

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

THAÍS BAZZANEZE

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS:
ANÁLISE À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA**

**CURITIBA
2010**

THAÍS BAZZANEZE

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS:
ANÁLISE À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Freire de Barros Teixeira

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

THAÍS BAZZANEZE

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS: ANÁLISE À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ---- de ----- de 2010.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O PROCESSO E A SUA FINALIDADE PARA O DIREITO	7
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	7
2.2 ACESSO À JUSTIÇA: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO MATERIAL	13
2.3 O ART. 333, INCS. I E II, DO CPC E A PROIBIÇÃO DE RESTRIÇÕES OCULTAS À GARANTIA DE ACESSO ÚTIL AO PODER JUDICIÁRIO	19
3 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	28
3.1 A TEORIA ORIGINÁRIA E A CONSEQUENTE EVOLUÇÃO DAS CARGAS PROBATÓRIAS	28
3.3 A LEGITIMIDADE DA TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO.....	42
4 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E A OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA	47
4.1 A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	47
4.2 A TEORIA E O ACESSO À JUSTIÇA	51
4.3 O NECESSÁRIO ACAUTELAMENTO DO INTÉRPRETE PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA	55
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

RESUMO

A distribuição dinâmica dos ônus probatórios é reflexo da nova leitura imposta ao direito processual civil a partir da Constituição de 1988 e do neoconstitucionalismo. Recepcionada pelo direito brasileiro a partir de uma interpretação sistêmica da própria Constituição e do Código de Processo Civil, trata de instrumento adequado para a justa tutela jurisdicional, vez que possibilita a efetivação do direito material de dada situação concreta, bem como da igualdade entre os litigantes, do direito à prova, da boa-fé, da probidade, da lealdade processual, da veracidade e da solidariedade. Como um dos símbolos da moderna concepção de direito processual civil, a teoria dinâmica confere novos contornos ao processo, em especial ao ônus da prova, espelhando conformidade à Constituição, principalmente com relação ao devido processo legal e ao acesso à justiça. Repele-se, contudo, a sua aplicação arbitrária pelo Poder Judiciário, razão pela qual se defende a observância de limites formais, materiais e constitucionais a ela inerentes.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Acesso à Justiça. Ônus da Prova. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Limites.

1 INTRODUÇÃO

Não se pode pensar em processo na ausência da luz constitucional. O neoconstitucionalismo fez incutir essa idéia, deixando de lado o formalismo apregoadado pela escola positivista de direito.

A essência do direito, da justiça, não está somente nas linhas do direito positivado, pois transcende o mesmo. Deve ser buscada, assim, através de uma interpretação ampla de direitos, inclusive a partir dos princípios constitucionais.

A partir disso, assevera-se que a judicatura deve se aperfeiçoar no espírito da Constituição de 1988, que rege e orienta o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

É com base nessa perspectiva que se dá o presente trabalho. Almeja-se afirmar que o ônus da prova, no Brasil, disposto no art. 333, incs. I e II do Código de Processo Civil requer uma nova leitura, ao efeito de atender os anseios constitucionais, principalmente com relação ao devido processo legal e ao acesso à justiça.

Pretende-se defender, ademais, que o ônus da prova estático do referido dispositivo não é mais hábil a permitir a tutela de todos os bens jurídicos protegidos pela Constituição de 1988, bem como que pode ser fonte de injustiças, uma vez que, caso aplicado em desconformidade com o caso concreto, pode vir a significar uma vedação oculta ao direito à justiça e ao direito material, inutilizando, portanto, o direito ao processo.

Em contrapartida, a teoria da carga probatória dinâmica pode ser medida interessante ao juiz na sua nobre tarefa de julgar, vez que permite a correta aplicação do ônus da prova a depender de cada caso concreto. Por sua aplicação

haverá o alcance dos princípios constitucionais e, portanto, o acesso à ordem jurídica justa proclamada pela parte que litiga.

Com base nessa leitura do *onus probandi* é que se moldou o presente trabalho. No primeiro capítulo e sem a pretensão de esgotamento, serão tratados alguns aspectos constitucionais relacionados à teoria da carga probatória dinâmica, como o princípio do devido processo legal, o acesso à justiça e o direito ao processo como instrumento de concretização do direito material. Ao final, pretende-se demonstrar que o ônus da prova clássico é instituto probatório distante, a depender do caso concreto, dos referidos preceitos constitucionais.

O segundo capítulo foi destinado especialmente para tratar sobre a teoria da carga probatória dinâmica, sendo destacada a sua origem, seu conceito, seus princípios e suas funcionalidades perante o Direito Brasileiro. Defende-se, inicialmente, que essa teoria pode alcançar os preceitos constitucionais delineados no primeiro capítulo.

No terceiro e último capítulo, será aferida a teoria da carga probatória dinâmica sob a ótica constitucional do primeiro capítulo, ao efeito de demonstrar que sua aplicabilidade é constitucional e em conformidade com o querido pelo direito pátrio, para, ao final, concluir que não há motivos para a sua não aplicação ou negativa (se presentes os seus fundamentos).

Em síntese, pelo presente trabalho, busca-se defender que é necessária uma nova leitura constitucional do ônus da prova no Brasil, que pode ser concretizada com a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica.

2 O PROCESSO E A SUA FINALIDADE PARA O DIREITO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição da República de 1988, inovando em relação às antigas Constituições Brasileiras, positivou o direito anglo-saxão do devido processo legal¹, garantindo, em seu art. 5º, inc. LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Este direito restou integrado na ordem jurídico-constitucional brasileira, também, através da fórmula dos direitos implícitos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal², a qual incorporou os princípios e direitos consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que relaciona o devido processo legal nos artigos VIII e X³:

Artigo VIII - Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

(...)

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

O devido processo legal, assim, mais do que um valor jurídico-constitucional nacional protegido, representa um direito universal⁴. A Constituição de 1988 nada

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

² CF/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³ DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 31.

⁴ “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...). Com essa

mais fez do que positivar o que já era consolidado como um ideal universal e, inclusive, consagrado legalmente pelo País desde 1992, pela edição do Decreto 678 (que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica).⁵

Reis FRIEDE conceitua o devido processo legal como:

(...) um conjunto complexo e plural de 'diversas garantias constitucionais' que, associados aos parâmetros da ética e da moral, buscam, em última análise, assegurar o correto exercício da jurisdição, ao mesmo tempo que legitimam o próprio poder jurisdicional exercido pelo Julgador e titularizado pelo Estado-Juiz.⁶

Por sua vez, José Rogério Cruz e TUCCI o define:

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializava se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.⁷

declaração, um sistema de valores é - pela primeira vez na história - universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (...). Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens. Esse universalismo foi uma lenta conquista. Na história da formação das declarações de direitos podem-se distinguir, pelo menos, três fases. (...). **Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.**" (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 27-30. Sem destaques no original).

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.

⁶ FRIEDE, R. Reis. A garantia do devido processo legal. In: **Justitia**, São Paulo, 57(172), p. 49-54, out./dez.1995. p. 49.

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 259-260.

Com efeito, no Brasil, desde o seu surgimento expresso e da adoção do Estado Democrático de Direito, o devido processo legal é aplicável na atuação dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), como também em matérias de índole civil, criminal e administrativa.⁸

Especialmente no Poder Judiciário, no âmbito civil, o devido processo legal representa uma garantia fundamental do processo, pelo qual, segundo Rui PORTANOVA, assegura-se ao sujeito de direito o acesso à justiça e o desenvolvimento processual de acordo com um procedimento previamente estabelecido em lei.⁹

Tradicionalmente, ao efeito de afastar qualquer arbitrariedade por parte do Estado¹⁰, prepondera a acepção formal ou procedimental do devido processo legal, pela qual se exige a observância estrita do que previamente estabelece o legislador.¹¹

Assim, por essa significação, o sujeito de direito somente pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens se lhe for garantido o procedimento regular fixado em lei. Esta, inclusive, seria a interpretação superficial colhida do referido art. 5º, inc. LIV da Constituição de 1988.

⁸ DIAS, Jefferson Aparecido. *Op. cit.*, p. 34.

⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios no processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 145.

¹⁰ “Qualquer pretensão de conceituar o devido processo legal deverá levar em consideração sua origem, que remonta (...) aos reinados de Henry I (1100-1135) e Henry II (1154/1189), culminando com a assinatura da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra – Jonh Lackland (1199/1216), que sucedeu ao seu irmão Ricardo Coração de Leão – Richard the Lion Heart (1189/1199). Em sua gênese, o devido processo legal confundiu-se com a própria *common law*. O conceito depois evoluiu como modo de contenção do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, alcançou os departamentos subalternos do governo.” (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** = *Due process of law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 63).

¹¹ *Ibidem*, p. 67.

No entanto, conferiu-se modernamente uma interpretação mais ampla do devido processo legal, que está compreendida na acepção substantiva ou material (*substantive due process*).

Ao contrário da formal, o sentido substantivo do devido processo legal atua “como um crivo para o controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos”¹², permitindo que o Poder Judiciário verifique e afaste a atuação estatal arbitrária e desproporcional ou irrazoável. Nesse sentido, explica Jefferson Aparecido DIAS:

Deixou de se dar ao referido princípio um conteúdo meramente formal ou instrumental, atribuindo-lhe uma nova força que permitia questionar o mérito da atuação estatal. O Judiciário não mais se limitava a verificar se o ato do Poder Público estava de acordo com a forma previamente estabelecida na lei, chegando a analisar o conteúdo do próprio ato, anulando-o nos casos em que ele se revelava irrazoável ou declarando a inconstitucionalidade de leis não-razoáveis.

Foi estabelecida a *rule of reason* (regra da razão) ou padrão da *reasonableness* (razoabilidade), que permite ao Poder Judiciário analisar, caso a caso, os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, verificando se a atuação estatal é ‘não arbitrária’ e se ela parece ‘sensata, digna de aplauso e compreensível ao intérprete’.

Assim o devido processo legal substantivo foi adotado como sinônimo do princípio da razoabilidade.¹³

Ademais, há quem sustente, como Lúcia Valle FIGUEIREDO¹⁴, que o devido processo legal substantivo é premido, também, pelo princípio da isonomia ou da paridade de armas, representando um “mandado de otimização que impõe ao Poder Público, ao praticar um ato ou elaborar uma lei, tratar com igualdade os cidadãos”.¹⁵

Essa também é a perspectiva verificada na doutrina de Paulo Fernando SILVEIRA:

¹² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Op. cit.*, p. 29.

¹³ DIAS, Jefferson Aparecido. *Op. cit.*, p. 38-39. Com destaques no original.

¹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 11, fev. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf. Acesso em 7 jul.2010.

¹⁵ DIAS, Jefferson Aparecido. *Op. cit.*, p. 41.

Com o substantivo devido processo viabilizou-se o princípio da igualdade perante a lei, não só no sentido formal da palavra, mas transformando-o em realidade concreta, sobretudo nas coisas práticas e corriqueiras da vida, de modo que a igualdade seja sentida como coisa palpável, tangível e alcançável. Assim, através do substantivo devido processo legal, todo aquele que estiver marginalizado, ou por se inserir numa minoria insular, ou na grande maioria despojada de representatividade política, terá acesso ao Poder Judiciário, que, como um dos poderes independentes do Estado, tem o dever, ao interpretar a Constituição, de fazê-la prevalecer, ainda que contra os interesses das minorias oligárquicas e refratárias às mudanças tendentes a transformar um país politicamente pobre numa grande nação politizada, proporcionando ao povo iguais oportunidades, com o banimento do privilégio e das prerrogativas.¹⁶

Além disso, representa uma garantia de jurisdição (garantia de *fair trial*), voltado para a proteção efetiva de direitos individuais e coletivos, inclusive os consagrados na Constituição de 1988, exigindo uma participação equânime, justa, leal das partes em Juízo, ou seja, uma participação imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

Assim se infere do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em relatoria ao Agravo de Instrumento nº 529.733-01 perante o Supremo Tribunal Federal, que destaca a adoção da acepção substantiva do devido processo legal e, ainda, da garantia do *fair trial* no direito brasileiro:

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trail* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.¹⁷

¹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Op. cit.*, p. 215.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Agravo de Instrumento. 2. Sentença. Recurso Inominado. Razões idênticas às da contestação. Expressão "Apelo". 3. Mera indicação da referida expressão. Não conhecimento. Ausência das razões recursais. 4. Boa-fé processual. 5. Ampla defesa. Devido processo legal. Violação. 6. Prazo recursal. Reabertura. 7. Agravo conhecido. Conversão em Recurso Extraordinário. Provimento. Agravo de Instrumento nº 529.733-01. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Manoel Rodrigues da Cunha. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. LEXSTF, v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138.

E, igualmente, nas lições de Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA, que acrescenta que importa para a moderna concepção do devido processo legal a preocupação com a efetividade do processo, com observância das garantias, princípios, regras processuais e procedimentais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, ao efeito de realizar a satisfação do direito material:

(...) o processo justo é aquele que observa, em cada ordenamento jurídico, as garantias, os princípios e regras processuais e procedimentais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, podendo-se falar, nessas situações, na observância da garantia do devido processo legal. (...)

A noção de processo équo e justo, difundida pela doutrina italiana contemporânea, liga-se à preocupação com a efetividade do processo, não sendo suficiente a simples oferta de acesso à justiça pelo Estado. Nessa perspectiva, devem ser assegurados ao interessado *i)* o respeito às garantias e princípios constitucionais que compõem o devido processo legal e *ii)* uma sentença justa, que realize, no menor tempo possível, a satisfação do direito material a quem tenha razão no caso concreto. Em outras palavras, devem ser proporcionados aos jurisdicionados um *processo justo* e uma *sentença justa*.

