vez mais alertou a doutrina de que ditas regras resultavam às vezes insuficientes ou inadequadas. Em outras palavras “se empezó a reparar en que ni eran bastantes ni contaban con la flexibilidad que sería de desear. Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron en encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo”²⁸⁸.

Em verdade, a primeira das regras da *carga probatoria dinámica* – a de que o ônus da prova incumbe à parte que se encontra em melhores condições de produzi-la (assim chamada porque o *onus probandi* se independiza de enfoques apriorísticos para limitar-se a indicar que o ônus probatório pesa sobre quem está em melhores condições fáticas, técnicas ou profissionais para produzir a prova respectiva, conforme conclusão do XVII Congresso

²⁸⁷ PEYRANO, Informe..., p. 2. Nas palavras do autor: “Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios ‘fijaron’ (y aquí este verbo debe ser entendido de un modo literal) las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos, además, para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución”.

²⁸⁸ PEYRANO, J.W., Informe sobre a doutrina..., p. 3.

Argentino de Direito Processual) – é a que obteve maior êxito e difusão, especialmente no campo da responsabilidade civil médica derivada de intervenções cirúrgicas²⁸⁹.

Feitas estas considerações iniciais, passaremos a aprofundar a estrutura da teoria.

1.3.1 Definição

Em seu artigo intitulado “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, o próprio Jorge W. Peyrano lança mão da definição cunhada nas V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas em Junín em outubro de 1992, onde a Comissão de Direito Processual formulou a seguinte declaração²⁹⁰:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quién está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

Assim, sob a denominação de *cargas probatorias dinámicas* a nova doutrina tratou de flexibilizar a rigidez em que se encontravam as regras sobre o ônus da prova e a conseqüente dificuldade de aplicação das mesmas em certos casos. Esta teoria sustenta que, além do caráter de demandante ou demandado, em determinados casos, o ônus da prova recai sobre ambas as partes, em especial sobre a que se encontra em melhores condições para produzi-la.

²⁸⁹ PEYRANO, Informe..., p. 3-4.

²⁹⁰ PEYRANO, Nuevos lineamientos..., p.19-20.

Peyrano, nesse ponto, chama especial atenção para a circunstância de que se deve ser especialmente cuidadoso e estrito na hora de valorar a prova alegada pela parte que se encontra em melhores condições para produzi-la porque, normalmente, esta também está em condições de desvirtuá-la ou desnaturalizá-la em seu próprio benefício²⁹¹.

Esta nova teoria não desconhece as regras clássicas do ônus da prova²⁹², mas trata de completá-las ou aperfeiçoá-las, flexibilizando sua aplicação em todas aquelas hipóteses nas quais quem devia provar segundo a regra tradicional, vê-se impossibilitado de fazê-lo por motivos completamente alheios a sua vontade²⁹³.

1.3.2 Antecedentes e fundamentos

Refletindo sobre o que teria sido deixado de lado pela doutrina processual para que, nos dias de hoje, estivéssemos sentindo cada vez mais a insuficiência das soluções propostas no que se refere ao ônus da prova, Inés L. White²⁹⁴ opina que, *em primeiro lugar*, esqueceu-se a doutrina da própria *dinâmica*, elemento essencial do processo para o criador do conceito de *ônus processual* (referindo-se a Goldschmidt), que tentou criar uma ponte, isto é, restabelecer

²⁹¹ PEYRANO, Nuevos lineamientos..., p .21. También neste sentido, Ivana María Airasca, para quem o juiz “a la hora de valorar las pruebas aportadas por la parte que está en mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales de producirla, deberá tener en cuenta que esa parte también está en mejores condiciones de destruirla, o adulterarla en su favor, por lo tanto deberá cotejarlas con las demás probanzas reunidas en el juicio, si las hubiera, y siempre a la luz de las reglas de la sana crítica”.(AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 151.)

²⁹² Na mesma linha, BARBERIO, Sergio José. Cargas Probatorias Dinámicas ?Qué debe probar el que no puede probar? In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 100.

²⁹³ WHITE, Cargas probatorias..., p. 60.

²⁹⁴ Ibidem, p. 64-65.

todos os fios que haviam sido cortados entre o direito substantivo e o processual desde a autonomia do conceito de ação. Em definitivo, esqueceu-se dos fatos.

Em *segundo lugar*, esqueceu-se da real natureza da prova e do fato de que a mesma se encontra dispersa em todo direito provado, isto é, de sua estreita relação com o direito material.

Em *terceiro lugar*, prossegue a jurista, esqueceu-se de sair e olhar o fenômeno por uma ótica externa, construindo dogmas lógicos, mas em alguns casos alijados da realidade, ou de difícil ou impossível aplicação à mesma. Enfim, enclausurou-se.

Em *quarto lugar*, aponta White que se esqueceu da justiça. A doutrina ocupou-se tanto de resguardar e proteger o bem denominado “liberdade”, em todas as suas formas e expressões, que esqueceu que muitas vezes este ideal não é alcançado quando as partes que são beneficiadas por ele não se encontram em “igualdade de condições”. Esqueceu que o livre, lógico, razoável e inclusive justo pode não ser “equitativo”. A justiça, diz a autora, “aplicada al caso concreto, es decir, la *equidad*, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la *doctrina de las cargas probatorias dinámicas*”²⁹⁵.

De outro lado, o processo atual tende a deixar de ser uma disputa em que cada parte será vencedora ou não em função de como seu advogado desenvolve mais astutamente suas habilidades, para dar lugar a um processo cujo valor máximo é dado pela justiça. Assim, se o magistrado nota que uma das partes – que se encontra em melhores condições de aportar a

²⁹⁵ WHITE, Cargas probatorias..., p. 66. Também neste sentido, isto é, entendendo que a justiça é o principal fundamento desta teoria, a qual deve ser aplicada em todos os casos onde for necessária no intuito de “desentranhar” a verdade dos fatos e obter uma sentença justa, posiciona-se AIRASCA, Reflexiones..., p. 141.

prova – descansa na passividade dessa conveniência, através da utilização da teoria dinâmica dos ônus probatórios e valorando a conduta das partes, poderá fundamentar sua sentença de forma justa, em razão de quem tem razão e contando com os elementos adequados ao resultado²⁹⁶.

Mas a justiça não é o único fundamento da teoria dinâmica dos ônus probatórios. Além desta, também a atitude das partes no processo é apontada como fundamento, na medida em que ao fazer uso de seus direitos, estas assumem também deveres processuais, dentre os quais o de conduzir-se com lealdade, probidade e boa-fé, o que se projeta no dever de colaborar em matéria de prova para que o juiz possa alcançar a verdade²⁹⁷.

Outro fundamento apontado é a responsabilidade do juiz no processo, uma vez que é da essência da magistratura impedir que o mais forte, o que ocupa uma posição mais vantajosa, seja econômica, social ou jurídica, tanto na relação processual quanto na substancial, tire proveito disso no processo, em detrimento do mais débil. E para isso, afirma White²⁹⁸, “la única garantía real y verdadera es la de un juez interesado en su función y ocupado para que la claridad del proceso ilumine la sentencia que finalmente deba dictar”.

Além disso, acrescenta Ivana M. Airasca que²⁹⁹:

Por supuesto que cobra especial importancia una integración armoniosa de todos os elementos de conocimiento aportados en el proceso, ya que el juez valorará toda la prueba colectada, no sólo la proveniente de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, sino la de las reglas clásicas de distribución

²⁹⁶ TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 165.

²⁹⁷ WHITE, Cargas probatorias..., p. 66-67. También neste sentido AIRASCA, Reflexiones..., p. 141.

²⁹⁸ Ibidem, p. 68.

²⁹⁹ AIRASCA, op. cit., p. 141-142.

de la prueba, por lo que las cargas probatorias dinámicas se convierten en un elemento constitutivo de la actividad valorativa.

Desse modo, ao lado da justiça, colocam-se a atitude das partes no processo, com dever de agir corretamente e colaborar com o ente imparcial, e a própria responsabilidade do juiz, na medida em que incumbido precipuamente de garantir a *equidade* no processo.

1.3.3 Aplicação

A aplicação da *teoría de las cargas probatorias dinámicas* é procedente apenas *in extremis*, vale dizer, quando a utilização das regras legais sobre a repartição do ônus da prova gera conseqüências claramente inconvenientes e iníquas. Nesse caso, lançando-se mão da teoria, mostra-se recomendável que a valoração da prova seja extremamente prudente. Acentua Peyrano³⁰⁰ que “de lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son los correspondientes al caso.”

Em síntese, a teoria aplica-se às situações extremas de difícil comprovação.

Segundo leciona Inês L. White, ao que tem conhecimento, o primeiro caso, na Argentina, onde a teoria dinâmica dos ônus probatórios teve aplicação, foi julgado em 21 de

³⁰⁰ PEYRANO, Nuevos lineamientos..., p. 24.

junho de 1957 pela Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tratava-se da aplicação do decreto-lei 5148/55, que dispunha sobre o enriquecimento ilícito dos funcionários na causa “Perón, Juan Domingo”, estando publicado em *La Ley*, tomo 87, p. 110. Como refere, além dos inegáveis motivos políticos que fundamentaram a edição do referido decreto-lei e a conseguinte decisão da Corte, “es imposible negar que lo afirmado en el mismo concuerda con las actuales teorías de las *cargas probatorias dinámicas*”. Na ocasião, disse a Corte³⁰¹:

Los códigos de fondo y las leyes de procedimientos reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes, no ateniéndose por tanto, exclusivamente, a los aforismos tradicionales y a las construcciones de la *doctrina* al respecto que no tienen otro valor que el de simples indicaciones generales.

En materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas, que toda legislación seria debe respetar en primero término, son las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado la ilegitimidad; es aquél quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, es tanto que para éste existiría, si no una imposibilidad, una grave dificultad evidente.

Assinalando a jurisprudência atual da Corte, White³⁰² cita o caso do processo “Pinheiro, Ana María”, julgado em 1997 (CSJN, 10-12-97, “Recurso de hecho deducido por la actora em la causa Pinheiro, Ana María y outro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviário”). Neste caso, a Corte deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela autora, que tachava de arbitrária a decisão recorrida por ter se omitido de resolver questões essenciais para a determinação da responsabilidade da demandada, levando a cabo uma irrazoável valoração da prova que conduziu a uma sentença com fundamentação só aparente, cheia de autocontradições e baseada exclusivamente na perícia médica.

³⁰¹ WHITE, Cargas probatorias..., p. 71.

³⁰² Ibidem, p. 72-73.

Para a Corte supra foi determinante o fato de se haver examinado a responsabilidade dos envolvidos na demanda a partir das conclusões de uma perícia médica a que se haviam imputado adulterações e que carecia de elementos essenciais, tais como os relatórios da enfermagem e da anestesia, as informações cirúrgicas, o registro gráfico do monitoramento e os exames complementares de diagnóstico, todos elementos relevantes para a decisão.

Decidiu a Corte, assim, que incumbia à demandada a responsabilidade pelas deficiências na confecção do histórico clínico e pela perda dos elementos mencionados, entendendo que a desaparecimento dessas provas não poderia redundar prejuízo em detrimento da paciente devido à situação de inferioridade em que a mesma se encontrava no caso concreto. Entendendo que a demandada tinha obrigação de colaborar para o esclarecimento dos fatos, a Corte anulou a sentença recorrida.

A decisão citada reveste-se de importância porque põe em relevo alguns aspectos fundamentais. Por primeiro, evidencia o quanto a atitude das partes pode influenciar na prova, tendo em vista que se trata de situação em que apenas uma das partes, no caso a demandada, é detentora de prova documental e, ao pedir-se sua exibição, esta aparece adulterada, parcialmente perdida ou é maliciosamente ocultada, estando ciente a demandada que a outra parte não poderá provar o que alega de outra forma. Evidencia, também, a responsabilidade do juiz para com a efetiva aplicação da justiça no caso concreto.

Estes pontos marcam “los límites o parámetros dentro de los cuales procede la aplicación de la teoría en estudio, ya que en ausencia de alguno de ellos la misma se vuelve de difícil aplicación”³⁰³.

³⁰³ WHITE, Cargas probatorias..., p. 73.

Peyrano³⁰⁴ chama especial atenção para alguns balizamentos na aplicação da teoria, quais sejam:

a) a distribuição atípica dos ônus probatórios é parcial, isto é, aplica-se a determinados fatos ou circunstâncias e não a todo material fático. Disso resulta que a aplicação da teoria não acarreta o total abandono da regra legal de distribuição do ônus da prova, mas só parcial.

b) se ambas as partes se encontram em situação de desvantagem probatória, não há que se falar na aplicação da teoria.

c) não poderá acarretar surpresa às partes.

Tais balizamentos evidenciam que as hipóteses de aplicação da *teoria de las cargas probatorias dinámicas* coincidem com o que no presente estudo chamamos de *redistribuição strictu sensu*.

Por fim, cumpre explicitar o que se entende por “melhores condições de provar”. Estará nesta posição a parte que, em razão do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por estar de posse do objeto ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, etc., tem melhores condições para revelar a verdade³⁰⁵, e seu dever de colaboração se acentua de tal modo que se passa a atribuir-lhe um ônus que, em princípio, segundo as clássicas regras de distribuição, não lhe seria atribuído.

³⁰⁴ PEYRANO, Jorge Walter. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 95-97.

³⁰⁵ Lição de BARBERIO, ?Qué debe probar..., p. 103.

Ressalte-se ainda que as melhores condições de provar podem ser aferidas em razão das características pessoais das partes, segundo sua pertinência com os fatos e as provas postas em juízo. Razões profissionais, técnicas, econômicas ou jurídicas podem ensejar tal conclusão.

1.3.4 Consolidação no meio jurídico argentino (doutrinário, jurisprudencial e legislativo)

No artigo intitulado “*La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*”³⁰⁶, Peyrano faz uma acurada análise do desenvolvimento e da aplicação da teoria dinâmica dos ônus probatórios desde sua concepção.

Introdutoriamente, aduz que respeitável doutrina logrou acatá-la, citando, entre os civilistas, Kelmelmajer de Carlucci, Vázquez Ferreyra, Ghersi e Bustamante Alsina. Entre os processualistas, elenca Amaya, De la Rúa, González de La Veja, Alterini, Constantino, Colerio, De Los Santos, Eisner, Morello, etc.

