

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Tatiana de Jesus Neves

Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo Curitiba (2016). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

RESUMO

Com o advento da Lei nº 13.105/ 2015, a qual introduziu em nossa legislação pátria, um sistema de ônus probatório misto, optando o legislador por manter o sistema estático e inserindo o ônus dinâmico da prova. Neste viés, este artigo possui o desafio de tratar deste último, suas características, momento processual adequado, bem como da audiência de saneamento.

Palavras-chave: Ônus da prova; Distribuição dinâmica; Características; Momento processual adequado; Audiência de saneamento; Desafios.

ABSTRACT

With the advent of Law 13.105/2015, which introduced into our national legislation a system of mixed evidentiary burden, opting the legislator for maintaining the static system and inserting the dynamic burden of proof. In this bias, this article has the challenge of treating the latter, its characteristics, appropriate procedural moment, as well as the sanitation audience.

Key Words: Burden of proof; dynamic distribution; characteristics; adequate procedural time; sanitation hearing; challenges.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo almeja apresentar as alterações do processo civil contemporâneo, assim como demonstrar o seu compromisso com a efetividade e a proporcionalidade. Partindo de tais premissas e alinhado a Constituição Federal é que se devem compreender todas as mudanças introduzidas pelo atual Código de Processo Civil.

Dessa forma, não se pode perder de vista as garantias asseguradas pela Carta Maior, garantias devidas as partes e que devem refletir diretamente no processo, dentre elas: o contraditório e a ampla defesa.

Partindo desta premissa é que o novo sistema processual tem como missão resguardar os direitos constitucionais retro mencionados, mas acima de tudo, permitir uma resposta justa, efetiva e adequada ao caso concreto.

O tema em questão é de suma importância para todos que buscam a aplicação adequada da Lei ao caso concreto.

Após longos anos vivenciando um sistema estático de ônus da prova, por certo que a inserção da figura da dinamização do *onus probandi* deverá ser objeto de cuidadosa e acurada análise pelos profissionais da seara jurídica.

No sistema estático, incumbe a quem alega fazer prova constitutiva do seu direito, regra muitas vezes aplicada no momento do julgamento, quando o magistrado observa que alguma das partes deixou de produzir a prova necessária ao deslinde da questão.

Assim, incumbem aos litigantes produzirem as provas com vistas a comprovar suas alegações, e via de consequência, influenciarem no convencimento do magistrado.

Com efeito, o novo sistema nasce da acurada observação de doutrinadores acerca da aplicabilidade da regra estática, com situações em que esta regra, não estava adequada ao caso concreto. Ainda, há casos em que o autor não terá como produzir determinada prova, sendo esta mais possível de ser produzida pelo réu.

No sistema estático, o demandado ao verificar que o autor não terá como produzir dada prova, se mantém inerte, confiante de que a ausência de tal prova irá beneficiá-lo, resultando assim, em uma sentença desfavorável ao autor e favorável a sua tese.

Ora, da releitura de princípios constitucionais dentre eles, o acesso à justiça, mas que tal acesso deva possibilitar a parte que esta receba de forma efetiva a devida prestação jurisdicional.

Sob este viés é que a jurisprudência, de forma paulatina, foi aplicando o entendimento dos doutrinadores, fato que culminou na introdução do tema no atual Código de Processo Civil.

2 CARACTERÍSTICAS DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O diploma processual civil de 1.973, se analisado a luz do texto constitucional de 1988, tornou-se obsoleto. Por tal motivo, houve a real necessidade de integrá-lo aos princípios constitucionais com vistas permitir um modelo garantista.

Partindo desta premissa, a questão atinente ao sistema estático de ônus da prova tal qual posta, não mais atendia a almejada efetividade processual.

Dentre os principais objetivos da reforma do CPC estão: o de harmonizar o diploma civil com a Carta Maior, permitir condições para que o juiz tome decisões de forma mais rente à realidade analisando o caso concreto, dentre outros.¹

Dentre as inúmeras alterações promovidas pelo novo código, está a questão atinente ao ônus da prova.