Assim, o devido processo legal abrange também regras que não chegam a configurar princípios ou garantias, mas que contribuem para a obtenção de um processo e uma sentença justos, como, por exemplo, a regra que proíbe as provas obtidas por meios ilícitos.¹⁸

Nesse contexto, ainda, é importante frisar, com base na doutrina de Paulo Roberto de Gouvêa MEDINA, este amparado nas lições de Eduardo Couture, que atualmente as coordenadas do devido processo legal substantivo se ordenam a assegurar uma razoável oportunidade de fazer valer o direito em juízo.¹⁹

Por essa última análise, torna-se essencial a maneira como se efetiva o acesso à justiça, sendo que “este não há de consistir, apenas, na previsão, em lei, de meios de tutela para as lesões ou ameaças a direitos, nem deve adstringir-se ao ingresso em Juízo, propriamente”.²⁰

¹⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. PINTO, Junior Alexandre Moreira. **Direito processual civil: institutos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92-93

¹⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 30.

²⁰ *Idem*.

Isso significa que para que haja a observância do devido processo legal devem ser disponibilizadas condições que permitam a postulação de pretensões, revelando o acesso ao Poder Judiciário. Ainda, deve o procedimento ser definido de modo que os ônus impostos às partes, de ordem burocrática ou financeira, não sejam capazes de tolher o exercício do próprio direito ao processo e à justiça.

A propósito, Humberto THEODORO JUNIOR leciona:

O processo devido ou justo processo deve se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei, substancial ou processual, cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes que *in concreto* 'preconstitui, ainda que de fato, a existência do processo, subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes'.²¹

Deste modo, o alcance do devido processo legal no direito processual civil, além de exigir a legalidade, a ausência de arbitrariedade por parte do Estado, a prevalência de razoabilidade e proporcionalidade, a paridade de armas, a boa-fé e a lealdade processual, impõe um processo hábil para a realização do direito material, ao efeito de que seja possível o alcance da justiça. Constata-se, assim, que o devido processo legal informa o processo justo, de modo que deve ser fielmente observado pelo intérprete e pelo aplicador da justiça.

2.2 ACESSO À JUSTIÇA: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DO DIREITO MATERIAL

²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela do direito processual civil. In: **Revista dos Tribunais**, n° 665, p. 11-22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 12.

Como visto, para que haja observância ao devido processo legal, é essencial que o processo se revele como instrumento efetivo de acesso à justiça. É com base nessa perspectiva que se passa a expor o processo.

Com efeito, caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pode ser satisfeita, surge o direito subjetivo à ação ou ao processo, através do qual o Estado é chamado a desempenhar sua função jurisdicional.

Pelo exercício da jurisdição, o Estado busca a realização prática das normas atinentes ao conflito entre pessoas, declarando, segundo o comando normativo constante nelas, qual é o preceito aplicável ao caso concreto e quais as medidas que o efetivam.

Nessa linha, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo no País.²² É o Estado-juiz que concretiza a norma abstratamente prevista em lei, compondo a lide e pacificando o conflito existente em dada situação concreta.

Isso tudo decorre do enunciado no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição da República de 1988, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Além disso, tem-se que a jurisdição é exercida pelo juiz, devidamente investido no poder do Estado, e por meio do processo. As alegações de fato deduzidas pelas pessoas em litígio são materializadas no processo, instrumento que permite que a jurisdição seja exercida.

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 44.

Diante disso, pode-se afirmar que o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição²³, e, de outro lado, é o meio pelo qual o sujeito de direito exerce o direito à ação e o direito de acesso à justiça.

Para tanto, o Estado, através do Poder Legislativo, estabelece os procedimentos a serem seguidos pelo Poder Judiciário na pacificação da lide, esculpindo as diretrizes no Código de Processo Civil ou legislação esparsa. Nesse passo, Cândido Rangel DINAMARCO afirma que o processo, como método de trabalho:

(...) é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual*.²⁴

Contudo, para que haja uma correta definição dos fins do processo, a interpretação das normas processuais deve se dar com base nas garantias previstas na Constituição²⁵, como explica José Roberto dos Santos BEDAQUE, analisando o plano material e processual do ordenamento:

A Constituição constitui um terreno de unificação entre esses dois planos, quando declara não só o aspecto substancial do direito, mas também o da sua tutela, conferindo, a esta, garantia constitucional. Essa perspectiva em muito favorece o estudo do direito processual, na medida em que permite seja o instrumento modelado em função de seu objeto.²⁶

²³ “A existência do *processo* numa ordem jurídica é imposição da necessidade do serviço jurisdicional: o processo existe acima de tudo para o exercício da jurisdição e esse é o fator de sua legitimidade social entre as instituições jurídicas do país.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Institutos fundamentais de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1. p. 319).

²⁴ *Idem*. Com destaques no original.

²⁵ Ainda nessa esteira, Bruno da Silveira de Oliveira averba que: “(...) o processo será utilizado conforme sua feição instrumental sempre que a prestação jurisdicional, ao tutelar um direito subjetivo material, conseguir concretizar maximamente o maior número de princípios constitucionais (processuais e materiais), ou, alternativamente, quando a prestação jurisdicional concretizar maximamente aqueles princípios mais importantes diante do caso concreto, em face de outros princípios constitucionais com eles colidentes.” (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 146, p. 321-331, abr.2007. p. 329).

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46.

As garantias processuais constitucionais têm como fim último o acesso à justiça propriamente. São garantias indispensáveis para que o Judiciário atinja o seu magno escopo, qual seja a pacificação com justiça, de modo a construir e concretizar uma ordem jurídica justa.²⁷

Para Cândido Rangel DINAMARCO, “falar da *efetividade do processo*, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça”.²⁸

Assevera-se, assim, que o processo somente alcança a sua finalidade instrumental, realizando a justiça tendente à pacificação dos conflitos sociais e proporcionando o direito material devido a quem de direito, se o Estado-juiz, ao aplicar a lei no caso concreto, atende aos ditames constitucionais, principalmente os atinentes ao devido processo legal e ao acesso à justiça. É o que ensinam Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO:

Por direito ao processo, não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional.

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa*.²⁹

Outrossim, ressalta-se que o processo somente se legitima, de modo a cumprir os ditames constitucionais, inclusive o devido processo legal substantivo, se

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 361-362.

²⁸ *Ibidem*, p. 362. Com destaques no original.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 90. Com destaques no original.

não privilegiar determinados grupos econômicos e seus respectivos direitos. O procedimento, ainda que esteja previamente determinado, não pode figurar como fonte de injustiças e de desigualdades.³⁰

Além disso, frise-se que o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, pois só tem razão de existir em função do direito material. Isso significa que “tem apenas valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição”³¹, sendo que, do contrário, geraria angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional.

De acordo com José Carlos Barbosa MOREIRA, é clássica a idéia de que o processo é um instrumento do direito material. A função social do processo impõe a efetividade da tutela jurisdicional, de modo que seja dado, a quem tiver razão, aquilo que o sujeito tem o direito de conseguir.³²

Isso decorre do fato de que desde que o Estado proibiu a autotutela, vedando a justiça com as próprias mãos, chamou para si o dever de assegurar à ordem jurídica justa, assumindo o compromisso de tornar realidade às disciplinas das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.³³

³⁰ “Se o processo é instrumento que serve ao direito material, não é legítimo ao processo que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do ‘Estado Democrático de Direito’. Ora, o ‘democrático, inserido na expressão, qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos que o constituem e, assim, sobre a ordem jurídica. O Direito, portanto, é permeado por tais valores, e o seu conteúdo deve ser buscado no sentimento popular e no interesse coletivo. **Também não é legítimo o procedimento construído para beneficiar grupos econômicos e os seus direitos. Não basta, como é óbvio, afirmar que é garantido o contraditório em um procedimento desenhado para favorecer posições que não podem ser privilegiadas em face dos valores da Constituição. É necessário, assim, que o procedimento também esteja de acordo com o devido processo legal no sentido substantivo.** A jurisdição, como vimos, constitui manifestação do poder do Estado e tem, como era de se esperar, vários escopos. O processo, portanto, é o instrumento que permite à jurisdição a consecução dos seus objetivos, ou, em outros termos, a jurisdição realiza o poder estatal através do processo. O processo jurisdicional tende a um provimento, que configura ato de poder, sendo que o poder aí exercido, para ser legítimo, deve ser fruto de um procedimento que não só permita a participação em contraditório, mas que também esteja de acordo com a cláusula do *due process of law* no sentido substantivo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...**, *op. cit.*, p. 144. Sem destaques no original).

³¹ *Ibidem*, p. 64-65.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 117.

³³ *Idem*.

Destaca este último autor, ainda, que, para atender essa função agora inerente ao Estado, o processo deve possuir uma lógica correspondente ao direito material, ou seja, deve ser norteado a coincidir a situação concreta com a situação abstrata da norma jurídica:

(...) o mecanismo criado para prover a essa necessidade precisa corresponder a uma lógica, mas terrível exigência: atuar de tal maneira que, em toda a extensão da possibilidade prática, venham as coisas a passar-se exatamente como se deveriam passar, de acordo com os preceitos do ordenamento. Que significa isso ao ângulo do jurisdicionado? Recorrendo à Justiça, ele há de poder esperar, ao menos em princípio, que, se o seu direito se vê reconhecido, o processo lhe proporcione cabal proteção, pondo-o em condições de fruir, de maneira tão completa quanto possível, da vantagem prometida pela norma.

Em outras palavras: o processo avizinha-se do **optimum** na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade. Semelhante distância entre o direito substantivo e o seu **Ersatz** é o traço mais dramático da aventura processual; e eliminá-la, ou quando menos encurtá-la, a angústia constante de quantos se preocupam em evitar que a epopéia se resolva ingloriamente numa **iournée des dupes**.³⁴

Com efeito, o Estado, ao assumir este compromisso, cria para o cidadão o direito de exigir, através do exercício do direito de ação ou direito de processo, que os direitos por aquele reclamados sejam efetivamente tutelados.

Em razão disso, repise-se, deve o processo se almodar ao direito material com a estruturação de técnicas processuais idôneas e adequadas. O processo deve garantir a titularidade do direito reclamado, não podendo servir de obstáculo ao seu alcance.³⁵

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 117-118. Com destaques no original.

³⁵ “O direito de ação não pode ser reduzido a um simples direito à resolução do litígio de obter sentença que julgue o mérito. O direito de ação depende de prestações estatais que removam os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, bem como torna ilegítima e nula toda e qualquer atuação estatal capaz de obstaculizar o seu exercício. Mas, de lado estas considerações primárias, é preciso deixar claro que as formas de tutela jurisdicionais dos direitos são exigidas e prometidas pelo direito material. Falar em tutela jurisdicional do direito implica em assumir uma postura dogmática preocupada com uma forma peculiar de pensar o direito material e a sua relação com o direito processual. Frisa-se, nesta dimensão, que a titularidade de um direito deve significar uma posição juridicamente protegida, para a qual são imprescindíveis formas de tutela ao direito. (...). Não há

Há que se ter em mente que uma atividade jurisdicional desqualificada representaria denegação de Justiça, pelo que deve o procedimento atender as peculiaridades da pretensão de direito material³⁶. O procedimento que é alheio ao direito material não é capaz de protegê-lo quando posto em Juízo.

Visto isso, afirma-se que, hodiernamente, a tutela jurisdicional tradicional se demonstra, com muita freqüência, ser incapaz de cumprir a missão de efetividade ou instrumentalidade do processo. É o que ocorre no procedimento ordinário com a distribuição estática do ônus da prova do art. 333, incs. I e II do Código de Processo Civil, como se passa a expor.

2.3 O ART. 333, INCS. I E II, DO CPC E A PROIBIÇÃO DE RESTRIÇÕES OCULTAS À GARANTIA DE ACESSO ÚTIL AO PODER JUDICIÁRIO

O processo de conhecimento tem na prova um dos institutos de maior importância para a sua finalidade. A aplicação das normas de direito objetivo a uma situação contenciosa torna imprescindível a elucidação dos fatos em que vai incidir a

como pensar em tutela jurisdicional sem separar as várias formas de tutela dos direitos das técnicas processuais que devem viabilizar a sua prestação. A importância da relação entre as formas de tutela dos direitos – que se inserem no processo como pretensões à tutela jurisdicional dos direitos – e o processo está em garantir o direito à ação adequada à prestação das tutelas exigidas pelo direito material. (MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental: conseqüências teóricas e práticas. In: **Revista dos Tribunais**, Ano 97, v. 873, p. 11-30, jul.2008. p. 29).

³⁶ Oportuno destacar o entendimento de Danielle Anne Pamplona: “Também corolários do *devido processo legal* material são o direito à ação e o acesso à justiça garantidos constitucionalmente. Sem que os indivíduos possam recorrer ao Judiciário, estar-se-á privando da maneira mais básica imaginável o atendimento ao aspecto material do devido processo legal. Em princípio, admitia-se a autotutela dos interesses individuais em conflito. Mas, desde que o Estado chamou a si o poder de dirimir conflitos, deve ser assegurado a todos o direito de ir até ele apresentar sua demanda, e principalmente, vê-la resolvida tanto no plano processual quanto no plano material. Se assim não ocorrer, estará negado ao cidadão o direito de ver seu litígio resolvido”. (PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004. p. 90).

vontade concreta da lei, a fim de que o pronunciamento jurisdicional atenda aos ditames da justiça.³⁷

É através da prova que o magistrado apura os fatos alegados pelos litigantes no processo e, com base no resultado dessa investigação, estando ele convencido sobre a existência ou a inexistência dos fatos arguidos, aplica a lei de acordo com a tutela jurisdicional perseguida.