No plano jurisprudencial, aponta o autor que a doutrina foi aplicada não só nos casos envolvendo responsabilidade civil por ato médico, mas também em matéria de alimentos, nos de responsabilidade bancária e no Direito Laboral³⁰⁷. A teoria, segundo comenta, logrou aplicação inclusive na Corte Suprema da Nação, citando o caso “Corones, Gladys contra Marval D’Farrell (L.L. de 27.9.90. caso 88.878).

³⁰⁶ PEYRANO, J. W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 75-98.

³⁰⁷ Ibidem, p. 85.

Citam-se, exemplificativamente, algunas decisiones colhidas no artigo “Doctrina e jurisprudencia agrupadas”, de Graciela L. Di Marco e José Luis Mascali,³⁰⁸

a) Sobre regras de distribuição do ônus: (1)- “En materia probatoria, no existen reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas; el principio de la carga probatoria dinámica impone la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, pues ambos litigantes están obligados a colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, Sala B, 1999/02/23, Banco de Galicia y Buenos Aires contra II, P. MN. Y otros, La Ley, 1999 I/1, DJ, 1999 3 840); (2)- “Si bien la distribución de la carga de la prueba está expresada en el artículo 377 del Código Procesal Civil, esta regla no es rigurosa y aparece finalmente moderada por el principio de adquisición procesal que da por incorporado al proceso todo elemento probatorio conducente a la averiguación de la verdad con prescindencia de la parte que lo aportó, aún en su contra. Este amplio criterio de razonabilidad de que dispone el juez en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación al mérito probatorio de los elementos arrimados al juicio, permitirán a aquél, en el momento de dictar el fallo, determinar presunciones *homini* de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables para hacerlo (*favor probationes*) que el accionante a su vez, para probar la culpa de aquél. Esta aplicación del concepto de carga probatoria dinámica es de excepción, pero sin duda se compadece con el criterio de equidad en relación procesal entre las partes” (CC02 Santiago del Estero 10833 15/06/00 Juez Bruchman de Beltrán (MA), Gomez Zanni, Oscar contra IOSEP y/u otros s. Cobro de Pesos. Mag. Votantes: Bruchman de Beltrán – Núñez – Contrato).

b) Sobre as cargas probatorias dinámicas: 1- “La doctrina y jurisprudencia han flexibilizado el viejo rigor formal, que imponía la exclusividad de la carga de la prueba al demandante. La corriente contemporánea ha perfilado la idea de las reglas de las cargas probatorias dinámicas o desplazamiento de la carga probatoria en función del principio de solidaridad o colaboración, atribuyendo a la demandada una conducta activa de colaboración en la reconstrucción histórica del hecho, puesto que también debe ser de interés a su parte, que no queden dudas sobre la falta de autenticidad que atribuye a la firma de los documentos en que se basa el reclamo, con mayor razón disponía de los medios que posibilitaran la producción de la prueba pericial. Este principio de solidaridad o colaboración tiene absoluta vigencia en el caso que examino, y hace posible valorar quién se encontraba en mejores condiciones de probar el hecho, y pese a ello se abstuvo de hacerlo” (C2 Civ y C Paraná (E:R:) Sala 1. 10/09/97 Clinica Modelo S.A. y otros contra Elmeco Ingeniería S.A.I.C. y otros Sumario por cobro de Pesos, Zeus t. 76, J-369). 2- “En el moderno derecho procesal no existen reglas absolutas en materia probatoria, dado que predomina el principio de las "cargas probatorias dinámicas según el cual, dicha carga se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla: no hay preceptos rígidos sino, la búsqueda de la

³⁰⁸ DI MARCO, Graciela L.; MASCALI, José Luis. Doctrina e jurisprudencia agrupadas. In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 543-599.

solución justa según las circunstancias del caso concreto” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, Sala A (CNCom)(SalaA), 1996/09/20. Schwabe Jurss y Cía S.A. c. Propale S.A. La ley, 1997-c.509). **3- Casos de Responsabilidad Civil por ato médico: (1)-** “En el caso obsta a la pretensión resarcitoria del actor la ausencia de la demostración del elemento esencial de la responsabilidad, el daño, prueba que se encontraba en cabeza del reclamante. Es cierto que el moderno derecho ha superado la antigua noción de culpa (aunque no sea descartado), poniendo el acento en el daño (lo que se refleja en acepciones como, daño injusto derecho de daños, era del daño, etc.) También es cierto que en esta obligación llamada de medios, no cualquier medio cancela la responsabilidad de los médicos, siendo menester que los suministrados resulten pertinentes para la obtención del resultado adecuado, es decir que los actos realizados por el profesional sean cumplidos del modo debido, con el nivel científico que el cliente tiene derecho a esperar. **Asiste razón al recurrente en punto a la carga probatoria dinámica propiciada en general por Jorge Peyrano, que tiene tal vez uno de sus campos más amplios en los juicios de responsabilidad profesional**” (CCC SL 4 RS, (Chaco) 48-94 S 10-5-94, Juez DENOGENS, MARIA DELFINA (SD), Gómez, Roberto c/Policlinico San Fernando S.R.L. y/o Ricardo César Mayol y/o quien resulte responsable s/ Daños y Perjuicios. MAG.VOTANTES: Denogens, Mará D.- Alonso de Martina, Marta I.). **4- Em matéria de responsabilidade bancária: (1)-** “Para determinar la falsificación o no del cheque, era necesario acompañarlo al proceso como prueba fundamental, pesando esa obligación con mayor rigor sobre la institución bancaria, en cuyo poder obra el original. Su conducta evasiva y poco clara, más la presunción contenida en el art.182 inc.3° del C.P.C., hacen recaer sobre ella una responsabilidad innegable. El principio de buena fe, conduce a exigir la producción de la prueba a aquella de las partes que se encuentra en mejores condiciones de lograrla” (Devalle Jorge c.Banco Previsión Social s. Ordinario (CIUDAD-CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL MINAS PAZ Y TRIBUTARIO N°2. N° Fallo 98194019) MENDOZA (sentencia) Mag.MARZARI-CASO-VARELA 07/05/98); **6- Direito Laboral: (1)-** “Corresponde al empleador que niega la relación laboral con el actor, la carga de la prueba de la inexistencia del contrato de trabajo, o que los servicios prestados no eran laborales; así, ante la inversión de la prueba que rige en la materia, debe probar no sólo el que afirma sino también quien asevera en sentido negativo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, sala A (CNCom)(SalaA), 1999/06/30, El Porvenir Coop. de seguros Ltda s/ inc. de rev. por:Umerez, Leandro A. LA LEY, 2000 C, 56 DJ, 2000-2-57).

Já no que toca ao plano legislativo, menciona a adoção da teoria pelo Código

Processual Civil e Comercial da Província de La Pampa, cujo art. 360 dispõe:

Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la

carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.

Cita, outrossim, o Projeto de Código Civil da Republica Argentina Unificado com o Código de Comércio, cujo art. 829 dispõe: “*Prueba de pago* [...] cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”. Já no art. 1619, consta: “*Responsabilidad Civil. Prueba de los factores de atribución* [...] si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”.

Como se nota nos casos mencionados, a aplicação seria excepcional e residual, a que se deve recorrer ante a comprovação de que o emprego dos parâmetros usuais levaria à espécie solução manifestamente iníqua.³⁰⁹

1.3.5 Aplicação no direito espanhol

Segundo sustenta Marcos L. Peyrano, foi inspirada na doutrina das *cargas probatorias dinámicas*, amplamente divulgada e utilizada no meio jurídico argentino, que a Espanha adotou expressamente a teoria em sua nova Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley1/2000), uma

³⁰⁹ PEYRANO, J.W., **La doctrina...**, p. 87.

vez que buscava alcançar efetividade à tutela jurisdicional³¹⁰. De fato, encontra-se declarado na Exposição de Motivos da mencionada lei que “el Derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado em el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide com el anhelo y la necesidad social de una justicia civil nueva; caracterizada precisamente por la efectividad”.

Embora na Espanha tenha sido batizada com nome diverso – regra ou princípio da facilidade probatória –, trata-se sem dúvida da teoria dinâmica dos ônus probatórios, lá introduzida por obra de alguns doutrinadores³¹¹, sobretudo no campo da responsabilidade civil por ato médico, e amplamente adotada pelos juízes espanhóis que “atraídos pelas possibilidades que lhes brinda este instituto frente a questões de ‘prova difícil’ ou carentes de material probatório, adotaram e aplicaram sem reservas o ‘dinamismo’ em matéria de ônus da prova, sobretudo considerando a disponibilidade e ‘facilidade’ probatória que corresponde a cada uma das partes litigantes”.³¹²

Cumprе destacar que a “dinamicização” do ônus *probandi* não constava do anteprojeto da Ley de Enjuiciamiento Civil, tendo sido incluída após por força de fortes críticas da doutrina, manifestada por exemplo, por Joan Pico i Junoy³¹³, e por solicitação dos magistrados que assim se manifestaram através do Pleno Del Consejo General Del Poder Judicial em sessão de 11.5.98. Constou assim, no art. 217, a seguinte redação:

Artículo 217. Carga de la prueba.

³¹⁰ PEYRANO, Marcos. L. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000) In: CARGAS probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 179-193.

³¹¹ Como exemplo, PEYRANO, Marcos L. cita a obra de Llamas Pombo, E. **La responsabilidad civil del medico**: aspectos tradicionales y modernos, Madrid: Trivium, 1988.

³¹² PEYRANO, M. op. cit., p. 186.

³¹³ PEYRANO, M., La teoría..., p. 188.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

A lei espanhola, embora ainda mantenha regras clássicas em matéria de ônus da prova, ligadas às posições processuais de autor/réu, prevê a possibilidade de certa flexibilização desta regra, segundo o arbítrio do tribunal, tendo presente a disponibilidade e a facilidade probatória de cada uma das partes litigantes.

1.3.6 Uma visão unificadora das duas teorias

As duas teorias acima descritas, a que traz uma visão solidarista do ônus da prova, desenvolvida por Morello, e a que prega a dinamicização dos ônus probatórios, cunhada por Peyrano, tratam do mesmo fenômeno e aplicam os mesmos princípios, mas o fazem sob ângulos diversos.

Na visão solidarista do ônus da prova, as partes devem colaborar e serem solidárias no carreamento das provas ao processo e, agindo de boa-fé, não devem se omitir de tal encargo. O juiz, de sua vez, não age diretamente sobre a distribuição do ônus probatório, mas reage ante a hipótese de uma tal omissão, penalizando a parte faltante.

Quer-se com isto dizer que a visão solidarista é a uma dinamicização do ônus da prova vista sob o ângulo das partes, que são encarregadas de agir com solidariedade, cooperação e boa-fé³¹⁴.

Já na *teoría de las cargas dinámicas probatorias* temos a dinamicidade do *ônus probandi* vista predominantemente sob o ângulo do juiz, isto é, no âmbito de sua liberdade de agir e de seu dever de prestar a jurisdição com justiça.

Subjacente a ambas as posições, encontra-se, quer nos parecer, a busca pela manutenção do equilíbrio entre as partes e, pois, o respeito ao princípio da igualdade.

Creemos, assim, que se trata do mesmo fenômeno, visto sob prismas diversos, como as duas faces de uma mesma moeda.

³¹⁴ María Belén Tepsich menciona que “algunos autores como Morello refieren a ella desde una noción de la necesaria solidaridad y responsabilidad conjunta en la producción de la prueba”. (TEPSICH, *Cargas probatorias...*, p. 159.)

1.4 Conclusões parciais

Ante à insuficiência dos critérios de distribuição do ônus da prova e as novas e complexas situações jurídicas, é imperiosa a revisitação das antigas fórmulas. Apresentou-se, assim, duas novas teorias acerca do tema, concluindo-se:

- 1) A visão solidarista do ônus da prova, focada na atuação das partes, preocupa-se com a plena aplicação dos princípios da solidariedade e da cooperação ao processo, afastando-se da visão individualista. No que toca à prova, encarrega a parte que se encontra em melhores condições subministrá-la.
- 2) A teoria dinâmica dos ônus probatórios prega a adoção de regras de distribuição do ônus menos rígidas e mais “dinâmicas”, isto é, podendo serem redistribuídos à parte que melhor condições tiver de provar, à luz do caso concreto. Aqui o foco encontra-se na atuação do juiz e no seu dever de prestar a jurisdição com justiça.
- 3) Ambas as teorias, pode-se concluir, têm grande preocupação com a justiça do caso concreto e, sobretudo, com o asseguramento da igualdade substancial entre as partes no processo, criando um mecanismo flexível (dinâmico) de restabelecer o desequilíbrio estabelecido desde o início do processo ou durante seu curso.
- 4) A aplicação da teoria dinâmica dos ônus probatórios é procedente apenas em situações extremas de difícil comprovação, isto é, quando a utilização das regras legais de distribuição do ônus da prova gera conseqüências claramente inconvenientes e injustas. Sendo o caso de aplicá-la, incidirá sobre determinada alegação e não sobre todo material probatório, não havendo abandono integral da regra legal.
- 5) Em hipótese alguma a aplicação da teoria poderá causar surpresa às partes.

2 OS PARÂMETROS DA DINAMICIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1 Apresentação do problema: necessidade de flexibilização e controle do arbítrio e do subjetivismo judicial

A proposta de alguns parâmetros para a dinamicização da distribuição do ônus da prova deve ser antecedida, por imperativo lógico, da resposta às seguintes indagações: é realmente necessário e oportuno flexibilizar as normas legais sobre ônus da prova? Em sendo positiva a resposta a tal indagação, é possível fazê-lo no direito processual civil brasileiro? Novamente, em sendo afirmativa a resposta, como então controlar o *arbítrio e o subjetivismo judicial*, isto é, como evitar não caiam no mero subjetivismo e casuísmo as decisões que determinam a redistribuição do ônus probatório?

Estamos convencidos de que a resposta para a primeira indagação é positiva, ou seja, é necessário e oportuno rever os critérios de distribuição do ônus da prova de sorte a possibilitar a sua flexibilização. E as razões apontadas seriam basicamente de duas ordens: *razões de natureza particular* e *razões de natureza pública*³¹⁵.