No Códex de 1.973, o ônus da prova decorre de um sistema fixo, fechado e estático, elencado no artigo 333 do referido diploma legal.² Por força do artigo retro indicado, incumbe ao autor provar as suas alegações, ou seja, o fato constitutivo do seu direito. Já ao réu, a incumbência é outra, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em outros termos, com o advento do Novo Código de Processo Civil passamos de um sistema único de ônus da prova, para um sistema misto.

A partir da vigência do Novo Códex, dois sistemas de ônus da prova irão conviver, o estático e o dinâmico, esta é a primeira mudança significativa na nova legislação.

A dinamização de ônus da prova é um sistema aberto, mais flexível que o estático e será utilizado de forma subsidiária.

A teoria de flexibilização das cargas probatórias é atribuída ao processualista argentino Jorge Peyrano que, inspirado nos estudos de Bentham, defendeu que o ônus da prova será analisado em cada caso, devendo ser incumbência de quem possa realizá-lo mais facilmente.³

Para este autor o sistema estático, em dadas situações, pode resultar em injustiças, tratando a todos com rigor excessivo, dada a forma com que tais regras foram fixadas.

A partir destes estudos, a jurisprudência ao longo do tempo se deparou com inúmeras decisões em que se observou a necessidade de se analisar a flexibilização do ônus da prova.

Seguindo tal entendimento, o STJ decidiu em 22/10/2013, *in verbis*:

“45. Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição

¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Breves Apontamentos sobre o Regime da Prova no Projeto de um Novo Código de Processo Civil – Uma leitura em Conformidade com a Efetividade e a Proporcionalidade.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v.12, nº 84, jul/ago de 2013, p.11.

² OLIVEIRA YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Revista do Processo, São Paulo, v. 37, n. 205. p.123.

³ LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código Processo Civil.** Revista de Processo. São Paulo, fev/2012, ano 37, n. 204, p. 236.

dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso”. Data do julgamento 22/10/2013, 3ª Turma, Relatoria Ministra Nancy Andrighi.⁴

Tal teoria também é aplicada em casos de erros médicos, vejamos:

A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz (...) 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não culpa, isto é, não incumbe a vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional (...). TJ/RS. EI 70017662487, J. 31/08/2007.⁵

Ainda:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. CIRURGIA DE CATARATA. CEGUEIRA. AUSÊNCIA DE PRONTUÁRIO E REGISTROS PRÉVIOS E DO PRÓPRIO PROCEDIMENTO. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DECORRENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. A responsabilidade civil de hospitais é de ordem objetiva, cumprindo investigar, para aferição desta, se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não, nos termos do art. 14 do CDC. No que tange à prática médica, indissociável a averiguação do atendimento médico prestado, somente se responsabilizando o hospital por ato culposo ou doloso do profissional a ele vinculado (§4º do mencionado artigo 14), assim caracterizado defeito de serviço. 2. Não obstante se afaste a responsabilização objetiva imputada na sentença, há de responder o apelante pelos danos sofridos pela autora, notadamente por que não se houve com diligência no registro dos atendimentos médicos prestados, o que faz com que assumo o encargo da negligência, inviabilizado que restou a demonstração das condições prévias da paciente, e os próprios registros do ato cirúrgico. 3. Aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas. A autora se desincumbiu do seu ônus, dentro do que lhe era possível, trazendo documentos e testemunhas que comprovam os fatos que narrou na inicial. Não logrou comprovar o alegado erro médico, mas por falta dos réus. Estes, então, não se desincumbiram do seu ônus, porquanto não forneceram os elementos necessários para que a prova pericial fosse completa e também não demonstraram a inexistência do alegado erro médico. Comportamento que impõe responsabilização. 4. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. Sopesados os comemorativos do caso, a indenização deve ser reduzida, de molde a atender à tríplice função. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70048648190, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 30/05/2012)⁶

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp: 1286704 SP. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580852/recurso-especial-resp-1286704-sp-2011-0242696-8-stj/relatorio-e-voto-24580854>. Acessado em: 09/06/2015.

⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

O entendimento jurisprudencial foi no sentido de recair o ônus sobre quem tenha melhores condições para produzi-la.

Tal posicionamento decorre da releitura de princípios constitucionais, dentre eles a concretização do acesso à justiça. Sendo assim, cabe a parte jurisdicionada, não apenas a previsão do direito material, mas também a possibilidade de provar que sua alegação merece ser acolhida.⁷

Neste contexto, observou-se que o sistema estático não estava mais atendendo a uma parcela significativa de jurisdicionados, por não possuírem estes, paridade de armas para ter deferida a sua pretensão.

Assim, com amparo no posicionamento de renomados processualistas, a construção jurisprudencial foi decisiva, pois inaugurou uma nova fase no processo civil, na qual se reconheceu a insuficiência do atual sistema e a partir deste ponto, passou-se a buscar novas alternativas com vistas a mitigar as regras estáticas de distribuição do ônus da prova.

A este respeito Miguel Kfoury Neto nos ensina:

Para evitar que isso aconteça, o juiz, em busca da verdade real, poderá atribuir a produção de determinada prova àquela das partes que se encontre em melhores condições de fazê-lo.⁸

Outro exemplo prático a respeito da impossibilidade do autor em realizar prova do fato constitutivo de seu direito, ocorreu nas ações de alimentos em que o filho, por vezes, não possuía a prova dos rendimentos auferidos pelo genitor. Posto que somente o pai tem condições de fazer prova de sua condição financeira.

Em situação similar estava o autor na ação de investigação de paternidade, pois dependia da aceitação da parte adversa em fornecer o material genético para cumprir com seu ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

Nesta última situação o STJ mitigou as regras de distribuição do ônus da prova e publicou a Súmula 301 com a seguinte redação “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.⁹

⁷ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista do Processo**, São Paulo, 2015, n. 240, p. 47.

⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: RT, 2010. p. 80.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93003. Acessado em: 11/06/2015.

Posteriormente, houve alteração no texto da Lei 8.560/1992, com a introdução no artigo 2º-A, parágrafo único confirmando o texto da súmula da Corte Cidadã.

Para tais situações, a regra estática do ônus da prova já não estava sendo adequada e, se aplicada, resultaria em uma decisão injusta, posto que latente a desigualdade entre as partes.

Neste contexto, a flexibilização do ônus da prova surge como uma alternativa viável para jurisdicionados que, pela regra estática, estariam totalmente desamparados e a margem da Lei.

Sob esta perspectiva, a teoria visa garantir àquela parte que não teria condições de produzir determinada prova, seja desonerada, redistribuindo o ônus para a aquela que tenha melhores condições de fazê-lo. Intervenção necessária para casos excepcionais, tais como os já mencionados.

No sistema estático, se ignoram as desigualdades materiais das partes, bem como as condições de produzir determinada prova, a capacidade técnica e financeira, fato que resulta em inúmeras críticas.¹⁰

Impende registrar que o sistema dinâmico de prova é subsidiário, portanto, será adotado como uma opção para os casos especiais. Assim, a utilização desta sistemática deve se dar de maneira restrita.

A luz do exposto no artigo 373, §1 do CPC diante da peculiaridade do caso concreto aliado a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Para Vicente Higinio Neto as cargas probatórias:

(...) consistem no deslocamento da posição da parte, em relação do ônus da prova. A carga probatória é atribuída a quem, pelas circunstâncias do caso, se encontre em melhores condições para dela se desincumbir, pouco importando tratar-se do autor ou do réu.¹¹

Portanto, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto observar qual das partes terá melhores condições de cumprir com o ônus de determinada prova.

¹⁰ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. **Revista do Processo**: São Paulo, n. 208, 2012, p. 302.

¹¹ HIGINIO NETO, Vicente. **Ônus da prova**: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112.

A luz desta teoria espera-se uma postura mais ativa do juiz preocupado com a busca pela verdade real, o que vem sendo chamado de poderes instrutórios do estado juiz.¹²

Com isso, o magistrado tem o dever de interferir na relação com vistas a garantir a igualdade de armas, ou seja, permitir uma igualdade real entre os jurisdicionados.