Assim delimita Giuseppe CHIOVENDA, para o qual provar significa o ato pelo qual se forma “a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.³⁸

No mesmo sentido infere Francesco CARNELUTTI:

Provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação, quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado. Como os meios para a verificação são as razões, esta atividade se resume na contribuição de razões.³⁹

Prova, portanto, é o meio pelo qual se serve o juiz para averiguar os fatos que fundamentam as alegações das partes em litígio, sendo que tal averiguação tem como escopo possibilitar a composição do conflito com a devida aplicação do direito e da justiça.

Provar, contudo, não é um dever jurídico das partes, mas sim uma liberdade do sujeito de direito, representada pelo ônus da prova, para a satisfação de um interesse próprio. Eduardo CAMBI anota que:

A noção de *ônus* integra a teoria geral do direito, porém a sua principal aplicação se dá no campo processual. Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes* e das *faculdades*, porque o sujeito tem *liberdade*

³⁷ MARQUES, Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. p. 322.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3. p. 109.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema e direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2. p. 495.

para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, conseqüências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita. O mesmo não ocorre com as *obrigações* e com os *deveres*, porque, nesses casos, o sujeito passivo se encontra submetido a uma *sujeição jurídica* ou a um vínculo, uma vez que não tem liberdade de conduta, a qual pode ser coercitivamente exigida pelo outro sujeito, cujo não-cumprimento implica a violação da lei (ilicitude). (...)

Conseqüentemente, o *ônus* pode ser definido como a *liberdade* de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo *sujeição* ou outro sujeito que tenha o direito de exigir a sua observância, visto que o seu não-cumprimento pode acarretar apenas conseqüências desfavoráveis a pessoa beneficiada.⁴⁰

Logo, a falta de produção e a insuficiência probatória pelas partes são meros atos de assunção de riscos, visto que o encargo da prova não configura uma obrigação processual. Traduz, portanto, uma permissão para que as partes pratiquem ou não atos probatórios passíveis de conceder uma vantagem processual.

Em regra geral, são as partes que têm a iniciativa de produzir a prova no intuito de provocar uma atividade jurisdicional. Isso representa a aplicação do princípio dispositivo, pelo qual o juiz, ao proferir o julgamento, está adstrito às provas produzidas pelos litigantes. É o que ensina Arruda ALVIM:

Se, de um lado, pode o juiz, lícitamente, adentrar a atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação de sua convicção, deverá sempre fazê-lo *subsidiariamente*, não suprimindo as demais omissões da parte inerte. É justamente neste passo que deverá aplicar as regras respeitantes ao ônus da prova. Deve-se ter presente que o juiz deverá sempre formar seu julgamento em função dos fatos provados e apreciá-los livremente, salvo no caso do art. 366 (v. tb. o art. 353, parágrafo único). *Somente diante da inexistência de prova é que deverá interferir na esfera probatória. O ônus da prova, pois, é caminho normal para a solução das lides.*⁴¹

Se os atos probatórios praticados pelo autor ou pelo réu não se mostrarem suficientes para formar a convicção do juiz quanto à verdade dos fatos, será por ele

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315. Com destaques no original.

⁴¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2. p. 392-393. Com destaques no original.

aplicada, na ocasião do julgamento⁴² e para evitar o *non liquet*⁴³, a regra estática do ônus da prova disposta na lei, resolvendo a dúvida à custa da parte a quem incumbia o ônus de provar. Assim leciona Sérgio Cruz ARENHART:

Sempre que o juiz, ao ser instado a decidir a controvérsia, não se sinta seguro em relação aos fatos (não vendo mais qualquer possibilidade de buscar prova a seu respeito), mantendo ainda assim o dever de julgar, deverá decidir segundo os critérios atribuídos pela regra do ônus da prova.⁴⁴

Antonio GIDI igualmente assinala que as regras que atribuem o ônus da prova são regras de juízo, sendo a sua função “apenas a de instrumentalizar o magistrado com o critério para conduzir o julgamento nos casos de ausência de prova suficiente”.⁴⁵

Em mesmo sentido, ainda, afirma Leo ROSENBERG, para o qual o ônus da prova consiste em “(...) reglas sobre el modo de decidir cuándo no es posible

⁴² “(...) o juiz está dotado de amplos poderes instrutórios, sempre em busca da verdade real. Assim, o ônus da prova se traduz em regra de julgamento, a ser apreciada pelo julgador, apenas, com a ausência de elucidação quanto aos fatos de interesse ao processo”. (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Op. cit.*, p. 250).

⁴³ “Si la existencia de la carga de la prueba formal responde directamente a la vigencia del principio de aportación de parte, la carga de la prueba material responde al ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional. Es por ello que la obligación de los ciudadanos de acudir al proceso para resolver los conflictos jurídicos supone, a su vez, la necesidad de que el Estado garantice que jueces y magistrados ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado, siempre que se den los presupuestos procesales para ello y evitando así las resoluciones de *non liquet*”. (LÓPEZ, Mercedes Fernández. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madrid: La Ley – Actualidad, 2006. p. 30).

⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e relações de consumo. In: CONRADO, Marcelo Miguel (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990 – 2005)**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, p. 92-114, 2005. p. 98. Infere-se esse entendimento também na obra de Francesco Carnelutti: “Distribuição, está dito, não do poder de provar, que, como dissemos, pertence igualmente a cada uma das partes com respeito a qualquer fato do pleito, mas ao risco da falta de prova: se o juiz encontrar na instrução elementos para se convencer de que um fato existe ou não; sua convicção se forma sem influência alguma dos princípios sobre o ônus da prova, o juiz recorre apenas a estes princípios, quando a instrução não lhe oferece elementos de convicção, então o juiz resolve a dúvida às custas da parte a quem incumbe o ônus”. (CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 136).

⁴⁵ GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n° 13, p. 33-41, jan./mar.1995. p. 38.

comprobar una circunstancia que tiene importancia para la aplicación de una ley procesal”.⁴⁶

Com efeito, é o já citado princípio do interesse ou dispositivo que informa a distribuição do ônus da prova no Brasil⁴⁷, que está encartado no art. 333, I e II do Código de Processo Civil. Segundo esse dispositivo, cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

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.

Em seu aspecto formal, o ônus da prova requer um juiz expectador, impedindo que este se subrogue no encargo subjetivo dos litigantes de produzir prova, de modo a confirmar que o seu dever funcional é o de decidir o litígio.

Diante disso, hodiernamente, premidos pela garantia do devido processo legal formal e do princípio processual dispositivo, juízes de diversos Tribunais aplicam sem medidas o referido art. 333, incs. I e II do CPC.

Ocorre, contudo, que tal conduta do magistrado se afigura desatenta ao verdadeiro processo justo, orientado pelo devido processo legal substantivo, bem como pelo direito de acesso à justiça. Além disso, em flagrante ofensa aos ditames

⁴⁶ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. p. 44.

⁴⁷ “A síntese dessas disposições consiste na regra de que *o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado* (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O *princípio do interesse* é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2. p. 73. Com destaques no original).

constitucionais, é tendente a garantir privilégios, porquanto oculta a realidade social em detrimento do plano normativo.

Assim explica Luiz Guilherme MARINONI:

O devido processo legal, se continuar a ser entendido como mera garantia de formas, indiferente à realidade social na qual opera, continuará apenas preservando privilégios. Imaginar que apenas as formas são suficientes para garantir um 'verdadeiro processo justo', ou pensar que as garantias nada retiram de alguém, é desprezar o lado oculto do processo, o lado que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo.⁴⁸

Essa conclusão decorre da perspectiva de que com a adoção de um Estado Democrático de Direito, bem como com a introdução de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado, o tradicional ônus da prova se denota insatisfatório, não permitindo a adequada tutela desses novos bens jurídicos.

A inexistência de meios adequados a assegurar esses novos direitos implica na constatação de que estes seriam meras declarações políticas de conteúdos e função de mitos, o que, não obstante, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

É essa a cognitiva de Eduardo CAMBI:

Este dispositivo está voltado à regulação dos conflitos individuais, onde funciona bem a situação jurídica do *ônus da prova*, cabendo ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e o réu, os impeditivos, modificativos e extintivos. Essa técnica não serve adequadamente para a tutela dos direitos transindividuais que, por envolver interesses sociais como o meio ambiente, o patrimônio público, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a ordem econômica e urbanística, a prova, quando de difícil produção pelo autor, acabam redundando em um *ônus diabólico*, por que inviabilizaria a realização desses direitos.⁴⁹

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...**, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 127, p. 101-105, set.2005. p. 101. Com destaques no original.

De outro lado, é bastante comum que a desigualdade inerente à relação de direito material adentre à relação de direito processual, uma vez que o dispositivo 333, incs. I e II do CPC, que contempla o ônus da prova, é norma de cunho abstrato, que não permite ao aplicador do direito almodá-la à realidade.

Por sua interpretação vigente e por ser norma de cunho abstrato, acaba por proteger o litigante processual que possui melhores condições econômicas e técnicas de demonstrar ou omitir a realidade fática em juízo, o que tende a garantir privilégio inconstitucional.⁵⁰

Além disso, trata de regra que resgata a diretriz de igualdade formal do Estado Liberal⁵¹, e que, em razão disso, por vezes não atinge a evolução do direito representada pela igualdade material consagrada pelo Estado Democrático de Direito e pela Constituição de 1988.⁵²

⁵⁰ “Existindo situações de direito substancial e posições sociais justificadoras de distintos tratamentos, a diferenciação de procedimentos está de acordo com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Pelo mesmo motivo, a existência de apenas um procedimento para situações distintas fere o direito à tutela jurisdicional efetiva. É fácil perceber as posições sociais legitimadoras da diferenciação dos procedimentos. Se o Estado possui o dever de viabilizar o acesso de todos à justiça (e aos bens sociais), não é difícil concluir que aqueles que merecem procedimentos (técnicas processuais) diferenciados são exatamente os que possuem dificuldades de enfrentar formalidades do procedimento comum”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190).

⁵¹ “(...) toda a controvérsia sobre o caráter persuasivo ou demonstrativo da prova, sustentada pela dialética e pela retórica, perdeu sentido a partir dos novos paradigmas do Estado de Direito Contemporâneo, que promete ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, através da tutela jurisdicional efetiva desses direitos.” (GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**, São Paulo: Repro, n° 128, p. 43, out.2005. p. 44).

⁵² “A expressão acesso à Justiça comporta diversos sentidos e todos eles em nosso entender não se excluem mas se completam. Para que haja, de fato, acesso à Justiça, é necessário que seja efetivamente possível chegar até ela, intentando uma ação. É necessário, também, que os processos acabem e que se obtenha afinal uma decisão sobre a lide que se submeteu à apreciação do Poder Judiciário. Outro assunto que pode ser focado sob a luz da necessidade do Acesso à Justiça é a linguagem dos juristas, entendidos como aqueles que lidam com o direito em geral. Sendo obscuras, herméticas e repletas de máximas e provérbios latinos, as decisões são inteligíveis. A preocupação com o ônus da prova insere-se também nesse contexto. Insere-se nesse contexto a problemática relativa ao ônus da prova, se vista sob o seguinte ângulo. Em sociedades onde a preocupação intensa e real com o acesso à Justiça acaba por fazer com que mais e mais pessoas efetivamente cheguem a litigar, é natural que muitas e muitas vezes os litigantes, que não mais se restringem à uma casta social privilegiada, estejam em condições de escandalosa desigualdade. Então, não terão acesso à Justiça Justa, uma vez que os direitos que efetivamente tenham podem não ser *lato senso* declarados, se tiverem, por exemplo, contratado um advogado mal preparado, ou um péssimo assistente. Se se entendesse a teoria do ônus da prova do modo tradicional, em que se reconhecia ao juiz um papel menos ativo especialmente no momento da produção de provas, o verdadeiro

Por conta dessa desigualdade material que permeia o ônus da prova, pode advir a impossibilidade da parte de provar, impeditivo o seu exercício constitucional de direito à prova. Conseqüentemente, ante a constatação de ausência de prova, pode o juiz resolver pela aplicação do ônus estático, de maneira disforme ao direito substancial, inutilizando o acesso à justiça.

Sobre esse julgamento injusto, traz Fredie DIDIER JUNIOR, Paulo Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA:

(...) nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC). Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.⁵³

Nesse sentido, restariam violados, flagrantemente, a garantia do devido processo legal substantivo, o direito ao acesso à justiça e, ainda, ao direito ao processo justo, significando uma aplicação inconstitucional das normas processuais civis. Ademais, pode-se afirmar que o ônus da prova, nesse contexto, evidencia uma restrição oculta de acesso à justiça, pois inutiliza o processo ao impedir o direito de prova do litigante.⁵⁴

acesso à Justiça ficaria, então, comprometido. (...). Por causa dos princípios da igualdade e da imparcialidade é que se entendeu durante muito tempo que assim deveria delinear a teoria do ônus da prova.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 76, p. 141-145, 1994. p. 141-143).

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Jus Podvm, 2007. v. 2. p. 61. Com destaques no original.

⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. As perigosíssimas doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**:

É por essa razão que se afirma que a regra do ônus da prova deixa de ser um instrumento hábil para o aplicador do direito investigar a verdade, já que sua exclusiva utilização veio a limitar o poder jurisdicional de cumprir com suas funções, principalmente a de concretizar a igualdade, o acesso à justiça e a efetividade processual.

Desta feita, o direito contemporâneo impõe uma nova modelação quanto às regras probatórias clássicas, o que já vem sendo revelada com a adoção da teoria da carga probatória dinâmica pelo direito brasileiro.

3 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

3.1 A TEORIA ORIGINÁRIA E A CONSEQUENTE EVOLUÇÃO DAS CARGAS PROBATÓRIAS

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, também chamada de teoria da carga probatória dinâmica, tem contornos de novidade no presente tempo. A doutrina, com razão, indica que os trabalhos de Jorge W. Peyrano lhe dão o título de ser o primeiro a sistematizar e a delinear a teoria, o que fez com que fosse difundida significativamente.⁵⁵

Contudo, há que se ter em mente, e o próprio precursor da teoria assim reconhece⁵⁶, que a técnica ora em estudo é bastante antiga. Segundo Suzana Santi CREMASCO, desde o século XIX, com Jeremy Bentham⁵⁷, seguido posteriormente por Gian Antonio Micheli⁵⁸, já existia a preocupação, e se discursava nesse sentido,

⁵⁵ “A denominada teoria das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por Jorge W. Peyrano, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida em obras que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano”. (DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: **Revista dos Tribunais**, Ano 90, v. 788, p. 92-107, jun.2001. p. 97).

⁵⁶ PEYRANO, Jorge W. **El proceso atípico**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. p. 143. Para que não haja dúvidas, assim afirma este autor na página em referência: “Decíamos más arriba que habían advenido – desde el flanco pretoriano – algunas ‘nuevas’ reglas em matéria de cargas probatorias, tendientes a aquilatar adecuadamente situaciones y circunstancias singulares, que no se avenían a ser enmarcadas en los moldes clásicos e conocidos.” (*Idem*).

⁵⁷ “BENTHAM baseia a sua doutrina num dos princípios que BAR e LABAND afirmam ter acolhido no direito bárbarico, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo”. (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 84).

⁵⁸ “(...) MICHELI contradita a suficiência do critério proposto por ROSENBERG, baseado, exclusivamente nas normas substanciais e nos seus pressupostos fáticos, independentemente da posição assumida pelas partes no processo. Segundo a sua teoria, o ônus da prova se conforma caso a caso e os planos material e processual se complementam (...). Para MICHELI, a despeito da importância do direito substancial para a distribuição, é indispensável levar em conta as pretensões deduzidas pelas partes em juízo, mais importando a estrutura do processo *concreto* do que a situação abstratamente regulada pela lei.” (*Ibidem*, p. 125. Com destaques no original).

sobre a necessidade de uma concepção dinâmica do ônus da prova de acordo com as particularidades do caso concreto:

Foi talvez a partir da necessidade sentida – embora não desenvolvida – por Micheli de que a distribuição do ônus da prova deveria ser feita por meio de uma valoração dinâmica em substituição a uma concepção abstrata e estática do fenômeno, isto é, com a atenção dos operadores para as particularidades de cada caso concreto, a fim de que se aprimorasse a instrução e, por conseguinte, a formação do convencimento, que se lançou o primeiro fecho de luz em torno da importância da questão, muito embora Jeremy Bentham, em pleno século XIX, já sustentasse essa posição.⁵⁹

Ainda com base na referida autora, foi somente no século XX, a partir da coordenação de Jorge W. Peyrano, que juristas argentinos, sob o fundamento da teoria da situação jurídica do processo de James Goldschmidt, deram os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova:

Mas foi apenas no século XX que juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, valendo-se da teoria de James Goldschmidt acerca da situação jurídica processual, delineararam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, batizada, entre eles, de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*.⁶⁰

De acordo com Jorge W. PEYRANO⁶¹, foi James Goldschmidt quem trouxe para o direito processual civil vários conceitos básicos, que foram amplamente difundidos e hoje podem ser considerados como parte integrante da linguagem corrente e fundamental do processo.

No que se refere ao ônus da prova, é destacado que dentre os principais conceitos consagrados por aquele autor estão as possibilidades e expectativas processuais das partes⁶², as quais, desde logo se adianta, são situações jurídicas

⁵⁹ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 70-71.

⁶⁰ CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 71. Com destaques no original.

⁶¹ PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*, p. 140.

⁶² *Idem*.

que submetem as partes a agirem ou não conforme o império de seus próprios interesses.

Com fundamento na teoria introduzida por James GOLDSCHMIDT, o processo não está vinculado a uma relação jurídica entre as partes (consideração estática do direito), mas sim à conduta judicial e à tutela jurisdicional pretendida, ou melhor, o caso concreto em análise pelo Poder Judiciário (consideração dinâmica do processo).

As partes, no processo, vivenciam uma situação jurídica de expectativa de tutela do Estado diante do litígio em juízo, pelo que, frente a uma possibilidade processual, lhes importam provar conforme o seu interesse:

Generalmente se admite que solo se origina la relación procesal cuando son satisfechos determinados presupuestos, los 'presupuestos procesales'. Pero sobre el contenido de la relación procesal, domina la oscuridad más absoluta.

Realmente, el concepto de ésta es infructuoso para nuestra ciencia. A los litigantes como tales no les alcanza, em general, ninguna obligación de naturaleza procesal; y la 'obligación de fallar' que se atribuye al Tribunal (y que no debe confundirse con el deber concreto del Estado de otorgar protección jurídica al demandante) es, como tal deber de administrar justicia, una manifestación de la 'relación política' del ciudadano con el Estado. Los presupuestos procesales no lo son, en realidad, del proceso; son, simplemente, presupuestos, *requisitos previos de la sentencia de fondo*, sobre los que se resuelve en el proceso.

3. Puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el Derecho justiciario, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. **Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente 'relaciones jurídicas' (consideración 'estática' del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes em el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino 'situaciones jurídicas' (consideración dinámica del derecho), es decidir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Solo aquéllas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada -, y las últimas – las cargas -, 'imperativos del propio interés', ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones . La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la 'existencia', sino de la 'evidencia' y muy especialmente de la prueba de**

sus presupuestos. El concepto de la ‘situación jurídica’ se debe a KOHLER, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental.⁶³

Ocorre que desde quando incorporado o ônus da prova no direito e na linguagem processual civil o foi de forma estática, e não dinâmica como concebido pelo seu mentor James Goldschmidt.

Além disso, houve uma adoção de uma concepção excessivamente rígida quanto ao ônus da prova, sem considerar as circunstâncias do caso concreto, o que pode ensejar uma decisão injusta.

Nesse sentido anota Jorge W. PEYRANO:

(...) durante um largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de ‘carga probatoria’, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculacando así, a nuestro entender, el espíritu de su primer mentor, quien siempre concibió a su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. Ocurrió entonces que, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios ‘fijaron’ (y aqui 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.⁶⁴

Nessa linha, se afigura (e, de fato, se verifica nos julgamentos hodiernos), nos moldes do art. 333, incs. I e II do Código de Processo Civil, que as decisões do Poder Judiciário, neste setor do direito, se pautam num encargo estático, condicionando o ônus a quem incumbe a prova da alegação de fato ou do direito. Por essa situação do processo, o ônus está relacionado com a posição processual que a parte ocupa e não com a particularidade do caso concreto.

⁶³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 8-9. Sem destaques no original.

⁶⁴ PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*, p. 142.

Além disso, de acordo com o que se depreende no capítulo anteriormente exposto, foi verificado que a aplicação do ônus da prova só vem a importar para o juiz quando ausente a prova no processo, diante da sua não produção por quem possuía o direito de provar. Nesse caso, o juiz, para afastar o *non liquet* e ter a certeza quanto ao seu julgamento, aplica a teoria clássica e estática de repartição dos encargos probatórios.

No entanto, ao longo do tempo, percebeu-se que essa distribuição estática do ônus da prova resulta, por vezes, insuficiente ou inadequada. Em outras palavras, verificou-se que o encargo probatório clássico, aplicado de modo disforme à teoria originária de James Goldschmidt, não é hábil o suficiente para produzir um julgamento justo ou permitir a flexibilização que exige o caso concreto.⁶⁵

A partir desse contexto, decisões judiciais partiram a impulsionar a justiça do caso concreto com base em novas regras sobre o encargo de provar, avançando a situação superestática tradicional.⁶⁶ Passou-se a invocar, a depender da situação concreta *sub judice*, a flexibilização do encargo de prova, de modo a dinamizar a situação estática do ônus da prova:

A concepção dinâmica da distribuição dinâmica do ônus da prova, em razão da mobilidade que apresenta de se adequar aos casos concretos, se revela como garantia do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, garantia da igualdade substancial das partes no processo e **tem ingressado no direito brasileiro através da jurisprudência.**⁶⁷

Nesse sentido, cumpre mencionar que a teoria se desenvolveu no repertório jurisprudencial brasileiro, principalmente nos Tribunais do Sul e Sudeste do País,

⁶⁵ PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ RUSCH, Erica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. **Revista de processo.** Ano 34, v. 168, fev.2009. p. 366. Sem destaques no original.

sendo consagrada, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça no ano de 1996, no julgamento ao Recurso Especial nº 69.309/SC, onde se assentou:

O venerando 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.⁶⁸

Na mesma linha, em 1997, seguiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Cível nº 597083534, de relatoria do Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa:

Não se ignora a dificuldade de obtenção da prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equivocado conceito de ética médica serve a obstacularizar 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 dos 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.⁶⁹

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso desprovido. Recurso Especial nº 69.309/SC. Clínica Neurológica, Neurocirúrgica de Joinville e Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Decisão em 18 jun.1996. **Diário da Justiça da União**: 26 ago.1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 jul.2010.

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Indenizatória assente em suposto erro médico. Abcesso abdominal subsequente à operação cesariana. Ausência de prova indicativa de ter o abcesso decorrido da presença de corpo estranho que tenha fica no organismo da autora. Ação improcedente mesmo que aplicada a teoria da carga probatória dinâmica. Apelação Cível nº 597083534. Alexandre Pedroso de Albuquerque Olmedo e Celoir Maria da Silva. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Decisão em 03 dez.1997. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

Ainda, no ano de 1999, em mesmo aspecto julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao apreciar o recurso de Agravo nº 0146797-6/01, sob a relatoria do então Juiz Substituto de 2º Grau Noeval de Quadros, restando consagrada a seguinte ementa:

Agravo - Ação de Indenização - Erro Médico - Ilegitimidade Passiva do Hospital - Matéria dependente de instrução probatória - Juntada de documentos - Possibilidade desde que observado o contraditório - Ausência de prejuízo admitida pelos próprios recorrentes - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Consumidor hipossuficiente - Teoria da Carga Dinâmica da Prova - Ausência de ilegalidade ou de má apreciação dos dispositivos legais - Recurso desprovido.⁷⁰

Com efeito, muitos outros julgados se sucederam sob o mesmo fundamento, como se verifica nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais⁷¹ e do Rio de Janeiro⁷², e em diversos outros Tribunais, de forma a indicar a crescente modernização de pensamento sobre o ônus da prova, bem como a resgatar a idéia

⁷⁰ PARANÁ. Extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Agravo. Ação de Indenização. Erro Médico. Ilegitimidade Passiva do Hospital. Matéria dependente de instrução probatória. Juntada de documentos. Possibilidade desde que observado o contraditório. Ausência de prejuízo admitida pelos próprios recorrentes. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Consumidor hipossuficiente. Teoria da Carga Dinâmica da Prova. Ausência de ilegalidade ou de má apreciação dos dispositivos legais. Recurso desprovido. Agravo nº 0146797-6/01. Irmandade da Santa Casa de Londrina, Ludovico Pieri Neto e Maria Soares Ribeiro. Relator: Juiz Noeval de Quadros. Decisão em 22 nov.1999. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**: 10 dez.1999. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 21 jul.2010.

⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação de revisão contratual. Contrato bancário. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência da parte. Princípio da carga dinâmica da prova. Recurso desprovido. Agravo de Instrumento nº 1.0702.06.289.424-2/002. Banco ABN AMRO REAL e Dráuzio Crespaldi Junior. Relator: Des. Fábio Maia Viani. Decisão em 03 set.2007. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**: 20 set.2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

⁷² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão monocrática. Agravo inominado. Agravo de instrumento. Expurgos inflacionários. Determinação de exibição de extratos bancários nos meses dos planos econômicos pela instituição Ré. Demandante que comprova a titularidade da caderneta de poupança junto ao banco. A parte autora comprovou a titularidade da conta-poupança indicada na inicial junto à instituição bancária. A decisão do juízo singular inverteu o ônus da prova e determinou a exibição dos extratos pela instituição bancária. No intuito de superar os inconvenientes decorrentes da aplicação inflexível da teoria estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição casuística do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, pouco importando a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando. Cabível sua aplicação no presente caso, considerando que a parte ré dispõe de maior conhecimento técnico tendo condições de localizar os extratos da época com os dados fornecidos junto à inicial. Recurso Desprovido. Agravo Inominado nº 0032192-35.2010.8.19.0000. Banco Itaú S/A e Simone Castedo do Nascimento. Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira. Decisão em 14 jul.2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

pioneira sobre carga probatória (que sempre repudiou a visão estática do processo), pensando quem está com e sem razão.⁷³

Além disso, há que se ressaltar que a teoria da carga probatória dinâmica também pode ser verificada na legislação brasileira, como se infere da análise do art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)⁷⁴, conforme assinala Fábio Costa SOARES:

O Código de Defesa do Consumidor adotou os postulados da teoria das cargas probatórias dinâmicas no artigo 6º, inciso VIII, na medida em que permite ao julgador mitigar e eliminar as consequências da ausência de produção da prova sobre fatos relevantes para o julgamento da causa de acordo com as regras clássicas de distribuição do *onus probandi*, diante das circunstâncias do caso concreto reveladas pela verossimilhança das alegações do consumidor, ou da sua hipossuficiência, sempre com base nas regras ordinárias de experiência. A inversão do *onus probandi* consagrada no CDC evidencia a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas.⁷⁵

Em mesmo aspecto também comenta Ada Pellegrini GRINOVER:

Trata-se, em suma, da adoção em matéria de direito do consumidor, da carga dinâmica da prova, superando a velha regra do art. 333 do CPC, para que o 'risco de não provar' recaia sobre quem estiver mais próximo da prova dos fatos e tenha maior facilidade de demonstrá-los, como no caso de hipossuficiência do consumidor.⁷⁶

Saliente-se, ainda, que a teoria foi incorporada em 2004 pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América⁷⁷, em seu art.12, § 2º: "(...) o ônus da

⁷³ PEYRANO, Jorge W. *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁴ CDC, art. 6º: São direitos básicos do consumidor: (...). VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

⁷⁵ SOARES, Fábio Costa. *Op. cit.*, p. 179.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Contratos de Consumo e Ônus da Prova. **Escola Paulista de Direito** (15 fev.2008). Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=58>. Acesso em 21 jul.2010. p. 4.