As *razões de natureza particular* repousam basicamente sobre a necessidade de conferir proteção a certas situações subjetivas e excepcionais, merecedoras de tutela *justa*. Com efeito, vertem dos tribunais casos práticos nos quais a parte original e legalmente

³¹⁵ Neste sentido ver FARIA, Rita Lynce de. A inversão do ônus da prova no direito civil português. Lisboa: Lex, 2001. p. 59-76 e CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile, **Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile**, Padova, v. 46, n. 3, p. 757-796, sett. 1992, p. 769.

incumbida de trazer a prova aos autos acha-se, na prática, extremamente dificultada ou até impossibilitada de fazê-lo, enquanto que a outra parte, não incumbida pela lei de fazê-lo, encontra-se em situação mais confortável para produzir tal prova.

Dos tribunais pátrios³¹⁶, exsurtem situações nas áreas da responsabilidade civil por erro médico³¹⁷, nas relações contratuais bancárias, nas relações contratuais securitárias, e etc. Dentre vários julgados citados por Dall’Agnol Júnior³¹⁸, destacamos o seguinte (AC 597083534, 1ª Câm. Cív., TJRS, de 03.12.97), cujo voto da lavra do Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, analisa com profunda acuidade a excepcionalidade de tais situações:

³¹⁶ O fenômeno da flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova pela jurisprudência também ocorre no direito alemão, consoante ensina LEIBLÉ, Stefan. **Proceso civil alemán**. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 256 et seq.: “La regla fundamental de distribución de la carga de la prueba conduce en determinados casos típicos a una insatisfactoria atribución de responsabilidad jurídico-material. Para evitarla, la jurisprudencia desarrolló reglas judiciales de inversión de la carga de la prueba. Ellas tienen por consecuencia que la responsabilidad jurídico-material es desplazada a la otra parte. En tales casos las reglas de la carga de la prueba inciden directamente sobre el derecho material”. Ressalta, todavia o autor, que a jurisprudência a respeito está muito dividida. “Así p.e. se acepta una inversión de la carga de la prueba, si la parte que no tiene la carga de la prueba se niega sin fundamento a mencionar medios de prueba sólo accesibles a ella o a hacerlas utilizables”. Como exemplo, o autor menciona, no âmbito das relações de consumo, a chamada responsabilidade do produtor pelo produto, onde o prejudicado deve demonstrar a existência da lesão em razão de um defeito do produto, incumbindo ao produtor demonstrar que não houve falha de sua parte. Também cita como exemplo de inversão do ônus a grave violação de uma obrigação profissional destinada a proteção contra perigos para o corpo e para a saúde, quando esta violação da obrigação é adequada para produzir um dano como o que efetivamente se produziu. Neste caso, o demandado deve provar que sua violação às obrigações não foi a causa do dano e que não agiu com culpa. É o caso do professor de natação que não controla seus alunos e um vem a se afogar. Em situação um pouco diversa, cita o caso da documentação médica insuficiente, alertando que nesta situação a Corte Federal de Justiça não chega a uma rígida inversão do ônus da prova, mas a uma facilitação da prova em benefício do paciente.

³¹⁷ No plano da responsabilidade civil por erro médico, há duas correntes doutrinárias a respeito. Uma que sustenta que em razão do Código de Defesa do Consumidor ter adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal (art. 14, §4º) seria incabível a inversão do ônus da prova. Assim se posicionam NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991. e KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Outra que defende ser cabível a inversão nestas hipóteses uma vez que “a questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado em sede de direito substancial, enquanto que a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual. Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência de um evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste que, *in casu*, deverá demonstrar que se houve com perícia, prudência ou zelo, não tendo desta forma, incidido em nenhuma das modalidades da culpa” (MORAES, Anotações..., p. 51). No mesmo sentido, BORTOWSKI, A carga..., p. 112.

³¹⁸ DALL’AGNOL JÚNIOR, Distribuição..., p. 101-102.

Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado, e equivocado, conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada *Teoria da carga dinâmica da prova*, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação.

E estas situações, como refere Rita Lynce de Faria, também ocorrem “em várias circunstâncias, nomeadamente, quando factos constitutivos do direito do autor ou do réu sejam factos negativos. Ora, a prova de que determinado facto não ocorreu ou não existe é certamente mais difícil de alcançar do que a prova da existência ou ocorrência de certo facto”³¹⁹.

No que respeita às *razões de ordem pública*, podem ser elencadas: a) maior celeridade ao feito, na medida em que a prova passa a ser de responsabilidade da parte que tem melhor acesso a ela, o que reduz custos e tempo despendido; b) maior probabilidade de ser alcançada a *verdade*³²⁰; c) prestação de jurisdição com *efetiva justiça*.

Neste sentido, Morello enfatiza a tendência moderna de que o juiz seja ativo e utilize os poderes de esclarecimento e busca da verdade objetiva, apurando ao máximo (até onde

³¹⁹ FARIA, A inversão..., p.60.

³²⁰ Sandra Aparecida Sá dos Santos aponta, com propriedade, que “a inversão como uma inovação no procedimento de verificação probatória é adotar um cuidado maior com o descobrimento da verdade”. (SANTOS, A inversão..., p. 56.)

possa, sem colidir com outros valores superiores) os ônus da parte e sua cooperação funcional para o resultado justiça, porque disso depende o fim valioso da jurisdição³²¹.

De outro lado, na ótica da parte, o próprio direito à prova também é um fundamento da redistribuição, pois uma visão mais moderna e alargada de seu conceito permite vislumbrar que o direito à prova abarca a real e efetiva possibilidade de produzi-la, não obrigando a parte mais frágil quando, nas excepcionais circunstâncias do caso concreto, a outra parte esteja em posição mais acessível e cômoda para fazê-lo.

Ainda, cumpre lembrar que incumbe ao juiz, diante do caso concreto, assegurar não só igualdade formal às partes, mas também substancial, isto é, se verificar que a uma das partes é mais fácil produzir a prova do que a outra, então é perfeitamente aplicável a redistribuição.

Como reforço aos argumentos supra-expendidos, cumpre enfatizar também que, uma vez superada a fase de *heterogeneidade e independência* das questões de fato e de direito, que ensejavam outrora a aplicação de um raciocínio puramente silogístico (com a subsunção do fato à norma), e estando hoje assentada a idéia de que a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são questões relacionadas entre si³²², não se podendo mais alijar os fatos do processo, impõe-se a revisitação da questão da distribuição do ônus da prova, propondo-se o

³²¹ MORELLO, La prueba..., p. 33-34.

³²² Sobre o tema, julgamos imprescindível a leitura do artigo “Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle”, de autoria de Danilo Knijnik que, com profundidade e zelo científico, aborda a questão da superação da antiga postura de afastar o fato do processo, apontando que “o abandono da idéia subsuntivista reclama, como contrapartida necessária, um *instrumental novo* de verificação dos fatos, pois, vinculadas agora as duas questões, tem de cessar a *posição* marginal e a neutralidade dos fatos perante a teoria jurídica”. A partir da análise das lacunas deixadas pelo sistema do livre convencimento racional, o autor parte para a análise das soluções do direito comparado, analisando os modelos ou *standards* jurídicos existentes para o controle lógico da convicção judicial (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 15-52, v. 353, jan./fev. 2001.)

abandono de uma posição unicamente estática e pré-concebida e a adoção de uma posição que admite, em casos determinados, uma flexibilização ou dinamicização³²³.

Pois bem, aceita a idéia de uma necessária revisitação ao tradicional esquema de distribuição do ônus da prova, permanecem ainda as duas outras questões a serem enfrentadas. É o que faremos nos próximos tópicos.

2.2 Admissibilidade da dinamicização no direito processual civil brasileiro

Será a *dinamicização* da distribuição do ônus da prova compatível com o processo civil brasileiro?

Dall’Agnol Junior, ao tratar do tema, indaga em que medida logram êxito doutrinas como esta (referindo-se à *teoria de las cargas dinámicas probatorias*) no direito brasileiro. Respondendo, afirma que

tomada a locução – *direito brasileiro* – em seu sentido amplo, compreendendo legislação, doutrina e jurisprudência, observa-se que, bem ou mal, inseriu-se ela na primeira, ao menos da especial, concernente às relações de consumo, conforme tivemos a oportunidade de ver, e também na última, segundo o demonstra facilmente pesquisa que se faça nos repositórios.³²⁴

³²³ Ricardo Luis Lorenzetti aponta que esta revolução no campo do ônus da prova insere-se num cenário onde ocorreu a introdução de princípios extraprocessuais, como o da proteção *pro damato*, da parte débil, do consumidor, etc. e a aparição de processos complexos, não podendo manter-se uma posição rígida e inflexível (LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria general de distribucion de la carga probatoria. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, v. 13, p. 61-95, 1997, p. 83-84).

³²⁴ DALL’AGNOL JÚNIOR, Distribuição..., p. 100.

Com efeito, a introdução de regra expressa prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito das relações de consumo significou importante avanço na questão da distribuição do ônus da prova. Além das razões já expostas na Parte I, Capítulo II, item 2.2.2.1.1, também porque pôs em evidência que a solução articulada no art. 333 do CPC não é suficiente para alcançar a efetiva justiça a todos os casos.

Recentemente, a teoria dinâmica dos ônus probatórios recebeu expressa adoção no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado por Ada Pellegrini Grinover, o qual foi divulgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil e tem por finalidade “reunir, sistematizar e melhorar as regras sobre ações coletivas, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com sua relevância jurídica, social e política”³²⁵.

Na exposição de motivos, consta que “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova”. Com efeito, o art. 11 do Anteprojeto assim dispõe:

³²⁵ ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/anteprojeto.htm>> Acesso em: 04 dez. 2006, item 6 da exposição de motivos. Também o Código-Modelo de processos coletivos para Ibero-America, cuja comissão responsável pela apresentação de uma proposta foi composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi, os quais também participaram da comissão de revisão do texto, contém, em seu art. 12, §1º, a adoção da “Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas”, assim dispondo: Art. 12 – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem. §1º – O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos. §2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária. §3º – O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório. (CÓDIGO modelo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 121, mar. 2005, p. 144.)

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§1º – O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§3º – O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

O anteprojeto reveste-se de importância na medida em que além de inovar propondo a introdução da teoria dinâmica dos ônus probatórios no ordenamento jurídico brasileiro, o faz alargando seus conceitos, isto é, prega uma postura dinâmica *a priori*, aplicável como regra geral antes de iniciado o processo e mesmo durante o seu curso, abandonando definitivamente a regra estática do CPC para os processos coletivos.

Importante frisar a constante e especial preocupação da autora com a garantia do contraditório, pois este se reveste de fundamental importância para o asseguramento da legalidade da *dinamicidade* da distribuição do ônus probatório.

Quanto à jurisprudência brasileira, a doutrina já foi acatada no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no Recurso Especial nº 69.309-SC analisado pela 4ª Turma, cujo relatório coube ao Min. Ruy Rosado de Aguiar, e em cuja ementa consta: “Responsabilidade Civil. 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. [...]”. No corpo do voto do Min. Relator, ao rebater a irresignação do recorrente quanto à não explicitação da adoção, ou não, da inversão do ônus da prova para o caso telado, consta:

É certo que houve referência ao princípio, em um dos precedentes citados pelo il. Relator, mas não serviu ele de fundamento para a decisão, pois que os elementos probatórios foram longamente examinados e analisados e, com base neles, isto é, com esteio na prova produzida nos autos e não por aplicação do princípio da inversão do ônus da prova, é que a eg. Câmara concluiu pelo improvimento do apelo.

[...]

Para reforço dessa conclusão, o v. acórdão apontou para a falta de prova dos réus, quanto à regularidade dos procedimentos adotados, pois dispunham dos meios para elucidar as circunstâncias do fato. Constatou do acórdão, por transcrição: “A prova da regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar para ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada caso”.

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 da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.

[...].

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a situação não é diferente, já tendo sido aplicada a teoria dinâmica dos ônus probatórios em diversos julgados que versam sobre Direito Tributário e Responsabilidade dos sócios-gerentes (Embargos Infringentes nº 70007802127, 1º Grupo Cível, Rel. Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Junior), Cheque prescrito e cobrança em ação monitória (Apelação Cível nº 70007866858, nona câmara cível, Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano), Direito Administrativo (relação contratual) e ação de revisão de conta de luz (Agravo de Instrumento nº 70008830317, segunda câmara cível, Rel. Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Junior), Responsabilidade Civil e erro médico (Apelação Cível nº 70006752653, nona câmara cível. Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi), Ação de revisão contratual garantida por alienação fiduciária (Apelação Cível nº 70011570876, décima quarta câmara cível, Rel. Des. Isabel de Borba Lucas) e etc.

No que toca à conformação da teoria ao ordenamento legal, cremos que há dois enfoques a serem abordados: (a) a observância ao princípio da igualdade e os poderes instrutórios do juiz e (b) os deveres das partes.

Advirta-se, preambularmente, que embora tais enfoques, para fins didáticos, tenham sido percorridos em tópicos separados, os mesmos só adquirem importância para o presente estudo se analisados de forma conjunta e profundamente *entrelaçada*, pois só assim será possível vislumbrar a real dimensão que têm, evidenciando a existência de espaço no ordenamento jurídico brasileiro para uma *dinamicização* das regras de distribuição do ônus da prova, sobretudo se considerarmos que as recentes alterações que vêm sendo introduzidas no Código de Processo Civil, chamadas de minirreformas, têm como norte um *processo civil de resultados*, buscando permitir uma justiça mais rápida e mais efetiva³²⁶.

Ora, como dito antes, a teoria dinâmica dos ônus probatórios preocupa-se com a justiça do caso concreto, com a atitude das partes no processo, isto é, com o dever de agir corretamente e colaborar com o ente imparcial, e com a própria responsabilidade do juiz, na medida em que incumbido precipuamente de garantir a *equidade* no processo. Tais preocupações vão ao encontro dos objetivos das minirreformas processuais e da *nova roupagem* imposta ao processo civil brasileiro.

