

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Priscila Borges da Silveira

**A distribuição do ônus probatório à luz da Constituição Federal de 1988 e
do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**

Porto Alegre

2015

Priscila Borges da Silveira

**A distribuição do ônus probatório à luz da Constituição Federal de 1988 e
do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Processo Civil.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.

Porto Alegre

2015

*Às minhas amadas avós,
Diva e Oralina, com toda a
minha admiração.*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da evolução da distribuição do ônus da prova no cenário jurídico brasileiro, desde sua disposição no Código de Processo Civil de 1973, passando pela inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor até a sua dinamização prevista expressamente no Novo Código de Processo Civil, recentemente sancionado. O instituto do ônus da prova sofre direta influência dos paradigmas de cada tempo, vislumbrando ser sua forma estática criada para corresponder aos valores e interesses próprios do Estado Liberal. Com a evolução da sociedade e a instauração do Estado Social, ascendeu a importância do caráter material da igualdade, de modo a evidenciar que o Direito deveria se aproximar da vida real e concreta, tornando-se menos abstrato e científico e mais efetivo. É nesse instante, e ciente de tais diferenças concretas entre as pessoas e as suas vidas reais, que o Código de Defesa do Consumidor enunciou a chamada possibilidade de inversão do ônus da prova, conformando o primeiro passo evolutivo do instituto em direção ao atual Estado Democrático de Direito. Após correntes atuações concretas dos magistrados para minimizar a distância entre o instituto do ônus da prova consagrado no Código de Processo Civil de 1973 e a realidade das demandas vivenciadas na prática do foro, uma vez que o acesso à Justiça e a efetividade tornaram-se com a Constituição de 1988 direitos fundamentais dos indivíduos (artigo 5º, inciso XXXV), a dinamização do ônus da prova foi finalmente introduzida no conteúdo do Novo Código de Processo Civil, enunciando a promessa de caminhar ao lado do *onus probandi* estático e socorrê-lo nos casos em que sua atuação vier a promover da melhor forma possível a realização do processo justo.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Constitucionalização do Processo Civil. Ônus da prova. Carga dinâmica da prova.

ABSTRACT

The present work has as its object the study of the evolution of the distribution of the burden of proof in the Brazilian legal scenario, since its provision in the Civil Procedure Code 1973, through the reversal of the burden of proof in the Consumer Protection Code, to galvanize expressly provided for in the New Code of Civil procedure, recently sanctioned. The institute burden of proof under direct influence of the paradigms of each time, glimpsing be, its static form, designed to match the values and liberal state's own interests. With the evolution of society and the establishment of the welfare state, ascended the importance of the material aspect of equality, in order to show that the law should be closer to the real and concrete life, becoming less abstract and scientific and more effective. It is at this moment, aware of such concrete differences between people and their real lives, the Consumer Protection Code enunciated the call possibility of reversing the burden of proof, constituting the first evolutionary step of the institute towards the current democratic state right. After current concrete actions of the judiciary to minimize the distance between the institute burden of established proof in the Civil Procedure Code of 1973 and the reality of demand experienced in the practice of law, since the access to justice and effectiveness have become, the 1988 Constitution, fundamental rights of individuals (art. 5, XXXV), boosting the burden of proof was finally introduced in the content of the new Civil procedure Code, setting out the promise of walking beside the static probandi onus and rescue it does where its operations were to promote the best possible way, the realization of a fair trial.

KEYWORDS: Democratic State. Constitutionalization of Civil Procedure. Burden of proof. Dynamic Load Test.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO - 7

PARTE I: A matriz valorativa do Estado Constitucional e o instituto do ônus da prova

1. O fenômeno da constitucionalização do processo civil brasileiro em 1988 - 9
2. A irradiação dos direitos fundamentais processuais sobre o processo civil - 15
 - 2.1. O direito fundamental ao processo justo - 15
 - 2.2. O direito fundamental à colaboração no processo - 18
 - 2.3. O direito fundamental à igualdade - 20
 - 2.4. Os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa - 22
 - 2.5. O direito fundamental à prova - 25
3. O instituto do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro de 1973 - 27
4. Um passo adiante: a edificação *ope legis* de uma “inversão” do ônus da prova na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) - 31

PARTE II: A (re)interpretação da distribuição do ônus probatório na dimensão do Estado Constitucional

1. A influência da teoria argentina das cargas processuais dinâmicas no contexto doutrinário brasileiro - 36
2. O campo de aplicação *opejudicis* da dinamização do ônus da prova no Poder Judiciário brasileiro - 41
3. A supremacia dos direitos fundamentais em detrimento da supremacia da lei: o novo viés constitucional para a obtenção do processo justo - 47
4. A materialização *ope legis* da dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil brasileiro - 50

CONSIDERAÇÕES FINAIS - 53

REFERÊNCIAS - 54

INTRODUÇÃO

Em observância à linha do tempo do século XX, verifica-se que o Código de Processo Civil brasileiro foi desenhado para uma sociedade que não mais corresponde a esta em que vivemos. É evidente a ausência de sintonia entre a letra da lei e as necessidades dos novos tempos.