⁷⁷ Eduardo Cambi enfatiza sobre a facilitação da prova pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código Modelo "se dá por força da lei (*ope legis*), não exigindo prévia apreciação do magistrado (*ope iudicis*) de critérios pré-estabelecidos de *inversão do onus probandi*", bem como que "(...) a teoria da distribuição dinâmica – já contemplada expressamente no Código Modelo – revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a *prévia e abstrata* distribuição do ônus

prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.⁷⁸

E, igualmente, no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos:

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 Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.⁷⁹

Por fim, frise-se que passou a estar encartada no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, ainda em trâmite perante o Congresso Nacional, em seu art. 262, o que indica a intenção do legislador de incorporá-la de forma definitiva no ordenamento jurídico processual civil brasileiro:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.⁸⁰

3.2 CONCEITO E ORDENS DE FUNDAMENTAÇÃO

Segundo a descrição constante nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, celebrado em Junín, Argentina, em outubro de 1992:

da prova, possibilitando que, com os critérios abertos contidos no art. 335 do CPC, seja tutelado adequadamente os direitos materiais”. (CAMBI, Eduardo. **A prova...**, *op. cit.*, p. 340)

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Contratos...**, *op. cit.*, p. 3-4.

⁸⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto** / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/>>. Acesso em 16 ago.2010.

A chamada doutrina dos ônus probatórios dinâmicos pode e deve ser utilizada nos processos em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os esforços probatórios. A mesma importa um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição do autor ou demandado ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. (...).

A temática do deslocamento do ônus da prova reconhece hoje como capítulo mais atual e suscetível de consequências a denominada doutrina dos ônus probatória dinâmicos, também conhecida como princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional no alcance do material de convicção.⁸¹

Assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser compreendida como a doutrina que, buscando se adaptar aos casos particulares, ao efeito de atender as circunstâncias específicas de cada qual, atribui o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

A teoria, desse modo, propõe a flexibilização abstrata do módulo estático do *onus probandi* pelo juiz, para, diante dado caso concreto e frente a uma dificuldade de se produzir a prova, facilitar a produção probatória em juízo, permitindo, por conseguinte, um julgamento justo.

Nesse sentido, explica Jorge W. PEYRANO:

En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.⁸²

Portanto, pela teoria dinâmica do ônus da prova, nos termos da dicção de Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR:

⁸¹ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORIA WHITE, Inês (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 19-20 *apud* CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 74-75.

⁸² PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. Las responsabilidades profesionales – Libro Homenaje al Dr. Luis O. Adorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992, p. 263 *apud* DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Op. cit.*, p. 97.

(...) a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Revela, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.(...) ⁸³

Frente às linhas gerais da presente teoria, cumpre ressaltar que esta, diante do que apresenta Danilo KNIJNIK, possui duas ordens de fundamentação, sendo que a primeira “deriva do princípio da igualdade das partes em bases materiais” e, a segunda, “radica nos deveres de lealdade e cooperação das partes.”⁸⁴

Quanto à primeira ordem de fundamentação, a teoria prima pela igualdade dinâmica das partes, ou seja, pela igualdade de condições, ao efeito de afastar a desigualdade que nutre a igualdade meramente formal ou estática⁸⁵.

Pela igualdade dinâmica, segundo Ada Pellegrini GRINOVER, “verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real”, acrescentando que “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*”.⁸⁶

Logo, repise-se, a teoria da carga probatória dinâmica objetiva a igualdade dinâmica e não a igualdade estática da regra clássica do ônus da prova⁸⁷. Com isso,

⁸³ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Op. cit.*, p. 98.

⁸⁴ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 945.

⁸⁵ “Na dimensão estática, o axioma de que *todos são iguais perante a lei* parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente de que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 6).

⁸⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁷ A igualdade formal ou estática para o direito clássico, segundo Luiz Guilherme MARINONI era o fundamento para garantir a liberdade dos indivíduos: “(...) o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser, ao mesmo tempo, ‘clarividente e cega’. Esse tratamento igualitário é que garantiria a

quer que os litigantes exerçam efetivamente o contraditório (no contexto, por meio da participação na atividade probatória) e não permaneçam inertes em razão de interesses privatísticos. Por essas razões, o Estado-juiz tem o poder-dever de interferir na relação processual.

Nesse passo, há que se destacar que a teoria em testilha também requer um juiz mais ativo, de modo que é a primeira a impor a relativização da distribuição legal do ônus da prova por obra exclusiva do juiz. Daí se afirmar o poder-dever do Estado de interferir no processo para garantir igualdade substancial, adaptando-a ao caso concreto e, via reflexa, alcançando os direitos fundamentais:

A teoria dos *ônus probatórios dinâmicos*, conhecida também como teoria da *carga dinâmica da prova*, por outro lado, surge não pela mão do legislador, mas por obra da doutrina que, embora não firmemente baseada na noção de direitos fundamentais e do processo na perspectiva do formalismo-valorativo, foi a primeira que marcou a possibilidade de relativização da distribuição legal dos ônus probatórios por obra exclusiva do juiz. Vale dizer: sem qualquer permissão legislativa que autorizasse modificação no arquétipo legal dos ônus probatórios.

Passa-se a trabalhar mais enfaticamente no plano dogmático com a hipótese de flexibilização judicial da disposição legal que distribui abstrata e estaticamente os ônus probatórios, alcançando-se o grande mérito de tornar flagrante a injustiça da solução legal em grande diversidade de casos concretos. Em outras palavras, a partir da doutrina de 'las cargas probatorias dinámicas', passou-se a questionar, mais enfaticamente, o problema de que a repartição legal dos ônus probatórios é injusta em determinados casos concretos, mesmo naqueles que estejam alheios ao Código de Defesa do Consumidor, na medida em que, mediante a análise de suas peculiares características, desperta a desigualdade entre as partes no que toca aos esforços de prova, podendo resultar, inclusive, na inutilidade da ação judiciária, por 'violação oculta à garantia de acesso à justiça'.⁸⁸

Quanto à segunda ordem de fundamentação, referente aos deveres de probidade e boa-fé das partes processuais, cumpre frisar que a teoria tem como

liberdade dos indivíduos.”(...) “O direito ao Poder Judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independeria da *particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão*. Daí a idéia de uniformidade procedimental, ou melhor, da existência de um único procedimento para atender a tudo e a todos. *Não pode haver dúvida, nesse sentido, que o procedimento ordinário traduz a idéia contida no mito da igualdade formal, conservando em si os fundamentos da ideologia liberal*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica...**, *op. cit.*, p. 35-36 e 58. Com destaques no original).

⁸⁸ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 74.

objetivo desentranhar a verdade dos fatos, de forma a colaborar com órgão jurisdicional e, por conseguinte, permitir uma sentença justa.

Nessa perspectiva, só será utilizada como exceção à regra estatuída no art. 333 do CPC, pois, de acordo com Miguel KFOURI NETO, avulta importância quando “as regras legais que disciplinam o encargo probatório estático se mostrarem manifestamente inadequadas ao estabelecimento da verdade”.⁸⁹

Igualmente afirma Danilo KNIJNIK, para o qual os ônus probatórios dinâmicos não desconhecem as regras clássicas do art. 333 do CPC, mas sim complementam ou aperfeiçoam o encargo de provar, flexibilizando a sua aplicação quando a regra tradicional impossibilita a parte de produzir a prova em juízo:

(...) a idéia de um ônus dinâmico não afasta, *de per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmica entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.⁹⁰

Desta forma, depois de verificada a não efetividade do art. 333 do CPC no caso *sub judice*, diante de uma impossibilidade de produção da prova pela parte, o juiz, premido pelo espírito da busca pela verdade, pelo acesso à justiça e ao devido processo legal e, ainda, havendo a necessidade da referida prova para que haja um julgamento justo, deverá dinamizar o ônus da prova.

⁸⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 138.

⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 946.

Para tanto, o juiz desconsiderará a posição processual da parte – se autora ou ré – e a natureza do direito⁹¹, a fim de privilegiar a produção da prova ao seu real destinatário⁹², permitindo a aplicação da tutela jurisdicional adequada na sentença e a concretização da efetividade jurisdicional.

Segundo Roberto Vázquez FERREYRA, mais do que a condição de autor ou demandado, a carga probatória dinâmica atende a natureza de que os direitos devem ser provados:

(...) estas regras de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. A hora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a un resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda sua prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa.⁹³

Portanto, pela teoria dá-se primazia à busca pela verdade, a fim de que o processo alcance a efetividade processual, dando-se condições de que o direito material seja reconhecido a quem realmente o titule, nos parâmetros da justiça e dos princípios constitucionais.

⁹¹ “A teoria da distribuição dinâmica, como se vê, não leva em consideração para a fixação dos encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto de prova. O foco, aqui, é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.” (CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 73).

⁹² “(...) o destinatário da prova é, sempre, o juiz. A prova não se destina ao seu autor nem à parte adversa, e uma vez produzida passa a integrar o processo, pouco importando quem teve a iniciativa de requerer sua produção”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 394).

⁹³ FERREYRA, Roberto Vázquez. **Prueba de la culpa médica**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 110 *apud* DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Op. cit.*, p. 98.

3.3 A LEGITIMIDADE DA TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO

No que se refere a um eventual questionamento quanto à legitimidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas perante o direito brasileiro a resposta, no presente momento histórico jurídico, parece ser afirmativa.

Desde o Código de Processo Civil de 1939⁹⁴ já se encontrava estabelecida a idéia do ativismo probatório judicial no direito processual civil brasileiro.⁹⁵ Nesse sentido, Danilo KNIJNIK afirma que há muito tempo o direito brasileiro reconhece ao juiz iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial, material ou dinâmica entre os litigantes, “não havendo porque essa mesma igualdade não se refletir no plano do ônus probatório”.⁹⁶

Atualmente, é o art. 130 do CPC que revela o ativismo judicial no campo probatório e, conseqüentemente, serve de fundamento legal para a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica ao dispor: “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”.

Ao se permitir que o juiz interfira de ofício na fase probatória do processo, possibilita-se a dinamização do encargo de provar disposto no art. 333 do CPC, com o fim de que a verdade que baseia o direito material seja colacionada aos autos.

Destaque-se que a aplicação do art. 130 do CPC como forma de fundamentar o ativismo probatório judicial não implica em violação ao princípio dispositivo, visto

⁹⁴ CPC/39, Art. 117: A requerimento ou ex-offício, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 58-60.

⁹⁶ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 947.

que a atividade do julgador permanece vinculada ao objeto litigioso fixado pelas partes e sua decisão deverá guardar congruência com a situação final reclamada por elas, estando delimitada, desta forma, a sua atuação na colheita de provas.⁹⁷

Ainda, a mitigação do princípio dispositivo é autorizada pela natureza pública do processo⁹⁸, pois por meio dele é que a atividade jurisdicional mantém a integralidade do ordenamento jurídico com o fim último de atingir a justiça, a paz social, a efetividade.

Ademais, a imparcialidade do julgador não se encontra comprometida quando este determina a produção de provas. José Roberto dos Santos BEDAQUE assim explica:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de

⁹⁷ SOARES, Fábio Costa. *Op. cit.*, p. 167.

⁹⁸ Cândido Rangel Dinamarco, sobre a natureza pública do processo, explica que: “A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O *interesse público* transcende aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziram indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada ao resultado do pleito. (...) Essas condutas são fadadas à ineficácia, em primeiro lugar porque o juiz é dotado, como agente estatal, do poder de conduzir o processo pelos rumos adequados; a ausência de preclusividade também concorre para a manutenção de situações jurídico-processuais cuja eliminação contraria a ordem pública (ex.: as condições da ação permanecem sujeitas a verificação pelos órgãos judiciários enquanto perdurar o processo, podendo ser proclamada a carência de ação a qualquer tempo)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade...**, *op. cit.*, p. 66-67. Com destaques no original).