A propósito, discorrendo sobre as tendências contemporâneas do Direito Processual Civil, Barbosa Moreira chama especial atenção para a necessidade de emprestar-se maior efetividade à tutela jurisdicional, o que sugere a utilização mais intensa dos meios de

³²⁶ Sobre o tema ver “A efetividade do processo e a reforma processual”, de TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 59, p. 253-268, nov. 1993. e DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

averiguação dos fatos, seja por meio da iniciativa judicial na atividade de instrução, seja através da “*facilitação da prova* nos casos em que a exigência da demonstração cabal dos fatos, conjugada à rigorosa observância das regras sobre a distribuição do *onus probandi*, cria sério risco de bloquear o caminho para a justa composição da lide”. Especialmente relacionado com o tema do presente trabalho, prossegue o jurista assinalando que³²⁷:

Põe-se a questão, principalmente, em matéria de responsabilidade civil, no que respeita à prova da culpa e da relação de causalidade, em hipóteses como as de grave violação de dever profissional (máxime no campo da medicina), de responsabilidade do produtor por danos causados pelo produto ao consumidor, e outras em que, das possíveis versões do fato, uma se recomenda desde logo, por sua verossimilhança consideravelmente maior, à preferência do senso comum. Na solução do problema têm-se empregado desde técnicas relativamente simples, como a da pura inversão *ope iudicis* do ônus da prova, ou – o que afinal vem a dar na mesma – a da consagração das “presunções” não previstas em texto legal, até expedientes mais refinados, qual o da atribuição de um “dever de esclarecimento” ao adversário da parte onerada, ou o da chamada “prova *prima facie*”, em que o juiz, tendo em vista o curso normal de “acontecimentos típicos” (*typische Geschehensabläufe*, na terminologia tedesca), admite como certa, ao menos em caráter provisório, a existência de circunstâncias que, segundo a comum experiência, deviam concorrer para que se verificasse o fato conhecido.

Ainda, é preciso enfatizar que os enfoques ora abordados possuem como *pano de fundo* a insuficiência dos critérios adotados pelo art. 333 do CPC, como já tivemos oportunidade de apontar, cabendo aqui repisar que ante à insuficiência de tal regra, faz-se imprescindível a análise do direito substancial.

Por fim, na esteira do que sustenta Sandra Aparecida Sá dos Santos, a *dinamicização* das regras de distribuição do ônus da prova também assegura, para os casos em que cabível, a efetiva aplicação do devido processo legal e de todos seus consectários, uma vez que tal garantia “torna-se efetiva na medida em que se exercita o contraditório entre os litigantes,

³²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, 1983, p. 201.

com a finalidade precípua da busca da verdade real, por meio de amplo debate e sem restrições de alegações de fatos e de produção de provas”³²⁸.

Ademais, nas relações de consumo o legislador reconheceu o consumidor como a parte mais frágil, mas existem “outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes, fora do âmbito das relações de consumo” nas quais “nega-se a prestação jurisdicional no caso de improcedência do pedido, fere-se o princípio da ampla defesa, na hipótese de tutela favorável, além da inaplicabilidade do princípio da igualdade, seja qual for o teor da decisão”³²⁹.

Feitas essas ponderações, passemos a análise de cada enfoque.

2.2.1 Observância ao princípio da igualdade e os poderes instrutórios do juiz

O primeiro enfoque a ser analisado diz com a observância ao princípio da igualdade das partes e a extensão dos poderes instrutórios do juiz. Neste prisma, os artigos 125, 129 e 130, do CPC, constituem as bases legais³³⁰.

³²⁸ SANTOS, A inversão..., p. 97.

³²⁹ Ibidem, p. 98.

³³⁰ Prescrevem eles: Art. 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I– assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução no litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 129 – Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

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.

Incumbindo ao juiz assegurar a igualdade entre as partes litigantes, como reflexo da garantia constitucional da isonomia³³¹, cumpre-lhe fazê-lo atendendo a uma igualdade para além da formal, ou seja, uma igualdade *substancial*. “Compete ao juiz, como diretor do processo, assegurar às partes tratamento isonômico (CF, art. 5º, *caput*). A igualdade de que fala o texto constitucional é *real, substancial*, significando que o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”³³².

Com muita propriedade, Rui Portanova fala de um “princípio igualizador” dando ênfase a seu caráter dinâmico, uma vez que o princípio da igualdade não se coaduna com uma idéia formalista e neutra de ver o Direito exigindo, para sua aplicação, um “entrelaçamento de elementos jurídicos e metajurídicos, a fim de que não se caia num idealismo que obstaculize sua implementação”³³³.

Conclui o autor que³³⁴:

Presidir um processo assegurando às partes igualdade de tratamento, tal como determina o inc. I do art. 125, nem de longe significa ficar abúlio às disparidades muitas vezes flagrantes entre as condições pessoais das partes e dos advogados que as representam.

A inércia judicial nestas condições será flagrante favorecimento da parte mais forte. O sistema do Código de Processo Civil tem orientação clara em relação a atividade judicial que exige dinâmica no andamento do processo, percuciente na investigação probatória e atenção a efetiva igualdade das partes.

³³¹ Ensina Cândido Rangel Dinamarco que “o princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, *caput*, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam.” (DINAMARCO, *Instituições...*, p. 208.

³³² NERY JÚNIOR; NERY, *Código de...*, p. 433.

³³³ PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 62, p. 278-290, 1994, p. 282.

³³⁴ *Ibidem*, p. 286.

No plano probatório, tal incumbência reflete-se numa atitude mais ativa do magistrado, com abandono da postura tradicional a qual, com base no art. 333 do CPC, vê a atividade do juiz, na fase instrutória, como uma atividade meramente subsidiária, isto é, o juiz pode agir apenas e tão-somente quando, esgotada a atividade das partes, não tenha ele condições de decidir. Mesmo neste caso, sua liberdade é fortemente cerceada tanto pelo fato de a atividade probatória já se encontrar desenvolvida pelas partes, quanto pela extrema preocupação com a intangibilidade de sua imparcialidade.

Ora, parcialidade existiria se o juiz, diante de um quadro de desigualdade das partes, “assistisse inerte, como um expectador a um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais, partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial”³³⁵.

E quando se alude à “interferência do juiz na fase probatória” inclui-se também a tarefa de, sendo o caso, analisar o juiz a necessidade de trazer para os autos determinada prova e redistribuir o ônus de fazê-lo, alterando para o caso em concreto a regra do art. 333 do CPC e onerando na produção desta prova a parte que melhor estiver em condições de produzi-la, independentemente da posição processual que ocupe.

Tal afirmação decorre da circunstância de que em que pese atribuir a doutrina maior importância à face objetiva do ônus da prova, encarando a regra do art. 333 do CPC como regra de julgamento a ser utilizada no final da instrução no caso de persistir dúvida ao julgador, não se pode desconhecer a existência e a importância prática e jurídica de seu caráter subjetivo, o qual designa às partes quais suas incumbências e qual a consequência de

³³⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, p. 141-145, out./dez.1994, p. 142.

sua omissão, revestindo-se assim numa *regra de comportamento* a ser utilizada antes do julgamento e durante a instrução. Tal aspecto, para o juiz, indica a possibilidade de verificar a existência, ou não, de isonomia substancial entre as partes.

Além disso, cumpre ao juiz coibir e prevenir atos atentatórios à dignidade da justiça. Tais atos, elencados expressamente na Lei Instrumental no que se refere aos processos de execução (art. 600 do CPC), embora não tenham sido elencados no que se refere aos processos de conhecimento e cautelar, são todos aqueles que se revestem de malícia e com a intenção de impedir ou dificultar o adequado desenvolvimento do processo, violando o dever de lealdade prescrito no art. 14, II, do CPC³³⁶.

Discorrendo sobre o tema do princípio da igualdade processual, Bedaque aponta a regra da plena disponibilidade das provas como uma das que não asseguram a real igualdade, assinalando que essa norma é o reflexo de “um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial”³³⁷.

Para evitar tal situação, cresce entre nós, segundo Bedaque, a idéia de que apenas um comportamento ativo do juiz fará com que seja realmente respeitado o princípio da igualdade *real* entre as partes, devendo o processo ser dotado de meios para promover tal igualdade. Um destes meios é, sem dúvida, “a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da

³³⁶ Neste sentido BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 388.

³³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo”³³⁸.

É preciso ter em mente que o aumento dos poderes do juiz é um caminho que já vem sendo trilhado por outros ordenamentos em direção à simplificação dos procedimentos e ao asseguramento de tutela jurisdicional mais efetiva.^{339 340}

O conceito de “participação efetiva na produção da prova” abarca, sem dúvida alguma, o poder de redistribuir os ônus probatórios, pois tal medida, em certos casos, impõe-se para restabelecer a igualdade substancial entre as partes.

Quer-se com isto dizer que, sendo aplicável ao caso a regra do art. 333 do CPC, o juiz participa da produção da prova quando determina às partes providências que visem a complementar a prova de suas alegações ou melhor esclarecê-las, ordenando, por exemplo, a juntada de documentos ou a complementação de determinada prova. Do mesmo modo, o juiz também participa de tal produção quando, ao deparar-se com situação real e excepcional de

³³⁸ BEDAQUE, **Poderes...**, p. 98.

³³⁹ Barbosa Moreira, sobre este tema, aduz que, ao menos em linha de princípio, o incremento dos poderes do juiz, ressalvada a necessidade, como contrapartida, de um significativo aumento de sua responsabilização pelo exercício incorreto de seus poderes, seja por falta, seja por excesso, “pode contribuir de maneira significativa para a consecução dos mesmos fins: simplificar e agilizar a marcha dos feitos e facilitar a prestação jurisdicional em prol da mais eficiente preservação de interesses socialmente relevantes. Diríamos até que ele atua, em certa medida, como manifestação capaz de assumir sentido igualitário. Veja-se o caso da inversão do ônus da prova, em proveito do consumidor: trata-se de providência ordenada, sem sombra de dúvida, a equilibrar substancialmente as posições das partes, em circunstâncias nas quais a observância estrita das regras clássicas de distribuição do encargo probatório poderia tornar injustamente difícil, talvez impraticável, a postulação eficaz do litigante menos familiarizado com os aspectos técnicos da fabricação e da distribuição do produto”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 133-144, abr./jun. 1995, p. 140-141).

³⁴⁰ Ainda sobre tal questão, importante contribuição é dada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem o processo civil moderno vem evoluindo constantemente no sentido do abrandamento da restrição imposta ao juiz quanto à inadmissibilidade de seu conhecimento privado quanto ao fato e à consideração tão-somente dos fatos alegados e provados pelas partes, “de modo a liberar o juiz dessas cadeias formalísticas atribuindo-lhe poderes intensificados para a investigação probatória, facultando-lhe de conseguinte melhor conhecimento dos fatos, ponto importante na formação de sua convicção” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun. 2003, p. 69).

desigualdade entre as partes, determina a redistribuição do *onus probandi*. Esta iniciativa, observe-se, vai ao encontro da postura esperada de um juiz operativo e sincronizado com as modernas teorias acerca dos fins do processo.

Assim não fosse, estar-se-ia alijando da fase de produção da prova a distribuição (e a redistribuição) de seu ônus, assim como resumindo o ônus da prova à sua face objetiva, ou seja, a de servir apenas como regra de julgamento na hipótese de ausência ou insuficiência probatória. Como visto, embora tal face seja predominante na doutrina, não é a única, subsistindo o caráter subjetivo, ou seja, também serve de norte para o comportamento das partes.

Com efeito, Ovídio A. B. da Silva assinala que os autores costumam dividir o procedimento probatório em três momentos fundamentais: “aquele em que a prova é proposta, postulada pela parte ou por terceiro interveniente; o momento de sua admissão pelo juiz, em que este a defere; e, finalmente, o de sua produção”³⁴¹.

Todavia, ensina o autor que considerando o terceiro sentido de prova, isto é, “sob o ângulo do resultado de toda essa atividade probatória, na medida em que sua realização haja produzido no julgador a convicção da veracidade do fato probando, então teremos de admitir que o ciclo probatório carece ainda de um momento subsequente ao de sua produção, que é justamente o momento da avaliação da prova pelo juiz.”

³⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 329.

Entendemos que a avaliação da prova não se dá apenas finda a instrução probatória, mas também *durante seu desenvolvimento*, inclusive para os fins de uma possível *redistribuição* ou de um ordenado e profícuo desenvolvimento da prova na hipótese de *distribuição* usual.

Para verificar a veracidade de tal assertiva, basta considerar que o juiz, ao indeferir determinada prova por entendê-la despicienda ou meramente protelatória, já está exercendo uma valoração (ou melhor dizendo, uma *pré-valorização*) acerca do material probatório, cotejando-o com os demais elementos do processo.

Ao discorrer sobre o princípio da isonomia, Angélica Arruda Alvim exemplifica sua aplicação prática com a regra do art. 6º do CDC, asseverando que “trata-se, portanto, de regra que dá efetividade e *autêntica concreção* ao princípio da isonomia, procurando favorecer, do ângulo de prova, ao consumidor, para restabelecer o equilíbrio de uma relação já naturalmente desequilibrada”³⁴².

Assim, a eventual redistribuição do ônus da prova insere-se na fase de produção da prova, e se impõe como medida de equilíbrio entre os litigantes, encontrando no princípio da igualdade sua base jurídica para o afastamento do formalismo estático e estrito.

Pertinente ao tema em estudo, é a acurada observação de Bedaque sobre a questão do principal escopo do processo. Diz o autor³⁴³:

³⁴² ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, p. 20-39, 1994, p. 30.

³⁴³ BEDAQUE, **Poderes...**, p. 102-103.

A pacificação que se visa alcançar com o processo, que corresponde ao seu escopo social mais relevante, depende da correspondência entre o resultado do processo e a vontade do direito substancial.

Considerando que a parte mais fraca não tem as mesmas possibilidades que a mais forte de trazer para os autos as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro. Evidentemente, não estará atendido o princípio da igualdade substancial que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre o da mera igualdade formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele desejado pelo direito material. Ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.

Faz-se necessário enfatizar que a condição de “fragilidade” de uma parte em relação à outra não se resume ao aspecto econômico, financeiro, técnico, intelectual e social, mas também, para o caso concreto, de inferioridade em razão de desconhecimento de determinado fato ou acesso à determinada prova que se mostre fundamental ao deslinde da questão posta em juízo, cuja ciência a outra parte, por razões individuais, *privilegiadamente* detém.