Nas palavras de Elias Marques de Medeiros Neto:

(...) a adoção de um modelo cooperativo do Processo Civil, próprio do Estado Constitucional, com um juiz como diretor do processo, promovendo o diálogo entre as partes, com observância do contraditório.¹³

A par de tais conceitos é que se permite a relativização do sistema estático, posto que com isso o resultado final do processo, ou o que se espera, será a isonomia processual das partes e uma sentença mais justa.¹⁴

Assim, o que passa a ser relevante é a análise do caso concreto, a natureza do direito posto e a condição de dificuldade excessiva de uma parte na produção da prova e a maior facilidade da outra.

Logo, o critério para aplicação da dinamização do ônus da prova é *ope iudicis* e não *ope legis*, o que implica dizer que a limitação dos poderes instrutórios do julgador não pode desprezar os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁵

Além do ativismo judicial, espera-se uma mudança de postura das partes no sentido de que estas passem a colaborar na busca pela verdade real, observando-se os princípios processuais da solidariedade, da cooperação, da lealdade, da veracidade e da boa-fé.

Outra característica importante é a diferenciação entre a inversão do ônus da prova e a dinamização. Trata-se de institutos distintos, o primeiro aplicável às relações de consumo e ocorre mediante a inversão integral do ônus probatório, observando-se os requisitos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.¹⁶

Ao passo que a dinamização será utilizada de forma subsidiária, depende de um pronunciamento judicial, que levará em conta as condições do caso concreto e a maior facilidade da outra parte na produção da prova e a impossibilidade de outra, permitindo-se

¹² MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista do Processo**. São Paulo, dez. de 2013, v. 38, n. 226, p. 65-66.

¹³ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves Apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil: uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 84, jul/ago de 2013, p.12-13.

¹⁴ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista do Processo**. São Paulo. Mar. de 2012, v.37, n. 205, p.70-71.

¹⁵ HIGINO NETO, op. cit., p. 116-117.

¹⁶ MACHADO, op. cit., p. 304-305.

com isso, o equilíbrio e igualdade de armas. Portanto, a dinamização deverá ser aplicada em casos excepcionais.¹⁷

Por sua vez, não cabe a dinamização do ônus da prova se a parte contrária, assim como a outra, não possui melhores condições de produzir a prova. Dito isto, antes de decidir tais pontos, o julgador deverá analisar o caso em conflito.

A respeito deste tema Leonardo Greco escreveu:

Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.¹⁸

Acompanhando o entendimento acima, Luiz Guilherme Marinoni explica:

(...) a dinamização do ônus da prova só pode ocorrer mediante o atendimento de suas condicionantes materiais e processuais: do ponto de vista material, requer-se a demonstração de que o caso concreto não pode ser solucionado, sem grave ofensa a paridade de armas, à luz da regra que distribui de maneira fixa o ônus da prova, e que a parte contrária àquela que teria o encargo de prova pode desempenhar o encargo probatório com maior facilidade. Do ponto de vista processual, requer-se fundamentação específica e atribuição do encargo probatório com a correlata oportunidade de provar, tudo, obviamente, precedido de amplo diálogo pelas pessoas do júízo.¹⁹

Neste viés, impende registrar que não pode ser atribuído a parte adversa ônus impossível ou excessivo.²⁰

3 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Além das características já mencionadas, é importante buscar elementos que permitam compreender como tais mudanças devem refletir na prática.

¹⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 54-55.

¹⁸ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 128, out/2005, p. 48.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC Crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 103-104.

²⁰ GARCIA, André Almeida. **A distribuição do Ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista do Processo: São Paulo, ano 37, n. 208, jun/2012, p. 106-107.

Cabe ao juízo a decisão acerca da dinamização do ônus da prova. O momento adequado, no entanto, será por ocasião do despacho saneador nos termos do disposto no artigo 357, III do CPC, sendo as partes intimadas da decisão.