Em mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma: “Por causa dos princípios da igualdade e da imparcialidade é que se entendeu durante muito tempo que assim se deveria delinear a teoria do ônus da prova. Todavia, hoje se vem paulatinamente difundindo a idéia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo. Essa idéia, como se disse acima, parte de uma preocupação honesta com o acesso à Justiça e também, do ponto de vista estritamente dogmático, da noção adequadamente entendida no sentido que o processo é direito público, e que disso decorrem consequências inarredáveis. Se o processo é direito público, toda a questão ligada ao interesse das partes fica, sob a ótica, esmaecida. Não tem sentido, assim, falar-se que o juiz teria ‘favorecido’ uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade, e se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver ‘favorecendo uma das partes’, isso importa nada ou muito pouco. (...) Na atividade do juiz, tem-se a garantia de que estar-se-á buscando a verdade. O mesmo não se pode dizer quanto às partes, que estarão sempre querendo mostrar o lado da realidade que lhes interessa. Desaparece, segundo este ângulo de análise, a subsidiariedade da atividade judicial no âmbito instrutório”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 143. Com destaques no original).

ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.⁹⁹

Por tais razões é que o juiz pode e possui o poder-dever de interferir na fase instrutória do processo quando as provas trazidas pelas partes estão deficientes ou não suficientes para que seja proferido o julgamento, pois, ao contrário, ter-se-ia um julgamento injusto e distorcido do que requer o ordenamento jurídico.

Outrossim, a posição do magistrado como ativa probatória deve se dar pela necessidade de assegurar a igualdade das partes (art. 125, I do CPC); pelo fim de que sejam realizadas todas as provas necessárias à instrução da causa ou, ainda, quando os elementos fornecidos pelas partes não forem suficientes para a formação de seu convencimento. São essas as lições de Cândido Rangel DINAMARCO:

(...) na linha das tendências do processo civil moderno, o Código contém um conjunto harmônico de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos. Isso é feito mediante (a) a genérica imposição do dever de assegurar igualdade entre as partes (art. 125, inc. I), para efetividade da garantia instituída no art. 5º, caput, da Constituição Federal; b) a determinação, também ampla, de o juiz, a requerimento, ou mesmo de ofício, faça realizar todas as provas necessárias à instrução da causa (art. 130); (...).

De um modo geral, ele tem também esse dever sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem de modo idôneo a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (testemunha referida, requisição de documentos, perícias que venham a mostrar-se indispensáveis, inspeções judiciais, etc.): novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 130 do Código de Processo Civil e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional.¹⁰⁰

Além disso, encontra respaldo no dever de veracidade imposto às partes (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III do CPC), no dever de solidariedade com o órgão

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 81-82.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *op. cit.*, p. 51-57.

jurisdicional e na necessidade de serem criadas condições propícias para a realização do encargo de provar.¹⁰¹

De mesmo modo, a postura das partes deve ser alterada. Deixam elas de ser mero *ex-adversos* para se tornarem efetivos colaboradores do processo, agindo a favor do esclarecimento da verdade com probidade, lealdade e boa-fé.

Nesse sentido, os litigantes deixam abstratamente a sua posição de parte para agirem em cooperação e solidariedade no processo, a fim de que, repise-se, a verdade dos fatos venha a ser colacionada, possibilitando o julgamento justo.

É importante ressaltar que essa solidariedade processual trata de um dever processual, visto que não se confunde com a carga probatória em si. As partes, com esse desiderato, deixam a sua posição processual de forma meramente abstrata, tornando dinâmico o processo. Se assim não fosse, o juiz estaria destituído de critério hábil a resolver a lide no caso de não ser provado o direito por quaisquer das partes, como ensina Miguel KFORI NETO:

(...) ambas as partes têm o dever de colaborar com o juiz. É inadmissível que um dos litigantes permaneça inerte, sem prestar auxílio à atividade probatória – o que, na realidade, termina por impedir que o adversário se desincumba da parte que lhe cabe. Esse dever de colaboração, no entanto, não se confunde com *carga probatória*. Se ambas as partes tivessem o dever de provar, o juiz não teria um critério para resolver casos em que nada foi provado – porque não saberia a quem incumbir o ônus de provar. Informar, portanto, é apenas um dever.¹⁰²

Por fim, repise-se que a teoria da carga probatória dinâmica não decorre de qualquer previsão legal, mas sim de uma construção doutrinária e jurisprudencial que a afirmou no Brasil a partir de uma interpretação sistêmica do direito processual civil e da Constituição Federal.

¹⁰¹ ALVIM, Arruda. *Op. cit.*, p. 483.

¹⁰² KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p. 136. Com destaques no original.

Essa visão pode ser verificada em Fredie DIDIER JUNIOR, Paulo Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA, cuja doutrina explica que a carga probatória dinâmica pode ser extraída através de uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e do acesso à justiça, além dos já referidos princípios processuais da lealdade, boa-fé, veracidade e solidariedade:

1) da igualdade (art. 5º, caput, CRFB e 125, I, CPC), pois só será possível haver paridade de armas entre as partes, se atribuído o ônus da prova a quem tenha meios para satisfazê-lo; 2) da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), não se podendo admitir que a parte omita provas esclarecedoras no intuito deliberado de prejudicar a contraparte; 3) da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345 e 355 do CPC), ajudando o magistrado no alcance da verdade dos fatos; 4) do devido processo legal (art. 5º, XIV, CRFB), pois um processo devido produz resultados equânimes; 5) do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), que garante tutela jurisdicional justa e efetiva.¹⁰³

Contudo, repise-se que, embora não haja norma legal específica no CPC quanto à teoria da carga probatória dinâmica, esta tem como fundamento de aplicação o disposto nos arts. 14, 16, 17, 18 e 125, I e III, 130, 339, 340, 342, 345 e 355, todos do CPC, o que implica concluir que além de emanar de uma interpretação sistêmica constitucional, pode igualmente provir de uma interpretação sistêmica do próprio CPC¹⁰⁴.

¹⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁴ “Em que pese tratar-se de regra, o preceito comporta a existência de exceções que o flexibilizam e procuram amenizar as suas insuficiências, exceções estas que tanto são oriundas de expressa disposição legal, quanto são decorrentes de uma interpretação sistemática dos dispositivos insertos no CPC para a disciplina da atividade probatória, assim como de uma interpretação condizente com os princípios que norteiam o moderno processo civil. É o que ocorre com a teoria da carga dinâmica. Um exame atento de todo o regramento trazido pelo legislador para o procedimento de instrução – desde a audiência preliminar, passando pelos poderes instrutórios do juiz, até o modo de produção de algumas modalidades de prova – permite constatar, de forma irrecusável, a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fundada nas particularidades de cada caso concreto e tendo como escopo precípua a efetiva produção da prova que se pretende realizar e o conseqüente alcance de um resultado justo”. (CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 94).

4 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E A OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ACESSO À JUSTIÇA

4.1 A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A teoria da carga probatória dinâmica pode ser aplicada pelo intérprete, uma vez que está em conformidade com as garantias constitucionais, dentre as quais o devido processo legal.

Primeiramente, cumpre mencionar que a doutrina em referência cumpre o devido processo legal no seu aspecto formal, uma vez que pode ser aplicada através do disposto nos art. 130 do CPC, de modo a observar a vontade do legislador.

Como já ressaltado, é pela atividade judicial que a teoria será aplicada, já que é o juiz que detém, por força do art. 130 do CPC, o poder de determinar de ofício as provas que entender necessárias a serem produzidas, visando a efetividade processual.

A propósito, Suzana Santi CREMASCO assinala:

Os poderes instrutórios e a iniciativa probatória concedida ao julgador, em face do fim a que se propõem, qual seja, vinda do elemento probatório aos autos, não só autorizam, como justificam a adoção da distribuição dinâmica dos encargos processuais.¹⁰⁵

Além disso, por uma interpretação sistêmica dos arts. 14, 16, 17, 18 e 125, I e III, 130, 131, 339, 340, 342, 345 e 355, todos do CPC, se pode chegar à possibilidade de aplicação da teoria em referência, garantindo, ainda mais, o previsto pelo legislador.

¹⁰⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 84.

Do contrário, admitir a imprescindibilidade de norma específica para a distribuição dinâmica do ônus da prova significaria consentir com a violação direta ou reflexa do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, senão vejamos:

(...) não é mais possível conceber, no Estado constitucional, distribuição dos ônus probatórios que viole direta ou reflexamente direitos fundamentais. Não se pode admitir que a ausência de norma aberta para o caso da distribuição dos ônus probatórios possa significar a degradação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, aquele que responde pela tutela de todos os demais direitos.

Não é possível crer – como ocorria à época do Estado liberal – que os direitos fundamentais devem se conformar à lei. A lei é que deve se conformar à Constituição e, nessa medida, a responsabilidade do juiz se revela muito maior do que meramente pronunciar as palavras da lei: deve ele trabalhar para conformar a lei à Constituição, criando estruturas procedimentais aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional à luz das circunstâncias do caso concreto.

Jamais se pode esquecer que ‘o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inevitável riqueza da vida’. Nesse sentido, o ‘rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência que rompem com a abstração e a generalidade’. Com efeito, há muito não se nega em doutrina que ‘o mais valioso instrumento’ de que dispõe o juiz para a correção das desigualdades do processo consiste na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito, em autêntica direção e complementação dos esforços realizados pelas partes, pois o juiz ‘não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão’.¹⁰⁶

De outro lado, a doutrina observa o devido processo legal em sua acepção substancial. Por sua aplicação revela o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, visto que, a partir do caso *sub judice*, o Poder Judiciário afasta o ônus prévio e abstratamente previsto pelo Legislador, de modo a alcançar uma atuação estatal não arbitrária e irrazoável frente à situação concreta:

(...) Por vezes, a regra prevista no art. 333 do CP será aplicada sem qualquer restrição, porque alinhada com os princípios referidos. Todavia, haverá casos em que a regra não será aplicada, cedendo passo à outra moldura, esta sim ajustada aos direitos fundamentais processuais assinalados. Trata-se de dar atenção ao *postulado da razoabilidade*, a

¹⁰⁶ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 109-110.

funcionar como *equidade*, isto é, mediante a harmonização da regra geral do art. 333 do CPC com o caso individual.

Vale dizer: a *razoabilidade* é utilizada como diretriz que exige a *relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto*, quer mostrando sobre qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em face de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Significa dizer que *uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em suas hipóteses são satisfeitas: uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua razão contrária*.

Assim que, se o art. 333 do CPC é instituído para assegurar a igualdade das partes, fica fácil compreender as razões para a sua não aplicação, pelo menos, sem qualquer adaptação, naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a *razão motivadora da regra* – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada.¹⁰⁷

Além disso, ainda quanto ao aspecto substancial do devido processo legal, com a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica preserva-se a igualdade processual das partes em seu sentido material ou substancial ou dinâmico. Isso porque importa em aplicar um tratamento desigual com relação ao ônus da prova, através da aferição do juiz frente ao litígio discutido no processo.

Como se dá de acordo com o caso concreto, com uma participação mais ativa do juiz e com a cooperatividade jurisdicional das partes, não visa simplesmente atenuar a desigualdade real, mas sim enfrentá-la, tratando, portanto, de um mecanismo jurídico hábil para a preservação da igualdade em seu sentido material.

Com efeito, cumpre ressaltar que a teoria em referência somente cumprirá seu propósito de instituir a paridade de armas no processo se houver efetiva atividade judicial na instrução do processo¹⁰⁸, posto que somente com ela é que se torna possível a solução justa da lide:

¹⁰⁷ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 125. Com destaques no original.

¹⁰⁸ “O tratamento desigual conferido pelo processo, i.e., de amenizar as desigualdades existentes no plano da realidade social, é apenas um paliativo que só surte efeitos *intra muros*, ou melhor, dentro dos autos – se é que ao menos isso consegue, visto que depende da boa vontade de uma minoria de juizes”. (BECKER, L.A. **Introdução à mitologia do processo civil**. Porto Alegre: Manas, 2009. p. 28).

Uma das maneiras de mitigar essa desigualdade é a participação efetiva do juiz no processo, sobre a qual há farta literatura a respeito, especialmente de José BARBOSA MOREIRA, José Roberto dos Santos BEDAQUE, José Renato NALINI etc. Todos esses autores concordam que a participação do juiz na instrução não fere a isonomia, pelo contrário: dá condições para solucionar a lide.¹⁰⁹

Em mesmo sentido explica Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR:

(...) O processo brasileiro se desenvolve por impulso do Juiz (art. 263 do CPC), a quem se confere poderes de iniciativa em tema de prova (art. 130 do CPC).

É, assim, verdadeiro dever do Juiz o comportar-se com dinamismo. Não se lhe pede que realize pela parte a prova, mas seguramente que envie todos os esforços para que o litígio se resolva segundo o alegado e o provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC.