Por outro lado, modo geral, a doutrina brasileira tradicional preconiza que o art. 130 do CPC deve ser interpretado em consonância com o art. 333 do mesmo diploma, isto é, “diante da omissão da parte na apresentação da prova que lhe competia, o provimento ser-lhe-á desfavorável, não devendo o juiz diligenciar no sentido de complementar a instrução”³⁴⁴.

Os óbices levantados contra uma postura mais ativa do juiz repousam nos argumentos de que (a) a iniciativa do juiz deve ser posterior à instrução probatória e à verificação da existência de dúvida, (b) a iniciativa probatória pelo juiz redundaria em privilégio a uma das partes, desequilibrando o contraditório, a igualdade de tratamento que deve ser dispensada às partes, com influência até na imparcialidade do julgador.

³⁴⁴ BEDAQUE, *Poderes...*, p. 115.

Ora, ao primeiro argumento, rebate-se assinalando que cabe ao juiz envidar todos os esforços na obtenção dos esclarecimentos e provas dos fatos relevantes da causa, pois sua falta de iniciativa não se coaduna mais com os atuais escopos do processo. Além disso, as regras inseridas no art. 333 do CPC não são meras regras de julgamento, a cuja utilização deve se dar apenas e tão-somente quando finda a instrução probatória ainda subsistirem dúvidas. Como já dito, embora seja este seu caráter predominante, não é o único, pois servem também de norte às partes acerca de suas incumbências probatórias. Verificando o juiz um desequilíbrio entre as partes em decorrência de tais incumbências, cumpre-lhe intervir e restabelecer a necessária igualdade.

Ademais, é importante assinalar que “a prova do fato não aumenta nem diminui de valor conforme haja sido carreada para os autos por iniciativa da parte onerada, ou de outrem, inclusive o juiz”, sendo o que se chama de princípio da comunhão da prova³⁴⁵. Esse princípio assegura que uma vez que a prova tenha sido trazida para os autos, passa a pertencer ao processo, sendo de uso comum às partes e ao juiz.

Por outro lado, com apoio na lição de Michele Taruffo, é preciso considerar que o direito das partes à prova não significa monopólio exclusivo destas sobre a prova e, por conseguinte, não implica exclusão da autonomia dos poderes instrutórios do juiz³⁴⁶, o que se encontra albergado no art. 130 do CPC.

³⁴⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54.

³⁴⁶ Nas exatas palavras do autor: “È invero evidente che il diritto delle parti alla prova non significa monopólio esclusivo delle parti sulle prove, e quindi non implica l’esclusione di autonomi poteri istruttori del giudice.” E prossegue o mesmo referindo que “se le parti possono dedurre tutte le prove che ritengono rilevanti, non ne deriva in linea di principio alcuna preclusione ad eventuali iniziative istruttorie del giudice, dirette ad un più completo accertamento dei fatti; d’altronde, se lê difese probatorie di parte sono “complete”, l’esercizio dei poteri istruttori del giudice diventa semplicemente superfluo” (TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista de Diritto Processuale**, Milano, n. 39, p. 74-120, 1984, p. 90).

No que toca ao segundo argumento, é necessário advertir que uma eventual redistribuição somente será aplicada após análise criteriosa do julgador acerca de sua necessidade. Logo, não se pode falar em “privilegiar uma das partes” quando esta, justamente, encontra-se em posição de inferioridade em relação à outra. Não se trata, pois, de privilegiar uma parte, mas de restabelecer o equilíbrio rompido entre ambas.

Sobre o tema, leciona Rui Portanova que “é indispensável que o jurista esteja atento a todas as peculiaridades do caso em questão para, tratando as partes desigualmente, promover e buscar a igualdade real, material e concreta. Não comporta mais no jurista atual uma posição pacífica, complacente, estéril e preguiçosa de uma visão puramente formal e abstrata do princípio”, pois definitivamente o princípio da igualdade é um princípio dinâmico³⁴⁷. Neste sentido, cumpre ao julgador investigar os desequilíbrios existentes entre as partes e, depois, agir de forma concreta e efetiva de forma a equilibrá-los no processo³⁴⁸.

Ainda, é preciso ter em mente que o contraditório, em suas feições atuais, traduz-se na real participação dos litigantes, e também do juiz, na relação jurídica processual, devendo tal participação ser plena e efetiva³⁴⁹. Aduza-se que a inclusão do juiz justifica-se vez que,

³⁴⁷ PORTANOVA, Príncipeio..., p.283.

³⁴⁸ Mais uma vez faz-se necessário lançar mão da valiosa lição de Rui Portanova: “Em cada auto processual, mais do que um número, existem pessoas humanas que debatem muitas vezes direitos sociais relevantíssimos como a moradia, a alimentação e a saúde. Estes litigantes, para alcançar-se os objetivos constitucionais a efetiva participação, a efetividade e os escopos do processo, não podem litigar em desequilíbrio de forças. A decisão judicial, face à carga política que representa e face à responsabilidade social que lhe é imanente só pode vir após absoluta garantia que as partes litigaram com razoável igualdade de condições. Só assim se terá certeza que a decisão do Poder Judiciário não foi fruto da esperteza de uma das partes, mas fruto de um debate jurídico igual”(Ibidem, p. 285).

³⁴⁹ Sobre o tema é importante a contribuição de Ada Pellegrini Grinover, para quem “[...] o contraditório não se identifica com a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo; não exprime a simples exigência de que os sujeitos possam agir em plano de paridade; nem determina ao juiz o mero dever de levar em conta a atividade de ambos, permitindo que façam ou até que deixem de fazer alguma coisa. O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par condicio*, ou **igualdade de armas**. [...] Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas

contemporaneamente, não há como se conceber um julgador inerte e sem iniciativa, agindo apenas por provocação ou em mera reação à iniciativa dos litigantes, o que, aliás, está previsto com relevo no que toca ao momento probatório, consoante o art. 130 da lei adjetiva.

Importante estudo sobre este tema foi desenvolvido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a doutrina, de modo geral, ao tratar do princípio do contraditório, tende a se fixar nas partes, “sem alcançar a figura do Juiz”, o que diminui o alcance da garantia. Sustenta o referido autor que, uma vez proposta a demanda e delimitados seus contornos essenciais, com observância do princípio dispositivo, inexistente o monopólio da causa pela parte, mesmo em relação aos interesses notadamente privados, devendo o julgador controlar o “rápido, regular e leal desenvolvimento do processo, assumindo, quando for o caso, os meios probatórios, nos limites objetivos da causa.”³⁵⁰

Ressalta o jurista gaúcho, ainda, o importante aspecto da colaboração entre as partes e o órgão julgador, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.³⁵¹ Diz o autor, aludindo à lição de Eduardo Grasso: “colaboração essa, acentue-se, possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas que possam ser empregados convenientemente na decisão”³⁵².

próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7).

³⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan./mar. 1994, p.7-8.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

³⁵² *Ibidem*, p. 9.

Outro aspecto a analisar diz com os meios de prova. Como já visto, os meios de prova pertencem ao juiz e as fontes às partes. Logo, o juiz tem poderes para dispor quais serão os meios e quem os carrearão aos autos.

2.2.2 Os deveres de lealdade, boa-fé e colaboração das partes no processo e sua vinculação ao tema

O segundo enfoque relaciona-se ao dever das partes no processo.

Nesta seara, verifica-se que o processo civil atual exalta o valor essencial do *diálogo judicial* na formação do juízo, “que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.”³⁵³

Além disso, o contraditório, em suas modernas feições, traduzido não mais como simples debate, mas como possibilidade de influência efetiva na decisão judicial, exerce papel fundamental para o processo justo, encontrando-se “na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”³⁵⁴.

³⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz..., p. 62.

³⁵⁴ Ibidem, p. 62.

Leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵⁵ que:³⁵⁶

A idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

De fato, a colaboração aqui tratada traduz-se no permanente diálogo estabelecido entre as partes e o juiz, possibilitando que mesmo ante a complexidade da vida atual, o processo atinja seus objetivos de pacificação social com justiça. Ademais, como lembrado pelo autor gaúcho, “importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça”³⁵⁷.

E mais. Ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial, ensinando Carlos Alberto de Oliveira que³⁵⁸:

[...] o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro

³⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz...

³⁵⁶ A colaboração no processo civil foi amplamente estudada por Eduardo Grasso. Para o autor italiano, em apertada síntese, a idéia de colaboração é essencialmente positiva e inspirada por uma pluralidade de pessoas operando simultaneamente e ajustadas para obter um resultado de síntese que não poderia ser obtido por um só indivíduo. O instrumento que torna possível este ajuste é o diálogo, a comunicação das idéias em torno da matéria que cada um, com seus próprios meios, tenha subministrado no âmbito processual. (GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 21, p. 580-609, 1996.

³⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 64

³⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 25, n. 74, p. 103-120, nov. 1998, p. 110.

lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões.

Do direito comparado, pode-se extrair importante lição relativa ao aspecto da cooperação por parte do juiz e da extensão de sua aplicação. Como refere Miguel Teixeira de Sousa, em 01.01.1997, entrou em vigor a nova versão do Código de Processo Civil português adotando expressamente a “sujeição do processo a um princípio de cooperação entre as partes e o tribunal”³⁵⁹.

Assinala o jurista português que, por parte do tribunal, o dever de cooperação, na verdade um poder-dever, desdobra-se em quatro deveres essenciais: o de esclarecimento, o de prevenção, o de consulta e o de auxílio às partes. Este último traduz o dever que o tribunal tem de “auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Assim, sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

Os pilares legais do poder-dever da colaboração ou da cooperação entre nós são, sem dúvida alguma, o art. 14 do CPC, com a redação dada pela Lei n° 10.358, de 27.12.2001, para o qual são deveres das partes, e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, *I*) expor os fatos em juízo conforme a verdade, *II*) proceder com lealdade e boa-fé, *III*) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento,

³⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

IV) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito e V) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, assim como os arts. 339 e 340³⁶⁰, do CPC, segundo os quais devem as partes colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade praticando os atos que lhe forem determinados.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid explicando a regra do art. 14, enfatiza que embora o processo civil seja, por sua índole, “eminente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e realização da justiça”³⁶¹.

Na mesma linha, Calamandrei, em estudo já clássico, traça uma comparação entre o processo e um jogo, assinalando que este caráter de jogo fundamentado manifesta-se especialmente no princípio fundamental do processo que poderíamos denominar de princípio da *dialecicidade*. Ensina o autor que o processo é uma série de atos que se cruzam e se correspondem como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contra-réplicas, de ações que provocam reações, suscitadoras de sua vez de contra-reações. Nisso consiste, principalmente, “la dialecticidad del proceso: que todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a

³⁶⁰ Art. 339 – Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Art. 440 – Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II – submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III – praticar o ato que lhe for determinado.

³⁶¹ BUZOID, A. Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil.

contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia”³⁶².

Entretanto, ressalva o autor italiano que embora possa ser comparado a um jogo onde é permitido se travar uma “competição de habilidades”, tal competição no processo deve se dar de forma lícita, sem se permitir a trapaça.

Sem embargo, o art. 14 do CPC não encerra um ônus às partes, mas um dever de probidade e de lealdade processual. E o que é probidade processual? Consiste em a parte sustentar suas razões pautada na ética e na moral, não utilizando mecanismos de chicana e fraude processual. Divise-se a probidade em: a) dever de agir de acordo com a verdade (CPC 14 I); b) dever de agir com lealdade e boa-fé (CPC 14 II e III); c) dever de agir praticando somente atos necessários à sua defesa (CPC 14 IV)³⁶³.

Quanto à lealdade e boa-fé, ensina Nelson Nery Júnior que o litigante não pode “provocar incidentes inúteis e/ou infundados. A ele é vedada a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo”³⁶⁴.

Já Celso Agrícola Barbi ensina que o dever de agir com lealdade (que abarca os demais deveres inscritos nos incisos I, II, III e IV do art. 14 do CPC), refere-se ao dever de obedecer às regras do jogo, no qual deve vencer aquele que realmente tem razão³⁶⁵.

³⁶² CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Europa-America, 1973, v.3, p. 264.

³⁶³ NERY JUNIOR; NERY, **Código de...**, art. 14, nota 2, p. 284.

³⁶⁴ Ibidem, p. 284, art. 14, nota 7.

³⁶⁵ BARBI, **Comentários...**, v. 1, t. 1, p. 173.

Mais específico, Sérgio Sahione Fadel, ao comentar sobre o dever de proceder com lealdade e boa-fé, dá ênfase ao aspecto probatório e refere que esse princípio “impõe aos litigantes o dever de, sempre que falarem no feito, argüírem os pontos e as nulidades que encontrarem, apresentarem de pronto os documentos comprobatórios do seu direito, não sonegarem da parte contrária o documento comum, nem procurarem de qualquer forma bloquear a ação e a atuação do adversário”³⁶⁶.

A propósito, a boa-fé do litigante se presume, todavia, trata-se de presunção relativa, incumbindo a parte que alegar a má-fé de seu adversário provar tal circunstância³⁶⁷.

Neste contexto, não é difícil extrair a conclusão de que se incumbe à parte o dever de agir de acordo com a verdade, também a esta incumbe trazer aos autos a prova dos fatos alegados, independentemente de quem o alega se, na espécie, a parte originalmente incumbida de fazê-lo não tem condições de assim proceder.

De outro lado, o art. 17 do CPC, ao elencar a conduta de “alterar a verdade dos fatos” como uma das que reputa como litigância de má-fé, reforça a idéia de que as partes devem agir de acordo com a verdade, o que inclui o dever de *esforçar-se* para que o processo se aproxime ao máximo da verdade, aí se encaixando uma eventual redistribuição do ônus da prova e, pois, uma dinamicização das regras usuais.

Ainda é de se chamar especial atenção para o disposto no art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC. Dispõe o parágrafo único que é nula a convenção que distribui de maneira

³⁶⁶ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1994, p. 71.

³⁶⁷ Neste sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 773-RS. Relator: Min. Garcia Vieira. j. em 13 mar. 1991. **DJU** 15 abr. 1991, p. 4292.

diversa do disposto no art. 333 do mesmo diploma, quando: I – recair sobre direito indisponível da parte e II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito³⁶⁸.