Na medida em que a edição de uma codificação da envergadura do Código de Processo Civil nacional tem duração de anos antes de sua promulgação, pode-se buscar a correspondência das principais vertentes do Código de Processo Civil atual, de 1973, no Código Civil de 1916 e em valores de matriz liberal, especificamente individualistas e patrimonialistas.

Nesse sentido, o que se verifica é a existência de institutos jurídicos pertencentes ao ramo do processo civil que não mais demonstram ser suficientes para a pacificação dos conflitos sociais que são submetidos ao Poder Judiciário. O presente estudo visa abordar, em particular, tal consideração em face do instituto processual da distribuição do ônus da prova no direito brasileiro.

Esta pesquisa encontra-se dividida em duas partes: no primeiro capítulo, há a abordagem, primeiramente, sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito, que ocorreu em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, e, especificamente, a ocorrência do referido fenômeno na processualística civil. Em seguida, são delineados os principais direitos fundamentais processuais que apresentam influência direta ao tema do instituto do ônus da prova, uma vez que esses têm a potencialidade de moldar esse instituto conforme as necessidades do processo contemporâneo.

Ainda no primeiro capítulo, mas em tópico distinto (3.), há, propriamente, uma abordagem sobre o instituto do ônus da prova na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973, situando-o ao contexto jurídico e social em que estava imerso quando de sua adoção. No último tópico do primeiro capítulo, encontra-se a técnica da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do

Consumidor, adotada para responder à necessidade de uma sociedade em transformação e que passou a admitir as suas diferenças.

No segundo capítulo deste estudo, há, inicialmente, a abordagem sobre a influência da teoria das cargas dinâmicas da prova, consubstanciada por juristas argentinos, no processo civil brasileiro. Verifica-se que essa corrente doutrinária encontrou adeptos em solo pátrio, os quais passaram a abordar a dinamicidade do ônus da prova na doutrina brasileira.

No tópico seguinte, verifica-se que a teoria argentina das cargas dinâmicas da prova não apenas tornou-se estudo da doutrina brasileira, mas, ante a realidade que se apresentava, tornou-se técnica processual apta a promover o processo justo delineado pela Constituição Federal, para os casos em que a distribuição vislumbrada pelo Código de Processo Civil de 1973 não alcançava. É, nesse ponto, que se apresentam algumas decisões do Poder Judiciário brasileiro nesse sentido.

Em continuação, há a abordagem acerca do giro hermenêutico que ocorreu no Direito com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na medida em que a supremacia que era, anteriormente a esse período, concedida à lei, tornou-se a supremacia da Constituição. Os direitos fundamentais, nessa medida, passaram a ser a fonte de interpretação das leis e do sistema jurídico brasileiro.

Tal situação, aliás, ensejou a anteriormente vislumbrada aplicação da distribuição do ônus da prova dinâmico diversamente do que previa o Código de Processo Civil, determinando que, na conjuntura do processo civil contemporâneo, a distribuição do ônus da prova não há como se limitar aos ditames do Código de Processo Civil de 1973, pois este não se encontra em sintonia plena com a realidade.

É, nesse contexto, que, em boa hora, o Novo Código de Processo Civil brasileiro surge e renova, em consonância com a construção *opejudicis* que já há bom tempo vem sendo praticada no Direito e, principalmente, em sintonia com o texto constitucional – trata-se do último tema a ser vislumbrado por esta pesquisa.

PARTE I:

A matriz valorativa do Estado Constitucional e o instituto do ônus da prova

1. O fenômeno da constitucionalização do processo civil brasileiro em 1988

No transcorrer do século XX, a Humanidade presenciou as devastações provocadas pelas duas Grandes Guerras Mundiais, assim como a organização política centralizada em regimes totalitários, totalmente desrespeitosos aos direitos humanos. Perplexos com a capacidade humana para a destruição, assim como necessitados de uma nova visão fraterna e solidária para protagonizar o cenário do apagar das luzes do sombrio século XX e do esperançoso limiar do século XXI, os juristas, as organizações mundiais e as sociedades como um todo concentraram-se para a construção dos novos valores que viriam a clarificar os novos tempos, evitando que aquele passado se repetisse¹.