O compromisso do juiz, diz-se amiúde, mas nunca é demais repeti-lo, é com o caso concreto. Deve submeter-se à norma jurídica, sem dúvida, mas jamais esquecer-se que ela não exaure no aspecto formal, na lei, senão que se compõe de elementos outros, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC.¹¹⁰

Frise-se, ademais, que não se pode sustentar o argumento da impossibilidade do atingimento da isonomia processual conferida pela teoria da carga probatória dinâmica em detrimento da ordem estrutural do Poder Judiciário. Do contrário, o processo estaria fadado a revelar o contraditório das partes como tendente a ocultar a própria conflituosidade social, o que, evidentemente, iria de encontro aos ditames constitucionais:

O problema da isonomia no processo civil é de ordem estrutural: decorre da incapacidade estrutural do Poder Judiciário apreciar os conflitos sociais (BASTOS, 1975, *passim*, FARIA, 1991, *passim*). A partir dessa incapacidade, vê-se a jurisdição na contingência de ter que 'des-realizar' o fato social (BOURDIEU, 1989, p. 215), promovendo a ocultação da própria conflituosidade social, 'através de processamentos técnicos de avaliações imparciais onde a luta de classes frequentemente se transmuda em mero contraditório de partes que, pelo toque mágico da sua transmutação em sujeitos jurídicos, tal como gatas borralheiras, **se tornam iguais [grifo nosso], pelo menos** enquanto não soarem as badaladas da meia-noite desmistificadora'.¹¹¹

¹⁰⁹ BECKER, L.A. *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁰ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹¹ BECKER, L. A. *Op. cit.*, p. 29. Com destaques no original.

Ainda, a doutrina em testilha invoca o devido processo legal quando tido como instrumento efetivo de tutela aos direitos materiais, visando a satisfação do direito material em litígio, exigindo, para tanto, uma participação equânime, leal, justa, imbuída de boa-fé das partes em Juízo.

Isso porque, quando aplicado, possibilita que a verdade real que permeia o caso concreto seja trazida à discussão processual e, por conseguinte, permite que o juiz decida de forma justa.

Oportuniza-se, assim, que seja exercido o direito ao processo e à justiça, afastando a restrição oculta ao direito de provar do art. 333 do CPC de acordo com o caso em litígio:

(...) A distribuição do ônus da prova é um desses meios, na medida em que, ao impor o encargo de provar cada um dos fatos afirmados no processo àquele litigante que melhores condições tem para fazê-lo, aumenta-se, substancialmente, a possibilidade de que a prova necessária à solução da controvérsia venha aos autos e o julgador tenha acesso a ela. A carga dinâmica te, pois, o condão de auxiliar no encontro da verdade real, elemento cujo alcance é essencial para que o magistrado consiga proferir uma solução condizente com o seu convencimento e, mais ainda, uma solução justa. E, com isso, a carga dinâmica faz com que a jurisdição consiga desempenhar – de fato e de direito – a mais importante função para a qual ela foi criada, qual seja, a de efetiva pacificação social.¹¹²

4.2 A TEORIA E O ACESSO À JUSTIÇA

Igualmente como verificado quanto ao devido processo legal, a teoria da carga probatória dinâmica pode ser aplicada pelo intérprete do direito por revelar observância ao direito constitucional do acesso à justiça.

Como já exposto, o processo é moldado por regras pré-estabelecidas, as quais, contudo, em detrimento de sua correta finalidade, devem ser interpretadas

¹¹² CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 81.

conforme as garantias constitucionais, que, por sua vez, têm por fim último garantir o direito de acesso à justiça como forma de concretizar a ordem jurídica justa, ou melhor, a pacificação com justiça.

Assim, só haverá razão de existir o processo devido, alcançando o direito de acesso à justiça do jurisdicionado, bem como a justiça do caso concreto, se observadas as garantias constitucionais pelo aplicador do direito.

A teoria da carga probatória dinâmica, como visto, decorre também de uma interpretação sistêmica do *caput* e dos incisos XIV e XXXV, do art. 5º da Constituição de 1988, pelos quais se almeja que a distribuição do encargo de provar sirva para o alcance da igualdade material, do devido processo legal e do acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

Além disso, por sua aplicação permite-se o efetivo exercício do direito constitucional à prova, retirando o máximo da atividade probatória dos participantes do processo pela idéia de colaboração processual.¹¹³

Verifica-se, portanto, que a teoria em referência observa as garantias constitucionais, impondo ao processo civil que por elas seja orientado, conformando o processo a sua ideal finalidade e, em última análise, o ônus da prova com a Constituição da República.

Deste modo, considerando que a teoria da carga probatória dinâmica tem ordem de fundamentação constitucional a revelar aplicação conforme do ônus da prova à Constituição, conclui-se que se trata de instrumento hábil ao julgador para atingir o direito de acesso à justiça.

A propósito, estendendo a posição de Paulo Cesar Santos BEZERRA quanto o acesso à justiça e o Poder Judiciário ao ônus da prova do art. 333 do CPC, urge à

¹¹³ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 89.

judicatura uma “superação do paradigma estritamente normativista”¹¹⁴, ou seja, uma mudança de postura quanto à aplicação do padrão normativo vigente, com o propósito de se exigir do juiz uma atividade conformadora à realidade social:

No que toca ao acesso à justiça, a postura do juiz é de suma importância. Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de ‘julgar conforme a lei’, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa, e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados.

O descompasso entre os textos legais e o contexto sócio-econômico é gritante. A neutralização desse hiato exige, evidentemente, mudanças radicais na ordem jurídico-positiva.

(...) Urge a substituição de uma magistratura pretensamente neutra e imparcial por uma atuação assumidamente política, o que não constitui contradição com a postura neutra em relação à solução do conflito. Neutra como julgador, politicamente assumido como hermeneuta e produtor do direito.

A atividade judicial não se reduz a mera aplicação do direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelseniana, onde a sentença aparece como uma norma jurídica diversa daquelas gerais e abstrata em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas, reflete uma tábua de valores coincidente com a que elabora a sociedade.¹¹⁵

Por esse sentido, deve o juiz ser mais ativo e criativo, conformador da realidade social e dos direitos fundamentais, nos moldes preconizados pela Constituição da República, em especial ao direito de acesso à justiça. Importa aqui a teoria da carga probatória dinâmica porque revela justamente este aspecto do juiz em atividade eficiente e efetiva, que busca o processo justo e o exercício adequado de sua função jurisdicional e que não transmite a idéia retórica legalista de direito.

Em outras palavras, Artur CARPES afirma:

Observar o direito fundamental de ação e proporcionar o efetivo acesso à justiça não significa, portanto, valer-se apenas daquilo que foi projetado pelo legislador, até porque a atividade jamais será suficiente para prever toda e qualquer situação de conflito inerente à complexa dinâmica da vida. As disposições legais devem ser dimensionadas a partir dos direitos

¹¹⁴ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 209-210 e 211.

fundamentais e, nessa medida, se a tutela do direito, à luz do caso concreto, depende de técnica processual não prevista pelo legislador, deverá o juiz proceder na supressão da omissão legislativa, a fim de que seja possível cumprir adequadamente sua função jurisdicional. (...)

Não se faz mais possível pensar que a omissão do legislador, ou a inadequação da técnica prevista em abstrato na lei, seja passível de representar prejuízo ao alcance da adequada e efetiva tutela jurisdicional. O procedimento destinado à formação do juízo de fato – no qual, como se observou, tem participação nevrálgica a *função subjetiva* do ônus probatórios, possui íntima conexão com a noção contemporânea de acesso à ordem jurídica justa, de jurisdição, ação, defesa e processo, *na medida em que somente através do eficiente esclarecimento dos fatos é que se pode prestar adequada e efetivamente a tutela jurisdicional, seja para tutelar o direito material ou para negar a tutela pretendida pelo autor*. Não há mais como negar, pois, a necessidade de adequada conformação do procedimento probatório, no qual se insere a repartição do ônus da prova entre as partes, em especial porque, atualmente, não mais se desconhece sua função junto à atividade probatória das partes e, por via de consequência, para o adimplemento do processo justo, que possibilite o alcance de efetiva e adequada tutela jurisdicional.

A dinamização dos ônus probatórios, portanto, configura técnica destinada a garantir às partes a observância do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXI, LIV e LV, da Constituição).¹¹⁶

Além disso, a doutrina em referência cumpre o acesso à justiça quando atua para que o processo não privilegie a parte que possui situação econômica favorável ou, de outro lado, para que o processo não retire direitos daqueles que possuem situação econômica desfavorável.

Noutro aspecto, a teoria da carga probatória dinâmica efetiva o acesso à justiça porquanto evita “que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia”¹¹⁷, ao efeito de permitir que a prova seja colacionada aos autos do processo, e, por conseguinte, que seja concretizado o direito constitucional à prova e proferida uma sentença mais justa.

Por fim, ressalte-se que a doutrina serve, ainda, como instrumento eficaz para a tutela de direitos, já que afasta a vedação oculta do acesso à justiça disfarçada no art. 333 do CPC, garantindo o direito material a quem realmente o titule:

¹¹⁶ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 78 e 79.

¹¹⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova...**, *op cit.*, p. 342.

O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir a quem realmente a título.¹¹⁸

O direito de ação, na dimensão da efetividade, deve ser entendido como um direito ao acesso à justiça qualificado; portanto, hábil a provocar a resposta jurisdicional devida. Além disso, deve o processo dispor de procedimentos que realizem os direitos materiais, independentemente de sua natureza.¹¹⁹

Os ônus probatórios dinâmicos atendem essa desejada efetividade, de acordo com o caso concreto, pelo que, por mais este argumento, defende-se a sua aplicação pelo moderno intérprete do direito.

4.3 O NECESSÁRIO ACAUTELAMENTO DO INTÉRPRETE PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA

Não restam dúvidas quanto aos benefícios da teoria ora revelada. Contudo, para a sua melhor compreensão e análise de sua potencialidade no direito processual civil brasileiro, impõe-se maior detalhamento, principalmente quanto aos possíveis limites de sua aplicação.

De acordo com Danilo KNIJNIK, há limites materiais e formais à dinamização do ônus da prova. Os primeiros seriam caracterizados pela situação jurídica de que o litigante a ser onerado esteja em posição privilegiada, bem como que a inviabilidade da produção da prova (a quem inicialmente incumbia pelo ônus estático) esteja inviabilizada por fato culposo da parte contrária ou por violação dos deveres de cooperação entre os litigantes.

¹¹⁸ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹⁹ ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 123-124.

Já os limites formais se relacionam à necessidade de que o juiz, antes de flexibilizar o ônus da prova, oportunize aos litigantes a manifestação quanto a essa possibilidade de decisão, permitindo a produção de prova complementar, ao efeito de não ferir o princípio do contraditório e da segurança jurídica¹²⁰.

Ainda, segundo o referido autor, caso não sejam observados esses requisitos, estaria caracterizada a retroatividade oculta, revelada por uma *probatio diabolica* reversa, em que há restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados ao litigante.

Para melhor esclarecer, transcrevem-se os ensinamentos do referido autor:

Há, porém, limites iminentes à dinamização afirmada, materiais e formais. Com efeito, de um lado, faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em *posição privilegiada*. José Barbeiro, a propósito, questiona: “o que implica estar em melhores condições de produzir a prova?”. A seguir responde que tal pressuposto configura-se quando “o sujeito a quem se atribui a carga probatória revista uma posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos acima, não teria” [BARBEIRO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: que se deve prober que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge. W. Cargas probatórias dinâmicas. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 101]. É o caso típico do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia. Esse limite material, porém, deve sofrer rigoroso escrutínio processual: o ônus *dinâmico* não pode ser aplicado para simplesmente compensar a

¹²⁰ “Quer com isto evitar *decisões surpresas*, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a *organização da atividade probatória* (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na *audiência preliminar* (arts. 331 do CPC e art. 11 do Código Modelo) ou, na sua ausência, em *decisão ordinatória* (saneadora), anterior à fase instrutória”. (CAMBI, Eduardo. **A prova...**, *op. cit.*, p. 343. Com destaques no original). Na mesma perspectiva acrescenta Artur Carpes: “(...) caso a necessidade de *dinamização* seja vislumbrada pelo órgão judicial apenas posteriormente ao encerramento da instrução, nada obsta que assim proceda, desde que possibilite à parte que cumpriu com sua tarefa. Mesmo quando o processo já se encontra em segundo grau de jurisdição, caso se observe a necessidade de se dinamizar os ônus probatórios, nada obsta que o tribunal assim determine, desde que permita às partes, a partir da reestruturação da atividade probatória, desincumbir-se de seus ônus e, assim, participar adequada e efetivamente da construção da decisão judicial. O importante é que as partes não sejam surpreendidas por ingerências imprevistas, que alterem as regras do jogo e impeçam, na bilateralidade do equilíbrio, exercer o direito de amplo e irrestrito acesso à ordem jurídica justa”. (CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 140).

inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma. Assim, 'não bastará sustentar ou provar que uma parte se encontra em melhor posição para a produção da prova se, assim mesmo, não se tiver evidenciado que quem o invoca não tem modos de produzi-la' [*Idem*, p. 104].

Outras circunstâncias devem ser consideradas: a inviabilização da prova (i) *por fato culposo da parte contrária* ou (ii) *por violação dos deveres de cooperação por um dos litigantes*. (...)

Ao lado dos requisitos materiais, convém observar-se por igual os requisitos procedimentais à sua aplicação. De fato, caso dinamizado o ônus após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório. (...) É dizer, o juiz, caso entenda por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão, sob pena de caracterizar-se *retroatividade oculta*. Somente assim se poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica, que, na matéria, preconizava Rosenberg.¹²¹

Na mesma linha, Leonardo GRECO afirma que eventual encargo diabólico reverso pode representar manipulação probatória, comprometendo, por conseguinte, a imparcialidade do juiz:

O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. 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.¹²²

E, também, Suzana Santi CREMASCO:

A dificuldade ou impossibilidade de produção probatória por parte de um dos litigantes deve encontrar, necessariamente, contrapartida na maior facilidade ou na melhor condição do outro litigante para a sua realização. Deve esse litigante ter condições reais de trazer aos autos a prova do fato controvertido (...).