Ora, se a lei já admite a anulação de convenção sobre distribuição do ônus da prova nos casos em que a “nova distribuição”, efetuada convencionalmente pelas partes, tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito, não é inadmissível que, no caso concreto, se o juiz se deparar com situação na qual a normal distribuição do ônus da prova tornar excessivamente difícil, ou até impossível, a prova pela parte legalmente incumbida, poderá determinar a redistribuição do ônus à outra parte se esta estiver em melhores condições de produzi-la.

Quer-se com isso enfatizar e pôr em relevo que o legislador, ao estabelecer a anulação de regra convencional que torna excessivamente onerosa a prova a uma das partes, já admitiu implicitamente que tais situações de desequilíbrio podem vir a ocorrer e que são perniciosas aos fins do processo. E a anulação aqui cumpre a função de restabelecer o equilíbrio e a isonomia entre os litigantes³⁶⁹, não sendo outro, aduza-se, o sentido e o intuito da aplicação da teoria dinâmica dos ônus probatórios.

À guisa de conclusão, verifica-se que nosso ordenamento processual, em sua nova feição, comporta a *dinamicização* das regras de distribuição do ônus da prova. A especial ênfase concedida à observância do princípio da igualdade em sua feição não estática e o comportamento leal e colaborativo das partes, aliada ao alargamento dos poderes do juiz e aos

³⁶⁸ Sandra Aparecida Sá dos Santos sustenta posição contrária a tal dispositivo, isto é, entende que as convenções sobre a distribuição do ônus da prova são ineficazes “tendo em vista a natureza pública da matéria, acrescentando-se que a prova tem por finalidade o convencimento do juiz, ou seja, a atividade probatória instaura-se como procedimento para a prestação da tutela jurisdicional, isto é, para a atividade maior da jurisdição”. (SANTOS, **A inversão...**, p. 70).

³⁶⁹ Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 29.

novos escopos do processo civil moderno, ensejam a análise do direito material para a aplicação dinâmica das regras do art. 333 do CPC nos excepcionais casos em que cabível.

2.3 O momento da redistribuição

Uma das mais importantes questões acerca da *dinamicização* do ônus da prova diz com o momento de sua aplicação. Deparando-se o juiz com situação excepcional a exigir uma redistribuição do *onus probandi*, quando deverá ou até quando poderá fazê-lo?

É importante esclarecer desde já que a resposta à presente indagação focará ao procedimento comum ordinário do CPC, embora, é bem verdade, a redistribuição do ônus da prova possa ocorrer no procedimento sumário e no procedimento adotado nos Juizados Especiais Cíveis.

Discussão similar, como antes apontado³⁷⁰, tem sido travada pelos doutrinadores em relação ao momento no qual deverá haver a inversão do ônus da prova no âmbito das relações de consumo, sendo válidos para a presente discussão alguns dos argumentos esgrimidos.

A redistribuição do ônus já no despacho de recebimento da inicial e antes da citação do réu é medida precipitada, pois não tendo havido manifestação do demandado não pode o juiz dimensionar os pontos controvertidos da demanda, e apenas acerca destes desenvolver-

³⁷⁰ Parte I, capítulo 2, item 2.2.1.4.

se-á a atividade instrutória³⁷¹. Haverá, neste caso, ofensa à garantia do contraditório, pois estará o juiz proferindo decisão sem permitir ao demandado manifestação acerca dos fatos e, sobretudo, acerca do pedido de redistribuição do ônus probatório efetuado pelo autor. Citado, poderá o réu contestar alegando e demonstrando que, em realidade, não detém as melhores condições de produzir a prova cuja redistribuição o autor requer.

Do mesmo modo, se o réu, em contestação, alegar deter o autor melhores condições de provar os fatos que ele, réu, está alegando, se o juiz, de pronto e sem a ouvida do autor, determinar a redistribuição, também estará cerceando a defesa do demandante e comprometendo a plena aplicação do contraditório.

Como bem assevera Verzoni, referindo-se à hipótese de inversão no CDC, embora tais decisões sejam passíveis de recurso, o que poderia ensejar a aplicação do contraditório em 2º grau de jurisdição, a garantia deve ser plena e presente em todos os graus de jurisdição, não afastando a restrição imposta ao autor, apenas diminuindo sua gravidade³⁷². O

consumidor, não será prejudicado se tal redistribuição for deferida pelo julgador em momento processual posterior, o que já não ocorrerá com o réu, que verá restringida a garantia do contraditório³⁷³.

Por outro lado, a redistribuição, por ocasião da sentença, colheria de surpresa as partes, pois alteraria a normal distribuição do ônus da prova sem que estas pudessem envidar

³⁷¹ Neste sentido, no que se relaciona a inversão do ônus no âmbito do CDC, BARBOSA MOREIRA, Notas sobre a inversão..., p. 305.

³⁷² VERZONI, **A inversão...**, p. 68. A propósito, o autor faz acurada análise do momento adequado para a inversão do ônus da prova no CDC sob o ângulo dos potenciais conflitos de direitos fundamentais postos na espécie e a solução dada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, concluindo que a inversão deve ser operada antes de iniciada a fase instrutória, preferencialmente quando do despacho saneador.

³⁷³ *Ibidem*, p. 69.

esforços para se adequar à nova distribuição. Tal fato traduz-se em ferimento ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

O principal fundamento invocado pelos defensores da inversão somente após encerrada a fase de instrução, no caso da aplicação no âmbito do CDC, é o de que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa³⁷⁴, de modo que qualquer conclusão sobre o ônus da prova antes de encerrada a fase instrutória não pode ser admitida sob pena de haver um pré-julgamento, parcial e imaturo.

Todavia, é necessário ponderar que as normas sobre a distribuição do ônus da prova são também regras de comportamento dirigidas aos litigantes, através das quais ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada um compete provar.³⁷⁵ Desse modo, se surpreendidas na sentença com a mudança da regra legal vigente para o caso concreto, a defesa das partes será seriamente comprometida, pois não terão oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi redistribuído.

Pensamos que a razão está com quem entende que o momento mais adequado para a inversão, no caso de relação jurídica abarcada pelo CDC e também para a redistribuição, no caso das relações jurídico-processuais em geral, é na audiência preliminar, quando da fixação dos pontos controvertidos e a indicação das provas a serem produzidas.

³⁷⁴ Assim GRINOVER, WATANABE, **Código de...** p. 619.

³⁷⁵ BABOSA MOREIRA, Notas sobre a inversão..., p. 305.

Neste ponto, cremos necessário abrir um parêntese para afastar eventual questionamento acerca de possível contradição com o que antes se asseverou³⁷⁶. Afirmou-se que a aplicação da redistribuição do ônus da prova, com afastamento da regra insculpida no art. 333 do CPC, é um *ultimum refugium*. Como então dizer que o momento ideal para sua aplicação seria na audiência preliminar? Esclareça-se. A redistribuição é cabível, como visto, em casos extremos, isto é, quando a desigualdade gerada pela aplicação da regra usual de distribuição é patente, notória. Sendo assim, sendo percebida de pronto, o *ideal* é que seja determinada a redistribuição já na audiência preliminar. Todavia, como adiante abordar-se-á, não sendo tão flagrante a hipótese de desequilíbrio ou vindo a ocorrer após a referida audiência, a redistribuição poderá ser declarada em momento posterior, desde que assegurado o pleno contraditório.

A audiência preliminar³⁷⁷ foi idealizada nos fins do século XIX por Franz Klein³⁷⁸, tendo sido introduzida no direito processual brasileiro através da alteração do art. 331 do CPC, com a minirreforma de 1994, quando então permaneceu com a denominação de audiência de conciliação. Posterior alteração propiciada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002,

³⁷⁶ Vide aplicação da Teoria dinâmica dos ônus probatórios, na Parte II, Capítulo 1, item 3.3.

³⁷⁷ Imperioso registrar neste ponto, como bem ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que “na prática judiciária atual, merece especial referência a reforma introduzida na Alemanha, com base na experiência do chamado “Modelo de Stuttgart”, para o qual contribuiu de maneira decisiva a elaboração doutrinária de Fritz Baur, em que se reflete de maneira especial o emprego conjunto das técnicas da oralidade, imediação e concentração, de par com um contato informal do juiz com as partes e seus representantes, em busca de diminuir o âmbito real do litígio”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo..., p. 128-129.)

³⁷⁸ Assim aponta CRUZ E TUCCI, José Rogério. Horizontes da nova audiência preliminar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 370, p. 65-75, 2003, p. 66. Todavia, anota José Eduardo Carneira Alvim que a referida audiência tem antecedentes tanto dos países de direito escrito, sobretudo do direito austríaco e alemão, quanto dos países de direito costumeiro, onde primeiro os escoceses (1868) e depois os ingleses (1883) criaram a audiência de *summons for directions*. Nos Estados Unidos, prossegue o jurista, a simplificação do processo a partir das experiências efetuadas nos estados de Nova Jersey, em 1912 e Detroit, em 1929, onde os juízes verificaram que um exame preliminar poderia solucionar amigavelmente grande número de feitos antes do julgamento da questão principal, ou pelo menos serviria para elucidar uma parte das questões, deu ensejo a audiência de *pre-trial*, que veio a ser incorporada pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, difundindo-se rapidamente pelas unidades da Federação Norte-Americana (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172-173).

introduziu o §3º e a rebatizou, corretamente, de audiência preliminar³⁷⁹. Tal audiência tem como finalidades a conciliação do feito e a organização do processo.

A conciliação é a finalidade primeira da audiência preliminar. Todavia, não se concretizando tal intento, deverá o juiz decidir sobre eventuais questões processuais pendentes e, se esta decisão não importar extinção processual, passará a organizar a prova. *Organizar a prova*, é (a) delimitar seu objeto (o que se realiza mediante a fixação dos pontos controvertidos, com o deferimento das provas admissíveis e o indeferimento das inadmissíveis, segundo as circunstâncias e necessidades de cada caso), (b) esclarecer as partes sobre o ônus da prova e (c) determinar os meios probatórios a serem realizados³⁸⁰.

Dinamarco observa com acuidade que³⁸¹:

São importantíssimos os esclarecimentos a serem prestados pelo juiz às partes sobre o *onus probandi*. Não passam de meros *esclarecimentos*, pois esse não é o momento de decidir a esse respeito; para fins de julgamento, o juiz só leva em conta o ônus da prova no momento de julgar a causa. Mas ele presta um serviço relevantíssimo quando desde logo adverte cada uma das partes sobre os pontos que deve provar. Ao fazê-lo, não se vincula nem se compromete em relação ao julgamento a fazer no futuro, mas evita omissões em que as partes poderiam incorrer por não perceberem corretamente quais ônus probatórios são seus e quais, não.

³⁷⁹ Art. 331 – Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º .

³⁸⁰ DINAMARCO, *Instituições...*, v. 3, p. 561.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 561-562.

Com a devida vênia, quer nos parecer que o *esclarecimento* a que alude Dinamarco é, na verdade, a outra face do ônus, isto é, seu aspecto subjetivo, que serve de norteador do comportamento das partes. A advertência feita pelo juiz com relação aos ônus de cada parte, nada mais é do que a colocação prática do ônus subjetivo, assistindo inteira razão ao autor quando menciona que assim agindo estará o juiz prestando um relevantíssimo serviço, pois orienta às partes e busca assegurar um processo célere, efetivo, equilibrado e mais justo.

Para o caso de uma eventual redistribuição do ônus da prova, as observações aqui estampadas adquirem ainda maior importância, pois este é o momento de fixar os pontos controvertidos e apontar às partes eventual necessidade de redistribuição do ônus, não as surpreendendo quando do julgamento e ensejando a mais ampla aplicação do princípio do contraditório, por meio de efetivo diálogo entre estas e o juiz. O julgador, neste ato, deverá fundamentar a necessidade de redistribuição do ônus e efetivamente redistribuí-lo, advertindo a parte para a qual o ônus foi redistribuído das consequências de seu encargo e da possibilidade de se desincumbir se demonstrar que não possui, de fato, as melhores condições de produzir a prova cujo encargo lhe foi redistribuído.

Cumpramos observar, ainda, que a redistribuição efetuada na audiência preliminar não implica pré-julgamento do processo, pois o julgador não tem como saber se a parte a que se redistribuiu o ônus irá, ou não, desincumbir-se da prova, podendo, inclusive, vir a demonstrar que a redistribuição não é cabível, pois não detém as melhores condições para provar. Em outras palavras: a redistribuição pelo juiz na audiência preliminar não significa a sinalização da condenação do “novo onerado”, sendo apenas uma readequação em face da realidade, isto é, a de que uma das partes tem mais acesso à prova do que a outra.

O que não pode ocorrer, insista-se, é surpresa para as partes na redistribuição efetuada no momento da sentença, o que acarretaria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse aspecto, oportuna é a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acerca da finalidade do princípio do contraditório: “por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz. Interessante é que o órgão judicial, ao mesmo tempo, garante com sua atividade a participação efetiva das partes!”³⁸²

Se para os litigantes o princípio do contraditório significa ter iguais chances de formular suas alegações e produzir provas, assim como se manifestar sobre as alegações e provas dos demais, para o juiz tal princípio implica a preservação dessas garantias, tanto no sentido de assegurar às partes a oportunidade de se manifestarem, quanto no de abster-se de decidir se às partes não foi dada oportunidade de contradizer, o que significa não surpreendê-las com repentina e inovadora mudança nos rumos do processo.

A visão do contraditório, aliás, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los é visivelmente insuficiente, pois a realidade é muito mais complexa, impondo permanente colaboração, em conjunto, das partes e do juiz. Assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que:

³⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, **Do formalismo...**, p. 114-115.

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.

Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao pre-juízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo Juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual.

Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou podem saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham percebido, ou considerada sem maior significado: o tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição.

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocado *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório³⁸³.

Inegável, assim, consistir a audiência preliminar no momento processual mais oportuno, embora não o único, para a redistribuição do ônus da prova pelo juiz, pois propicia e assegura a aplicação do princípio do contraditório em suas modernas feições, indo ao encontro, também, dos próprios objetivos desta audiência.