Ainda, mesmo antes da aprovação do novo diploma processual, Arruda Alvim preconizava:

De um lado, há aqueles que defendem a necessidade de decisão interlocutória que determine a inversão, a ser proferida, preferencialmente, anteriormente à instrução probatória, de modo a não ferir os princípios do contraditório e da não surpresa; esta a posição correta.²¹

Para o ilustre doutrinador, a dinamização deverá ocorrer antes da instrução processual e garantir a parte que se desincumba do seu ônus.

No mesmo sentido, Graziella Ambrosio escreveu:

Ao magistrado compete alterar o modelo clássico de distribuição do ônus da prova, de ofício ou a requerimento da parte interessada, em decisão fundamentada, no início da fase instrutória, evitando que a parte dinamicamente onerada seja pega de surpresa, pois a teoria em comento não tem cunho punitivo, mas o de incentivar a efetiva colaboração das partes no processo. Importa ressaltar, ainda, que a aplicação dessa teoria não necessita recair sobre todos os fatos objeto da controvérsia, podendo se dar quanto a apenas um ou alguns deles, relativamente aos quais reste constatada a dificuldade séria ou a impossibilidade prática da parte a quem inicialmente recairia o ônus da prova, bem como a facilidade probatória da parte contrária.²²

O legislador acolheu o entendimento doutrinário, inclui no atual CPC o artigo 357, III, que trata do momento processual adequado para a decisão o momento de definir a distribuição do ônus da prova, como posto no artigo 373 do mesmo diploma processual.

O § 1º do referido artigo esclarece que, após a intimação, as partes têm o direito de requerer esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo de 5 dias. Em caso de silêncio das partes, a decisão se tornará estável.

Convém destacar que o princípio da cooperação e o da proibição de decisão surpresa não autoriza que a dinamização do ônus da prova ocorra na sentença, o que impossibilitaria a parte de se desincumbir do seu ônus. Desta feita, a decisão deverá ser prévia e fundamentada.²³

²¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1004.

²² AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

²³ BAZZANEZE, op. cit., p. 82-83.

Corroborando com o tema, Francisco de Barros e Silva Neto escreveu:

Por este motivo, o provimento que dinamiza o ônus da prova deve sofrer os efeitos da preclusão, evitando-se as alterações de conteúdo decorrentes do mero aprofundamento da cognição, sob pena de, a cada momento, redefinirem-se os encargos, impondo-se o retorno do processo ao início da fase de instrução.

Sendo assim, no silêncio das partes a decisão deverá se estabilizar, cabendo à parte se desincumbir do ônus que lhe cabe.

Por outro lado, caso esta não concorde com o deslocamento do ônus da prova deve sujeitar a reanálise do tribunal por meio de Agravo de Instrumento, consoante artigo 1.015, XI do CPC.

Ainda, o § 2º do artigo 357 estabelece que as partes podem, delimitar, de forma consensual a matéria de fato ou de direito previstas nos incisos II e IV do artigo em questão.

Em sendo homologado o convencionado, há vinculação entre as partes e o juízo.

Sobre a modificação convencional do ônus da prova escreveu Luiz Guilherme Marinoni: “Trata-se, portanto, de verdadeiro negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei)”.²⁴

Por certo que tal conduta é uma faculdade concedida às partes e não uma obrigatoriedade e tem como objetivo dinamizar o andamento do processo.

Ainda, o §3º do artigo 373 deixa claro que tal convenção não poderá recair sobre direito indisponível ou tornar a obrigação excessivamente onerosa à parte.

O parágrafo seguinte deixa claro que tal composição poderá ser ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente e será reanalisada em juízo sob a ótica do princípio da boa-fé.²⁵

Caberá às partes informarem ao juízo a respeito da alteração na distribuição do ônus da prova antes ou até o despacho saneador.

Rinaldo Mouzalas²⁶ relata um caso em que as partes acordaram que haveria alteração no ônus da prova. A situação foi a seguinte: a primeira empresa adquiriu uma máquina, a qual fora produzida pela empresa Y. O equipamento apresentou defeito já nos primeiros dias, tendo a empresa procurado à assistência técnica, mas sem êxito na solução do defeito.