A referência à maior facilidade na produção da prova do fato controvertido não se confunde, em absoluto, com a maior comodidade de um dos litigantes para o cumprimento do encargo em relação ao outro. O operador deve estar diante de casos em que o alcance do elemento probatório esteja efetivamente comprometido ou inviabilizado caso forem observadas apenas as normas de distribuição clássica do ônus da prova.¹²³

¹²¹ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 947-948. Com destaques no original.

¹²² GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 48.

¹²³ CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 87.

Outrossim, a teoria em tese não pode revelar a arbitrariedade nem o prejulgamento do Poder Judiciário, devendo ser aplicada por decisão fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

Com efeito, a distribuição dinâmica da carga probatória não deve ser *arbitrária* nem servir para *prejulgar a causa*, repassando a dificuldade do demandante para o demandado, quando este não está em melhores condições de provar. A *liberdade* do magistrado deve ser atrelada sempre à *responsabilidade*. Logo, a decisão, que distribui a carga da prova, deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz, tornando-o um *intérprete ativo e criativo*, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker*.¹²⁴

Ademais, segundo Eduardo CAMBI, também não pode representar meio de prova contra si mesmo para que não haja violação ao direito ao silêncio, este disposto no artigo 5º, inc. LXIII, da Constituição (privilégio contra a auto-incriminação: *nemo tenetur se detegere*)¹²⁵.

Sobre a violação ao direito ao silêncio, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, não obstante a posição de Eduardo Cambi, entendem que a mesma não ocorre, porquanto trata de uma garantia relacionada tão somente à pessoa e não à informação. Assim, por essa interpretação, a prova deve ser trazida aos autos ainda que em prejuízo daquele que a produza:

Sabe-se que este princípio tem origem na 5.ª Emenda a Constituição norte-americana, a qual estabelecia que ninguém poderia ser compelido a testemunhar contra si mesmo em processo criminal. Apesar do texto expresso, o entendimento que se tem dessa regra caminha no sentido de que ela também se aplica frente aos processos cíveis, desde que da prova possa originar-se um processo criminal. Além disto, o direito norte-americano sustenta que a garantia acima referida não se limita apenas à prova oral, produzida pela parte, mas vai além, protegendo o acusado de produzir qualquer prova contra si mesmo. Ou seja, a invocação do princípio da inexigibilidade da produção de prova contra si mesmo pela parte depende, antes de tudo, que penda sobre ela a imputação de um fato delitivo ou, ao menos, que a produção dessa prova possa resultar para ela

¹²⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova...**, *op. cit.*, p. 343.

¹²⁵ CAMBI, Eduardo. **Tutelas inibitórias e da remoção do ilícito, inversão do ônus da prova, teoria da distribuição dinâmica da prova**. Prudentópolis, 18 mar.2009. Disponível em: <http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/teses09/EduardoCambi2.pdf>. Acesso em: 26 abr.2010.

em perigo de sofrer alguma ação penal. Ressalvadas essas hipóteses, não se pode objetar com o princípio para desonerar a parte da produção de prova, ainda que esta venha a prejudicá-la no processo.

Desse modo, observa-se com razoável segurança que não existe a garantia da exoneração do dever de colaborar com o Judiciário, no aporte de provas ao processo, *mesmo que sejam prejudiciais à parte que as traz. Ao contrário, a garantia – ao menos nos moldes originários, em que foi instaurada no direito norte-americano – apenas se limita aos casos em que a exibição da prova pela parte (ou o seu depoimento) possa acarretar-lhe risco de sofrer ação penal (e, nesse limite, a garantia vem expressamente aceita em nosso ordenamento, com o art. 363, III, do CPC)*. Ressalvada essa hipótese, é dever da parte trazer a prova para o Judiciário, quando assim solicitada, ainda que esta venha em seu prejuízo.

Mais que isso, a garantia contra a auto-incriminação adere à pessoa e não à informação, razão pela qual não poderá ser invocada por outros que não aquela – ressalvada, no direito brasileiro, a extensão expressamente admitida aos “parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau” (art. 363, III, do CPC) – como causa eficiente para comportar a exoneração do dever de depor ou de exibir a prova. Como já estabeleceu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “se a confissão documentada vem de uma terceira mão *alio intuitu*, (...), o seu uso no tribunal não compele o réu a ser uma testemunha contra si mesmo”.¹²⁶

Ainda, convém ressaltar que “a teoria reforça o *senso comum* e as *máximas da experiência* ao reconhecer que deve provar quem está em *melhores condições* de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia.”¹²⁷

Com efeito, uma vez observados os limites materiais, formais e constitucionais a ela concernentes e respeitado o devido processo legal, a aplicação da doutrina dinâmica dos ônus da prova implica na efetividade da tutela jurisdicional, sendo instrumento “apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito”¹²⁸.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 326-327. Com destaques no original.

¹²⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova...**, *op. cit.*, p. 342.

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 161.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 impõe nova leitura do direito processual civil, principalmente no que toca a distribuição do ônus da prova (art. 333, I e II do Código de Processo Civil).

Por essa concepção moderna de direito, o processo, para que seja justo, deve prever procedimentos adequados, que possibilitem a pacificação social, o alcance do direito material e, também, que observe as garantias constitucionais.

No entanto, não é o que ocorre com a regra de distribuição do ônus da prova que, ao ser aplicada na sua forma abstratamente prevista, sem considerar as particularidades do caso concreto, pode figurar como condutora a julgamentos injustos, desconectados com o direito material e constitucional.

A conduta retórica do Poder Judiciário em aplicar a regra estática do ônus da prova, sem considerar o caso concreto, pode ensejar má prestação jurisdicional, ofensa a preceitos jurídicos constitucionais (como o devido processo legal, acesso à justiça, direito à prova e igualdade), bem como o não alcance da ordem jurídica justa.

Por sua vez, a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser instrumento hábil à efetividade ao processo, uma vez que, ao substituir ou complementar o ônus da prova, permite que o direito à prova e o efetivo acesso à justiça sejam alcançados pelo jurisdicionado.

Mais que isso, a dinamização do encargo de provar revela a observância ao devido processo legal e a igualdade material entre os litigantes no processo, possibilitando a pacificação social e a adequada prestação jurisdicional.

Comporta, ainda, uma atividade probatória equânime entre as partes, baseada pela boa-fé e lealdade, afastando o ônus de prova demasiadamente difícil ou impossível de ser exercido no processo. Nesse aspecto, perseguem-se as máximas do julgamento, premidas por uma sentença baseada em provas que evidenciam o fato jurídico em litígio e a justiça.

Com a aplicação deste instrumento, haverá a constitucionalização do ônus da prova tal como impõe a moderna concepção de direito processual civil, havendo, por consequência, o atendimento dos anseios sociais e jurídicos pelo Poder Judiciário.

Ao juiz moderno, diante dessa nova realidade jurídica, surge a necessidade de dar novos contornos ao processo, desfazendo antigos paradigmas de justiça, que, nesse contexto, revelam-se desconformes à Constituição. A teoria da carga probatória dinâmica concede esse aparato constitucional, demonstrando ser apto a dar a adequação do processo ao direito material.

Porém, este instrumento não pode servir como meio para arbitrariedades do Estado-juiz, de modo que limites devem ser observados, como o caso concreto e a iminência de vedação ao exercício do direito de prova, a fundamentação da decisão judicial, a oportunidade de manifestação da parte a quem é imposto o novo ônus, entre outras questões sensíveis ao juiz.

Em razão disso sustenta-se que a teoria da carga probatória dinâmica, se aplicada pelo juiz com razoabilidade e a sensibilidade devida, ou seja, dentro de seus limites, pode ser um grandioso aporte para o processo moderno e para a justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e relações de consumo. In: CONRADO, Marcelo Miguel (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990 – 2005)**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, p. 92-114, 2005.

BECKER, L.A. **Introdução à mitologia do processo civil**. Porto Alegre: Manas, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. Agravo de Instrumento. 2. Sentença. Recurso Inominado. Razões idênticas às da contestação. Expressão "Apelo". 3. Mera indicação da referida expressão. Não conhecimento. Ausência das razões recursais. 4. Boa-fé processual. 5. Ampla defesa. Devido processo legal. Violação. 6. Prazo recursal. Reabertura. 7. Agravo conhecido. Conversão em Recurso Extraordinário. Provimento. Agravo de Instrumento nº 529.733-01. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Manoel Rodrigues da Cunha. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso desprovido. Recurso Especial nº 69.309/SC. Clínica Neurológica, Neurocirúrgica de Joinville e Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Decisão em 18 jun.1996. **Diário da Justiça da União**: 26 ago.1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 jul.2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/>>. Acesso em 16 ago.2010.

BRASIL. Decreto-lei 1.068, de 18 de setembro de 1939. **Coleção de Leis do Brasil de 1939**, v. 1, p. 216.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal, 12 de setembro de 1990.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 127, p. 101-105, set.2005.

_____. **Tutelas inibitórias e da remoção do ilícito, inversão do ônus da prova, teoria da distribuição dinâmica da prova**. Prudentópolis, 18 mar.2009. Disponível em: <http://www.ceaf.mp.pr.gov.br/arquivos/File/teses09/EduardoCambi2.pdf>. Acesso em: 26 abr.2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema e direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, ano 90, v. 788, jun.2001

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Jus Podvm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Institutos fundamentais de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fev. 2002.

Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf. Acesso em 7 jul.2010.

FRIEDE, R. Reis. A garantia do devido processo legal. In: **Justitia**, São Paulo, 57(172), p. 49-54, out./dez.1995.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, nº 13, p. 33-41, jan./mar.1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. **Revista de Processo**, São Paulo: Repro, nº 128, p. 43, out.2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Contratos de Consumo e Ônus da Prova. **Escola Paulista de Direito** (15 fev.2008). Disponível em: http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=58. Acesso em 21 jul.2010.

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

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madrid: La Ley – Actualidad, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O direito de ação como direito fundamental: conseqüências teóricas e práticas. In: **Revista dos Tribunais**, Ano 97, v. 873, p. 11-30, jul.2008.

MARQUES, Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação de revisão contratual. Contrato bancário. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência da parte. Princípio da carga dinâmica da prova. Recurso desprovido. Agravo de Instrumento nº 1.0702.06.289.424-2/002. Banco ABN AMRO REAL e Dráuzio Crespaldi Junior. Relator: Des. Fábio Maia Viani. Julgado em 03 set.2007. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**: 20 set.2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 146, p. 321-331, abr.2007.

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

PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004.

PARANÁ. Extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Agravo. Ação de Indenização. Erro Médico. Ilegitimidade Passiva do Hospital. Matéria dependente de instrução probatória. Juntada de documentos. Possibilidade desde que observado o contraditório. Ausência de prejuízo admitida pelos próprios recorrentes. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Consumidor hipossuficiente. Teoria da Carga Dinâmica da Prova. Ausência de ilegalidade ou de má apreciação dos dispositivos legais. Recurso desprovido. Agravo nº 0146797-6/01. Irmandade da Santa Casa de Londrina, Ludovico Pieri Neto e Maria Soares Ribeiro. Relator: Juiz Noeval de Quadros. Decisão em 22 nov.1999. **Diário da Justiça do Estado do Paraná**: 10 dez.1999. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 21 jul.2010.

PEYRANO, Jorge W. **El proceso atípico**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993.

PORTANOVA, Rui. **Princípios no processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão monocrática. Agravo nominado. Agravo de instrumento. Expurgos inflacionários. Determinação de exibição de extratos bancários nos meses dos planos econômicos pela instituição Ré. Demandante que comprova a titularidade da caderneta de poupança junto ao banco. A parte autora comprovou a titularidade da conta-poupança indicada na inicial junto à instituição bancária. A decisão do juízo singular inverteu o ônus da prova e determinou a exibição dos extratos pela instituição bancária. No intuito de superar os inconvenientes decorrentes da aplicação inflexível da teoria estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição casuística do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, pouco importando a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando. Cabível sua aplicação no presente caso, considerando que a parte ré dispõe de maior conhecimento técnico tendo condições de localizar os extratos da época com os dados fornecidos junto à inicial. Recurso Desprovido. Agravo Inominado nº 0032192-35.2010.8.19.0000. Banco Itaú S/A e Simone Castedo do Nascimento. Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira. Decisão em 14 jul.2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Indenizatória assente em suposto erro médico. Abcesso abdominal subsequente à operação cesariana. Ausência de prova indicativa de ter o abcesso decorrido da presença de corpo estranho que tenha fica no organismo da autora. Ação improcedente mesmo que aplicada a teoria da carga probatória dinâmica. Apelação Cível nº 597083534. Alexandre Pedroso de Albuquerque Olmedo e Celoir Maria da

Silva. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Decisão em 03 dez.1997. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em 16 ago.2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico, imperícia. Era da autora, a teor do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Não tendo logrado demonstrar que do procedimento cirúrgico levado a efeito pelo réu decorreu a lesão do nervo ciático, ou, mesmo que tivesse decorrido, que tal lesão impunha-se evitável, correto o decreto de improcedência da demanda. Apelo improvido. Apelação Cível nº 70001107523. Geraldo Ayala Pereira e Jandira de Lourdes Martins. Relator: Ney Wiedemann Neto. Decisão em 10 dez.2003.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

RUSCH, Erica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. **Revista de processo**. Ano 34, v. 168, fev.2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** = *Due processo of law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO, Junior Alexandre Moreira. **Direito processual civil**: institutos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela do direito processual civil. In: **Revista dos Tribunais**, nº 665, p. 11-22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VADE MECUM RT – 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 76, p. 141-145, 1994.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006.