O autor poderá requerer a redistribuição já na petição inicial e o juiz oportunizará ao réu que, na contestação, manifeste-se sobre tal pedido, produzindo a prova cujo ônus lhe foi redistribuído ou demonstrando que, de fato, não detém as melhores condições para fazê-lo. De outro lado, vale a recíproca: se o réu, em contestação, alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor lograr demonstrar que é justamente este que está em melhores condições para provar tais fatos, poderá o juiz redistribuir o *ônus probandi* e, garantindo o contraditório, ensejar manifestação ao autor para trazer a prova ou

³⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, O juiz e o princípio ..., p. 10.

desincumbir-se de seu ônus demonstrando que não está em posição mais favorável para produzi-la.

E se a redistribuição se fizer necessária após a ocorrência da audiência preliminar, isto, face à existência de desigualdade não constatada de pronto ou em decorrência do desdobramento da instrução probatória ou da introdução de fatos novos? Nesse caso, entendemos que poderá ocorrer a redistribuição, desde que seja dada ciência inequívoca, em despacho devidamente fundamentado, a fim de não acarretar surpresa às partes, sobretudo à onerada, oportunizando-lhes manifestação e produção de provas.

Se, contudo, o juiz, após encerrada a fase instrutória, ao preparar-se para sentenciar, após análise detida do conjunto probatório, deparar-se com situação que recomendaria a redistribuição do ônus até então não cogitada, deverá decidir fundamentadamente pela redistribuição, reabrindo a instrução a fim de que as partes tenham ciência do despacho, sobre ele possam se manifestar e, sendo o caso, produzir provas. Caso contrário, entendendo o julgador em redistribuir o ônus na própria sentença e em não havendo a reabertura da instrução, haverá grave violação à garantia da ampla defesa por cerceamento, ocasionando a nulidade da sentença a ser declarada pela instância recursal.

Em segundo grau de jurisdição, cremos também poder ocorrer a redistribuição do ônus da prova. Suponhamos que a hipótese da redistribuição não tenha sido discutida pelas partes, nem determinada pelo juiz. Havendo apelação, poderá o Tribunal entender que há patente desigualdade probatória entre as partes, podendo determinar, então, que seja redistribuído o ônus da prova, convertendo o julgamento em diligência. Também aqui se faz importante preservar o pleno contraditório às partes e evitar-lhes surpresas.

Poder-se-ia argumentar que tais providências estariam a subverter o princípio da preclusão, que veda o retrocesso à fase processual já encerrada, ou que se estaria “eternizando” o processo, com delongas probatórias. Todavia, como já dito, as hipóteses de redistribuição são cabíveis em casos extremos, cujas situações de desigualdade são muito mais nocivas aos fins do processo do que os possíveis retrocessos ou demoras decorrentes de sua aplicação.

2.4 Os parâmetros da decisão judicial sobre a dinamicização das regras de distribuição do ônus da prova

Ultrapassadas as etapas anteriores, não poderíamos deixar de enfrentar a questão da decisão judicial para a aplicação da *dinamicização* das regras de distribuição do ônus da prova e, pois, da própria apreciação do resultado da prova produzida.

Parece-nos inegável que a decisão judicial determinadora da redistribuição do ônus probatório encontra-se albergada pelo chamado “princípio do livre convencimento judicial”, pois entendemos que a avaliação da prova, cujo norte se encontra insculpido no art. 131 do CPC, não se restringe ao *resultado* de toda a instrução probatória, mas também ao *iter* percorrido até se obter tal resultado, aí se incluindo a distribuição e, caso necessário, a redistribuição do ônus da prova.

Mostra-se de todo imprescindível que o *iter* percorrido para se chegar ao resultado da instrução probatória tenha encadeamento lógico e estreitamente relacionado com o próprio resultado, e com a conclusão (avaliação da prova) a que chegue o julgador em sua sentença.

Não parece crível que o órgão judicial decida redistribuir o ônus da prova sem justificar as razões de seu convencimento.

Faz-se de todo oportuno lembrar aqui a advertência de Massimo Nobili a respeito do chamado “custo do sistema vigente”. Quer com isso dizer que muito se fala do custo exigido pelo sistema da prova legal ou tarifada, em razão, sobretudo, do afastamento do juiz da tarefa de analisar e valorar a prova, todavia pouco ou quase nada se fala acerca do custo inevitável do atual sistema, o do livre convencimento³⁸⁴.

Sustenta o autor italiano que, se a ausência de discussão acerca dos inconvenientes do atual sistema de avaliação probatória significa constituir esse uma etapa irreversível da evolução do processo civil moderno, é necessário, ao menos, estar consciente do perigo aí implicado, isto é, a exaltação deste sistema não exime o jurista de uma realística consideração de sua possível degeneração patológica.

Em essência, o sistema da prova legal se constituiu numa séria tentativa de se obter dupla finalidade: a racionalidade da verificação processual do fato e a exclusão do arbítrio do juiz.

É imperioso que dizer, no intuito de contextualizar historicamente tais finalidades, que o sistema da prova legal surgiu como contra-ponto a um ambiente processual, desenvolvido no direito romano pré-clássico e clássico, no qual o juiz era totalmente livre para avaliar a prova e seu juízo tendente ao arbítrio, reconhecendo-se ao julgador o mais amplo poder

³⁸⁴ NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 5-6.

discricional não só na valoração das provas trazidas pelas partes, mas também de suas qualidades sociais e morais.

Logo, segundo afirma Massimo Nobili, o preço mais alto que hoje pagamos ao sistema do livre convencimento é dado pelo progressivo enfraquecimento das finalidades antes expostas, reduzindo-se a atividade do juiz a um “fenômeno de pura consciência, como se ela se exaurisse no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade”.³⁸⁵ E, acrescenta o autor, se o reconhecimento da insuprimível liberdade da decisão foi o fruto mais precioso do novo sistema, essa mesma liberdade oferece um resultado negativo, porque induz a interpretar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e incompreensível, não passível de ser controlado. Nas exatas palavras de Nobili³⁸⁶:

Se il riconoscimento della insopprimibile libertà della decisione – in quanto atto eticamente impegnato e quindi espressione della responsabilizzazione dell’individuo- è stato il frutto più prezioso del nuovo sistema dell’*intime conviction*,, questo stesso elemento offre anche dei risvolti negativi, proprio perchè può spingere ad interpretare il momento della valutazione delle prove come un fenomeno misterioso ed ineffabile, tale appunto da non poter essere sottoposto ad analisi e a controlli e quindi impenetrabile a qualsiasi tipo di indagine.

Desse modo, a histórica evolução até o atual sistema está a indicar que, não obstante a evolução alcançada, faz-se necessário refletir acerca de seu aperfeiçoamento e aprofundar os meios e critérios de controle do convencimento judicial, ainda conceitos vagos e insuficientes.

Necessita-se, portanto, da criação de um *iter* lógico a ser necessariamente cumprido até que se chegue à decisão de redistribuir o ônus da prova, evitando decisões impulsivas e até

³⁸⁵ NOBILI, **Il principio** p.6-7.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 7-8.

aleatórias, conduta excessivamente subjetiva e incompatível com os escopos do processo civil moderno, que se pauta cada vez mais pela transparência, diálogo e cooperação. Além disso, tomada a decisão de redistribuir, é indispensável demonstre o juiz as razões de seu convencimento, em decisão clara, fundamentada e com base na análise dos elementos disponíveis nos autos ou que deles possam ser extraídos, após amplo contraditório.

Assim, além dos balizamentos apontados por Peyrano³⁸⁷, cremos que a primeira etapa a ser cumprida pelo julgador é identificar os fatos relevantes e controvertidos postos em juízo, verificando sua exata natureza, isto é, se constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito das partes, a fim de analisar, *a priori*, a quem incumbe o ônus da prova com base na regra de distribuição do art. 333 do CPC. Cumpre enfatizar que tal análise, como já antes referido, não poderá prescindir da análise do direito material e da respectiva pretensão posta em juízo pelas partes, pois a norma do art. 333 do CPC não declina os critérios para se aferir em qual das categorias se moldam os fatos.

É preciso ter em mente que a *dinamicização* não concorre numa linha *horizontal* com as regras de distribuição expostas no art. 333 do CPC, pois não se prega uma *dinamicização* apriorística, independente da análise de sua necessidade para o caso concreto. Em outras palavras, não se defende a idéia de uma flexibilização *a priori* e como regra geral das normas de distribuição do ônus da prova. Pretende-se demonstrar que a *dinamicização* pode ser aceita no ordenamento processual brasileiro numa linha *vertical*, isto é, como exceção à regra imposta ao art. 333 do CPC, mas sempre a tendo como parâmetro inicial.

³⁸⁷ Vide parte II, capítulo 1, item 3.3.

Realizada esta análise preliminar e constatando o órgão julgador que as incumbências probatórias previstas pelo art. 333 do CPC não geram nenhuma espécie de desequilíbrio entre as partes, isto é, que estão estas em iguais condições fáticas e técnicas de produzir as provas que a lei lhes incumbe, não será o caso de lançar mão da redistribuição, sendo aplicável o art. 333 do CPC em seus exatos termos.

Deve ser frisado, neste ponto, que a *dinamicização* das regras legais de distribuição, como já dito, é um último refúgio, isto é, é cabível em casos extremos. Havendo a possibilidade, ainda que mínima, de a parte legalmente incumbida fazer a produção da prova, deverá ela permanecer onerada, só se desincumbindo se provar que, em que pese sua real tentativa não logrou fazê-lo, ou seja, que não detinha, de fato, as melhores condições.

Impende traçar um paralelo para melhor compreensão do até aqui exposto. Para a inversão do ônus no âmbito do CDC, a análise feita pelo juiz acerca da presença dos requisitos constantes do art. 6º, inc. VI, não deve ser demasiado rigorosa, tendo em vista os interesses do consumidor que o Código busca assegurar como linha de princípio. Já na hipótese de redistribuição, a situação é totalmente diversa, isto é, há uma regra legal de distribuição amparada em princípios relacionados à natureza do direito alegado e à posição processual das partes, assim qualquer exceção a esta regra deve ser aplicada após análise rigorosa do caso concreto e, havendo fundada dúvida de seu cabimento, deve ser mantida a regra geral.

Colocam-se aqui, em aparente conflito, valores e princípios relacionados, de um lado, à segurança jurídica e à legalidade e, de outro, à justiça e igualdade das partes, os quais somente são ponderáveis à luz do caso concreto.

Assim, ultrapassada a 1ª etapa e verificando o julgador que as normais regras de distribuição do ônus da prova, se aplicadas, gerarão desequilíbrio entre as partes, de sorte que ante à dificuldade da própria prova ou por fator externo ao processo, a parte originalmente onerada está em situação de flagrante desvantagem em relação à outra parte – que se encontra em melhores condições de provar –, poderá o julgador redistribuir o ônus, assegurando a ambas ampla discussão.

Imperioso salientar, como antes referido, que a decisão deverá ser clara e fundamentada, com a demonstração das *razões* que levaram o julgador a optar por tal caminho, não sendo admissível decisão da qual não reste evidenciada a *logicidade* de sua própria argumentação e, sobretudo, sua conexão com a realidade das alegações fáticas objeto do julgamento³⁸⁸.

Outrossim, revela-se imperioso que ambas as partes resultem inequivocamente cientes da redistribuição e sobre ela tenham formal e efetivamente a oportunidade de se pronunciar.

Além disso, é preciso enfatizar que esta “fase de redistribuição” do ônus poderá prolongar-se no processo, uma vez que redistribuído o ônus, a parte que recebeu a nova incumbência poderá tentar demonstrar o equívoco das premissas fáticas empregadas pelo julgador, isto é, que não detém, de fato, as melhores condições para provar, requerendo, para tanto, alguma dilação probatória. Neste caso, não poderá o juiz indeferir a providência, salvo

³⁸⁸ Perfeitamente aplicáveis aqui as lições de Michele Taruffo com relação à plena observância do contraditório por parte do juiz quando este se vale, em sua decisão, de presunções. Adverte o autor que a presunção é uma prova que nasce *in mente iudicis* quando o juiz formula, em sua decisão, o próprio convencimento sobre o fato. Neste caso, as partes devem estar cientes e em condições de propor eventual prova idônea no intuito de contraditar a reconstrução dos fatos de que o juiz se utilizou na elaboração da presunção (TARUFFO, Il diritto alla prova..., p. 100 et seq.).

se absolutamente impertinente, infundada ou dependente de prova cuja produção é de extrema complexidade.

Outrossim, da produção desta prova cuja oneração resultou redistribuída, poderá resultar a necessidade de nova prova e, talvez, de nova redistribuição do ônus da prova, devendo em qualquer caso serem assegurados o contraditório e a ampla defesa, observada ainda a necessidade de fundamentação tanto nos requerimentos das partes quanto nas decisões judiciais.

Observa-se, assim, que a admissibilidade da *dinamicização* da distribuição do ônus da prova implica a adoção de uma postura flexível e ativa por parte do juiz e das partes. Admitida uma nova distribuição do ônus que divirja das regras do art. 333 do CPC, tal fato poderá dar ensejo a que novas provas tenham de ser produzidas e necessitem também, ocasionalmente, de uma redistribuição do ônus.

Como se vê, a *dinamicização* do ônus da prova impõe, como consequência, uma nova *dinâmica* no próprio processo, isto é, da forma como a instrução probatória nele se desenvolve.