Próximo à data final da garantia a empresa adquirente ajuizou ação de obrigação de

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

²⁵ MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, fev./2015, p. 403-404.

²⁶ MOUZALAS; ATAÍDE JR, op. cit., p. 416-418.

fazer, com o fim de obrigar a empresa fabricante a substituir o equipamento. Devidamente citada à empresa Y ofertou contestação.

Em sede de audiência, as partes convencionaram que a prova acerca do defeito da máquina seria da requerida, invertendo-se o ônus no que toca a este ponto.

Apresentada a proposta de honorários periciais, a requerida argumentou ser elevado o valor e que não teria mais interesse na produção de tal prova, nem na produção de outras provas, pugnando pelo julgamento antecipado do feito.

Sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido inicial, posto que não havia prova do alegado defeito e que a empresa Y não poderia produzir prova contra si.

De acordo com o CPC a parte que assumir o ônus sofrerá as consequências, presumindo-se verdadeiro as alegações da parte adversa. Assim, o magistrado deverá presumir o defeito na máquina e não premiar a parte que não agiu com lealdade processual.

Não obstante, o artigo 379 do CPC menciona que resta preservado o direito de não produzir prova contra si próprio, tal disposição certamente irá suscitar muitas dúvidas, das quais só a prática forense poderá nos responder.

Num primeiro momento, parece contraditório permitir a dinamização do ônus da prova e aceitar que a parte tenha resguardado seu direito de não produzir prova contra si.

Outra alteração, diz respeito à designação de audiência para o saneamento do feito, conforme disposto no §3º do artigo 357 do CPC, vejamos:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, **deverá** o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (grifei)²⁷

Um dos primeiros requisitos fixados pelo legislador diz respeito a complexidade da causa. Nestes casos, de plano se excluem as causas em tramite no âmbito dos juizados especiais, vez que se trata de lides de menor complexidade.

Com a inserção do parágrafo terceiro, para as lides complexas quer seja em matéria de fato ou de direito, deve o julgador designar a audiência na qual haverá o saneamento em cooperação.

No atual sistema conforme artigo 331, §2º, o juiz fixa os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas, designando a audiência de instrução, se for o caso.

²⁷ ROQUE, Andre; et. al. **Novo CPC anotado e comparado**. São Paulo: Foco, 2015, p. 237.

Para o Código Processo Civil vigente o despacho saneador nas causas complexas deverá ser feito em audiência e não em gabinete, oportunidade em que o juiz poderá ouvir as partes acerca dos pontos controvertidos, bem como quais as provas pretendem produzir. Com isso, pretendeu o legislador dar maior celeridade, mediante o diálogo e participação das partes e do juízo, com vistas a alcançar a verdade real.

4 CONCLUSÃO

A dinamização do ônus da prova no Código de Processo Civil vigente é assunto muito discutido no meio jurídico.

É bem verdade que há inúmeras críticas contra esta teoria, em especial no que toca a segurança jurídica. A corrente contrária defendia que não havia critérios legais fixados para nortear o julgador.²⁸

Com a introdução da dinamização do ônus da prova no atual Códex processual, atualmente, há parâmetros legais para sua aplicação, mas convém lembrar que, somente com a utilização do dispositivo legal é que se poderá obter acerca da matéria.

Importante ter em mente que a medida da dinamização será utilizada de forma excepcional e subsidiária, não podendo ser banalizada. Em princípio, o que vale para todas as lides é a regra estática, para alguns casos é que ocorrerá a dinamização do ônus, por análise do juízo, e em decisão fundamentada.²⁹

Antes da decisão deverá o juiz analisar o caso concreto, observar as peculiaridades, com o intuito de certificar se há igualdade de armas, ou seja, se ambas as partes possuem condições de produzir as provas hábeis para o deslinde do feito. A discrepância neste ponto aliada à complexidade da causa resultará no saneamento em cooperação.

De igual forma, o legislador ao incluir este novo sistema, também resguardou a parte prejudica, na medida em que esta poderá agravar da decisão.

²⁸ AMBROSIO, op. cit., p. 86.

²⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova e o projeto de código de processo civil**. São Paulo: RT, nov./2011, 913, p. 313-314.

O problema maior ocorrerá se a decisão for reformada. Neste caso, deverá ser reaberta a instrução probatória, gerando um retrabalho e, via de consequência, um atraso no andamento processual.³⁰

A comissão de juristas ao introduzirem a dinamização do ônus da prova tinha como escopo permitir um maior acesso a justiça de forma efetiva, além da igualdade material.³¹

O sentido de acesso à justiça está intimamente ligado com a ideia de facilitar o direito da parte em produzir prova que a princípio seria impossível, o que resultaria numa improcedência, resultado que não seria útil, pois o acesso a justiça vai além do direito de ingressar com a ação, mas está ligado ao direito de receber uma decisão justa.

Com efeito, também restou claro que a dinamização não é uma inversão do ônus da prova.

Outro ponto bastante preocupante diz respeito ao direito da parte de não produzir prova contra si, este talvez, seja o maior ponto de dificuldade da dinamização do ônus da prova.

Pois há uma grande diferença entre produzir determinada prova, acreditando que esta acompanhe a sua tese e não ao contrário, produzir prova para confirmar a tese adversa.

Por isso, grande é a preocupação dos casuísticos, na medida em que cada prova produzida será valorada pelo magistrado, ou seja, contribuir para uma prova que talvez não lhe seja interessante.

Neste contexto, manter a dinamização do ônus da prova sob o fundamento do dever de colaboração entre as partes, quando cada parte pretende apenas ver o acolhimento de seus argumentos não parece ser a melhor forma de resolver o conflito.

Ainda, há críticas acerca da decisão de saneamento, nas causas complexas, ser em cooperação com as partes na audiência de saneamento, o que irá resultar em sobrecarga das pautas, não parece que tal decisão foi acertada.

Nesse passo, se o juiz deve dar o mesmo peso a palavra do autor e do réu, a vista disso, como valorar qual das partes terá maior ou menor dificuldade na produção da prova, se o processo, ainda na fase inicial e carente de provas.

Assim, como decidir acerca de tais questões, na prática, é impossível exigir do juízo que preveja todas as situações.

³⁰ SILVA, Francisco de Barros e Neto. Dinamização do ônus da prova no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 40, n. 239, 2015, p. 418.

³¹ RODRIGUES, op. cit., p. 56.

A intenção da comissão de doutrinadores, certamente, foi a melhor possível, agora nos resta é aguardar como tais alterações devem ocorrer na prática, se para benefício das partes ou para sobrecarga de trabalho dos advogados, juízes e serventuários da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1004.

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: Resp: 1286704 SP. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24580852/recurso-especial-resp-1286704-sp-2011-0242696-8-stj/relatorio-e-voto-24580854>. Acessado em: 09/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93003. Acessado em: 11/06/2015.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista do Processo**. São Paulo. Mar. de 2012, v.37, n. 205, p. 70-71.

GARCIA, André Almeida. **A distribuição do Ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado**. Revista do Processo: São Paulo, ano 37, n. 208, jun/2012, p. 106-107.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 128, out/2005, p. 48.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. São Paulo: RT, 2010. p. 80.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC Crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p.103-104.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo código de processo civil. **Revista do Processo**: São Paulo, n. 208, 2012, p. 302.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves Apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo código de processo civil: uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 84, jul/ago de 2013, p. 12-13.

MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista do Processo**. São Paulo, dez. de 2013, v. 38, n. 226, p. 65-66.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 40, n. 240, fev./2015, p. 403-404.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova e o projeto de código de processo civil**. São Paulo: RT, nov./2011, 913, p. 313-314.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em: 09/06/2015.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista do Processo**, São Paulo, 2015, n. 240, p. 47.

ROQUE, Andre; et. al. **Novo CPC anotado e comparado**. São Paulo: Foco, 2015, p. 237.

SILVA, Francisco de Barros e Neto. Dinamização do ônus da prova no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 40, n. 239, 2015, p. 418.