2.5 Conclusões parciais

Na última parte deste trabalho buscou-se examinar a possibilidade da aplicação das novas teorias ao direito brasileiro e, além disso, as formas de controle desta aplicação no

intuito de não vê-la tornar-se demasiadamente subjetiva e aleatória, com sério risco de seu desvirtuamento. Concluiu-se, assim, que:

- 1) As atuais regras de distribuição do ônus da prova não conseguem abarcar todos os casos, criando, assim, excepcionalmente, algumas situações de desigualdade. Faz-se necessário, portanto, o estudo e a revisão de tais critérios.
- 2) A teoria dinâmica dos ônus probatórios e a visão solidarista do ônus da prova são novas propostas para o tema, já tendo sido aplicadas na jurisprudência brasileira.
- 3) Como vantagem, podem ser elencadas, em muitos casos, uma maior celeridade nos feitos e redução de seus custos, pois a prova passa a ser produzida por quem tem melhor acesso a ela, aumento da proximidade com a *verdade*, prestação jurisdicional com justiça, e etc.
- 4) A dinamicização é compatível com ordenamento brasileiro, isto é, admite aplicação entre nós, pois visa a corrigir eventual e excepcional situação de desigualdade decorrente da aplicação da regra do art. 333 do CPC. Os poderes instrutórios do juiz e seu poder-dever de manter o equilíbrio entre as partes, velando pela plena aplicação do princípio igualizador, o autorizam a excepcionar a regra geral.
- 5) A par disso, o processo civil moderno criou cenário favorável a uma postura mais ativa do juiz, autorizando-lhe a agir para corrigir eventuais desigualdades, onde a redistribuição do ônus da prova se apresenta como alternativa eficiente.
- 6) Além disso, devem as partes cooperar com o órgão judicial na busca da verdade da justiça, impondo-lhes deveres de lealdade e boa-fé. O diálogo entre as partes e o juiz, é, pois, indispensável.
- 7) O melhor momento para a ocorrência da redistribuição é por ocasião da audiência preliminar, não sendo aconselhável que ocorra em momento anterior. Todavia, poderá ocorrer após a audiência, desde que seja preservado o contraditório pleno, não acarretando surpresa às partes em nenhuma hipótese.

8) Quanto à decisão judicial que determina a redistribuição do ônus da prova, abrangida pelo “princípio do livre convencimento”, deve percorrer criterioso *iter* e ser bem fundamentada, pois é preciso ter em mente que a redistribuição só é aplicável em casos excepcionalíssimos, como *ultimum refugium*.

CONCLUSÕES FINAIS

Este estudo teve como principal objetivo possibilitar uma *revisitação* ao tradicional esquema de distribuição do ônus da prova, através do conhecimento de duas novas teorias, a visão solidarista do ônus da prova e a teoria dinâmica dos ônus probatórios, analisando a possibilidade da aplicação da última no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscou-se com isso alargar os horizontes para uma nova postura que se faz necessária ante às novas realidades do direito pós-moderno, mas de forma alguma se pretende pregar uma postura dinâmica irresponsável, cujas conseqüências podem vir a ser mais nefastas do que a própria estaticidade do sistema de distribuição dos ônus da prova.

Ao longo do trabalho foram formuladas conclusões parciais, dentre as quais julgamos importante realçar as seguintes:

Embora a doutrina especializada atribua maior relevância ao aspecto objetivo do ônus da prova, não nega a existência do seu aspecto subjetivo, cuja importância é prática e jurídica, servindo tanto às partes, como *regra de comportamento*, como ao juiz, auxiliando-o na aferição de qual parte possui de fato as melhores condições de provar as alegações.

a) As teorias mais clássicas (expostas no capítulo I da parte I) sobre ônus da prova embora busquem salvaguardar a prestação jurisdicional, a segurança jurídica e a igualdade das partes no processo, mediante a adoção de critérios fixos, estão surgindo novas situações onde a aplicação de tais critérios cria distorções ao invés de corrigi-las.

b) Há uma diversidade terminológica na doutrina. Para os fins do presente estudo classificou-se os fenômenos relacionados ao ônus da prova em dois gêneros: a distribuição e a redistribuição. A redistribuição, de sua vez, subdivide-se em duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão.

c) Por distribuição entendeu-se a repartição dos riscos efetuada pelos estatutos processuais civis de cada país, nos quais se traçam os critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não haver provado as alegações fáticas que lhe aproveitavam.

d) No caso do processo civil brasileiro, esta regra está estampada no art. 333 do CPC e mostra-se insuficiente para a resolução da questão, pois não indica quais os critérios a serem utilizados na classificação dos fatos como “constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”, evidenciando, ainda, a necessidade de analisar-se o direito substancial.

e) Por redistribuição entendeu-se a excepcional alteração, efetuada pelo juiz diante do caso concreto ou pela lei, de modo que a responsabilidade não recaia sobre a parte que tradicionalmente seria onerada com a prova da alegação, mas sim sobre a outra parte que, em princípio, encontra-se em melhores condições de produzi-la.

f) A redistribuição possui duas espécies: a redistribuição *strictu sensu* e a inversão. A redistribuição *strictu sensu* opera-se em qualquer relação jurídica, ocorrendo normalmente nos casos de prova diabólica ou por fatores externos ao processo, como o longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos e sua alegação em juízo.

g) A inversão do ônus, de sua vez, não ocorre em qualquer relação jurídica, mas tem âmbito de aplicação predeterminado. No direito brasileiro, identificamos a hipótese de inversão no Código de Defesa do Consumidor, cujos requisitos legais são expressos.

h) A visão solidarista do ônus da prova, focada na atuação das partes e, preocupada com a plena aplicação dos princípios da solidariedade e da cooperação ao processo, no que toca à prova, encarrega a parte que se encontra em melhores condições subministrá-la. Já a teoria dinâmica dos ônus probatórios prega a adoção de regras de distribuição do ônus menos rígidas e mais “dinâmicas”, isto é, podendo serem redistribuídos à parte que melhor condições tiver de provar, à luz do caso concreto. Aqui o foco encontra-se na atuação do juiz e no seu dever de prestar a jurisdição com justiça.

i) Ambas teorias têm grande preocupação com a justiça do caso concreto e, sobretudo, com o asseguramento da igualdade substancial entre as partes no processo, criando um mecanismo flexível (dinâmico) de restabelecer o desequilíbrio estabelecido desde o início do processo ou durante seu curso.

j) A aplicação da teoria dinâmica dos ônus probatórios é procedente apenas em situações extremas do difícil comprovação, isto é, quando a utilização das regras legais de distribuição do ônus da prova gera conseqüências claramente inconvenientes e injustas. Sendo

o caso de aplicá-la, incidirá sobre determinada alegação e não sobre todo material probatório, não havendo abandono integral da regra legal.

k) A dinamicização é compatível com ordenamento brasileiro, isto é, admite aplicação entre nós, pois visa corrigir eventual e excepcional situação de desigualdade decorrente da aplicação da regra do art. 333 do CPC. Os poderes instrutórios do juiz e seu poder-dever de manter o equilíbrio entre as partes, velando pela plena aplicação do princípio igualizador, o autorizam a excepcionar a regra geral.

l) A par disso, o processo civil moderno criou cenário favorável a uma postura mais ativa do juiz, autorizando-lhe a agir para corrigir eventuais desigualdades, onde a redistribuição do ônus da prova se apresenta como alternativa eficiente.

m) Além disso, devem as partes cooperar com o órgão judicial na busca da verdade da justiça, impondo-lhes deveres de lealdade e boa-fé. O diálogo entre as partes e o juiz, é, pois, indispensável.

n) O melhor momento para a ocorrência da redistribuição é por ocasião da audiência preliminar, não sendo aconselhável que ocorra em momento anterior. Todavia, poderá ocorrer após a audiência, desde que seja preservado o contraditório pleno, não acarretando surpresa às partes em nenhuma hipótese.

o) Quanto à decisão judicial que determina a redistribuição do ônus da prova, abrangida pelo “princípio do livre convencimento”, deve percorrer criterioso *iter* e ser bem

fundamentada, pois é preciso ter em mente que a redistribuição só é aplicável em casos excepcionalíssimos, como *ultimum refugium*.

REFERÊNCIAS

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ALTERINI, Juan Martín. **La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas**. Disponível em: <http://www.alterini.org/fr_tonline.htm> Acesso em: 14 jun. 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Efetividade e tutela jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/>> Acesso em: 10 jun. 2005. Também na Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 836, jun. 2005, p. 11 a 33.

_____. Garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

_____. Garantia do contraditório. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 25, n. 74, p. 103-120, nov. 1998.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 73, p. 7-14, jan./mar. 1994.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, p. 20-39, 1994.

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 76, p. 141-145, out./dez.1994.

ANDRADE, Vanessa Verdolin Hudson. Aspectos práticos da inversão do ônus da prova no Código de proteção e defesa do consumidor. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC**, v. 3, 2002.

ANTEPROJETO de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em:
<<http://www.abdpc.org.br/anteprojeto.htm>> Acesso em: 04 dez. 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. O direito de defesa e a efetividade do processo: 20 anos após a vigência do Código. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 79, p. 207-221, jul./set. 1995.

AUGENTI, G.P. Apêndice à obra Prova Civil. In: CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

BARBERIO, Sergio José. Cargas Probatorias Dinâmicas ? Qué debe probar el que no puede probar? In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Inversão do ônus da prova e defesa do consumidor: considerações adicionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 351, p. 581-584, 2000.

_____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 295-309, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 133-144, abr./jun. 1995.

_____. As tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 31, p. 199-209, 1983.

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

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 7, p. 101-118, 1993.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Justitia**, São Paulo, v. 40, 1963.

_____. **Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil**.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**: estudios sobre el proceso civil. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1973. v. 3.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 38, p. 166-180, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 31, p. 9-18, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 56, n. 1, p. 73-103, gen./mar. 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Código de Processo Civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 807, p. 56-81, 2003.

CASTRO MENDES, João de. **Direito processual civil**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. v. 3.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Padova, v. 46, n. 3, p. 757-796, sett. 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CIANCI, Mirna. A responsabilidade do estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob o enfoque da teoria do risco administrativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, p. 94-105, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 4.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CÓDIGO modelo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 121, mar. 2005.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Horizontes da nova audiência preliminar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 370, p. 65-75, 2003.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Jandyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, n. 788, p. 92-107, 2001.

DENARI, Zelmo. [Consumidor] In: GRINOVER, Ada et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de derecho procesal**. 3. ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. v. 2.

_____. **Teoría general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1974. v. 1.

DI MARCO, Graciela L.; MASCALI, José Luis. Doctrina e jurisprudencia agrupadas. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 543-599.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 3 v.

_____. **Instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Teoria Geral do processo civil**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DISTRIBUIR. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974.

DISTRIBUIR. In: FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar**. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1994.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1994.

FARIA, Rita Lynce de. A inversão do ônus da prova no direito civil português. Lisboa: Lex, 2001.

FILOMENO, G. B. [Do consumidor] In: GRINOVER, Ada et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução J. Alves de Sá. São Paulo: Livraria Teixeira, 1933.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, p. 33-41, 1995.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. L'ordo judicarius medioeval. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, p. 598-614, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: ESTUDOS jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 160-170.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 21, p. 580-609, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

INVERTER. In: FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar**. 6.ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1994.

INVERTER. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974. v. 4.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 17, p. 50-60, jan./mar. 1980.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KIELMANOVICH, J. L. **La prueba en el proceso civil**: cuestiones de derecho probatorio nacional y comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 15-52, v. 353, 2001.

LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán**. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba en derecho civil**. Traducción Enrique Aguilera de Paz. 3.ed. Madri: Editorial Reus, 1928.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 215-216, 2003.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria general de distribucion de la carga probatoria. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, v. 13, p. 61-95, 1997.

LOYTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 2.ed. Lisboa: Gradiva, 1989.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos **Devido processo legal substancial**. Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/Doutrina/default.htm>> Acesso em: 06 jul. 2005.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Mauro Pinto. Ônus da prova: um enfoque diferente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, p. 150-153, abr./jun. 1997.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, p. 161-169, 1994.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 114, p. 67-91, mar./abr. 2004.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Europa-America, 1961.

_____. **Curso de derecho procesal civil**. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1970. v. 2.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 16, p. 155-168, 1979.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1984. v. 4. t. 1.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 74, p. 44-53, 1998.

MORELLO, Augusto Mario. **La prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

MUÑOZ SABATÉ, L. **Técnica probatória**: estudios sobre las dificultades de la prueba em el proceso. Santa Fe de Bogotá, Colômbia: Temis, 1997.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 8^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NICHELE, Rafael. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: restrições quanto à sua aplicação. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 18, p. 209-225, 1997.

NOBILI, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffrè, 1974

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 39, 1999.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. **Revista de Direito do Consumidor, São Paulo**, v. 10, p. 48-60, 1994.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996. v. 2.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. Palestra proferida em Goiânia, GO. In: CONGRESSO GOIANO DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO, 3., Goiânia, 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/>> Acesso em: jul. 2005.

PEYRANO, Jorge Walter. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 169-173.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinâmicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 75-98.

_____. El derecho procesal postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 141-145, jan./mar. 1996.

_____. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. Artigo gentilmente cedido pelo autor.

_____. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 13-18.

PEYRANO, Marcos. L. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000) In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 179-193.

PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador, **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 21, n. 62, p. 278-290, 1994.

PROVA diabólica. In: SOILBELMAN, Leib Soibelman. **Dicionário geral de direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. v. 2.

PRUEBA diabólica. In: DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. 2.ed. México: Porrúa, 1970.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 25-34.

RANGEL, Rui Manoel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

REDISTRIBUIR. In: BUENO, Francisco Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. Santos/SP: Editora Brasília, 1974. v. 7.

RIZZATTO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 67, p. 194-200, 1996.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos-Aires: Europa-America, 1956.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961. v. 1.

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

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Europa-America, 1979.

_____. Naturaleza de la prueba. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 462, abr. 1974.

SOARES DE FARIA, S. **Principais teorias relativas ao onus probandi**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. Dissertação apresentada para o concurso à cadeira de professor de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, p. 174-184, abr./jun. 1997.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Traducción Andrés de la Oliva Santos Madrid: Centro de Estudios Ramóns Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista de Diritto Processuale**, Milano, n. 39, p. 74-120, 1984.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, p. 420-448, 1990.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 59, p. 253-268, nov. 1993.

_____. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 185-211, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 153-167.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa nas ações do Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 751, p. 11-27, maio 1998.

VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. **Rivista do Diritto Processuale**, Milano, v. 27, n. 3, p. 438-463, lugl./sett. 1972.

_____. La prova nel processo civile: profili di teoria generale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 53, n. 1, p. 2-25, gen./mar. 1998.

_____. Prova: teoria generale e diritto processuale civile. In: ENCICLOPÉDIA del diritto. Milano: Giuffré, 1988. v. 37.

VERZONI, Fernando Gava. **A inversão do ônus da prova no CDC**: defesa do consumidor e as garantias processuais do fornecedor. Monografia (Láurea acadêmica) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.