É no referido contexto que ascende a chamada “Era das Constituições”². Denomina-se nova “Era” no sentido de que, anteriormente a esse período, as Constituições dos Países não detinham o significado que então lhes foi prestigiado³. Isto é: ocorreu um giro significativo na ordem política e jurídica dos Países, uma vez que a antiga supremacia conferida à Lei foi transferida à Constituição, elevando-a, magistralmente, à Lei fundamental dos Estados⁴.

Precisamente no território brasileiro, tal fenômeno da constitucionalização do Direito ocorreu de forma tardia, no ano de 1988, com a

¹CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-33.

² Segundo ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 344.

³CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

⁴CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

promulgação da Constituição Federal⁵. O Brasil encontrava-se, desde 1964, imerso em uma Ditadura Militar que só viera a findar em 1984, “com a campanha das ‘Diretas Já’ e com a eleição ‘indireta’ do primeiro presidente civil em mais de vinte anos de ditadura, o Sr. Tancredo Neves”⁶.

A movimentação histórica que ocorria em todo o mundo, e, ao que aqui interessa, principalmente no Brasil, tornou oportuna a edição de uma Constituição Federal não apenas democrática, mas aliada a direitos fundamentais de primeira, de segunda e, pois, de terceira dimensão⁷. Dessarte,

no Estado Democrático de Direito, os valores são: a convivência social; a sociedade livre, justa e solidária; a participação nas decisões; o pluralismo, entendido como pluralidade de idéias, culturas e etnias; e a dignidade do ser humano⁸.

Na medida em que a Constituição Federal e, sobremaneira, os direitos fundamentais tornaram-se a supremacia do Direito nacional, todas as demais leis (infraconstitucionais) houveram de ser (re)interpretadas com base em seus valores, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, e, mais do que isso, de não serem consideradas Direito⁹. “Trata-se de uma evidente homenagem à unidade do ordenamento jurídico, que no Estado Constitucional revela-se na unidade da Constituição”¹⁰.

⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 77.

⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 77.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 03.

⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 91.

⁹ De acordo com ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 91.

¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 242.

No que tange especificamente ao ramo do Direito Processual Civil, o fenômeno da constitucionalização pôs em xeque estruturas velhas e inadequadas que, ainda após a promulgação da Constituição de 1988, lhe davam sustentação e desequilíbrio¹¹. Tal fenômeno, aliás, ocorre(u) em duas vertentes de plena sintonia: a constitucionalização do processo e a processualização da Constituição¹².

Na doutrina, a denominação supra proposta encontra subdivisão, de ordem didática, em direito constitucional processual (dedicado aos princípios constitucionais processuais) e direito processual constitucional (dedicado à matéria propriamente processual)¹³.

O basilar artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, referente ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, extraiu o processo civil da racionalidade meramente teórica a qual estava inserido, fenômeno esse que remonta à Idade Moderna¹⁴. Assim,

o princípio da efetividade (relativo à interpretação constitucional), por sua vez, sintetiza a ideia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Ou melhor, em caso de dúvida deve prevalecer a tese que dê maior efetividade possível ao direito fundamental¹⁵.

Com base no significado do novo contexto de Estado Constitucional, é inequívoca a relevância do instrumento do processo para a efetivação dos

¹¹ Segundo OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 09: "Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social".

¹² MITIDIÉRO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 39-40.

¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 243.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.169.

direitos, uma vez que é por meio dele que há a realização da justiça dos direitos materiais e, principalmente, dos direitos fundamentais absorvidos pela Constituição Federal de 1988¹⁶. Não é sem razão que o Poder Constituinte introduziu, no título destinado aos direitos fundamentais, incisos referentes aos princípios constitucionais processuais a serem preservados pelo sistema jurídico¹⁷.

O fenômeno da constitucionalização apenas incidiu no tecido do direito processual civil com a reforma do Código de Processo Civil de 1973, promovida no ano de 1994¹⁸. Antes disso, observa-se ter sido ignorada a conjuntura constitucional frente a esse ramo do Direito.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o Código de Processo Civil continuou afastado da sociedade que deveria ser a ele correspondente e, mais do que isso, atuante. Isso ocorreu por se tratar de um Código imerso em valores de vertenteliberal: sua racionalidade teórica e seu método científico proporcionaram a experiência de, durante alguns anos, o Código de Processo Civil de 1973 continuar a atuar fora de seu tempo, em uma sociedade que demandava tutelas diferenciadas para a realização da justiça dos casos concretos¹⁹.

Nesse sentido, a fase do *processualismo*, que se iniciou no Brasil através do Código Buzaid, remetia à dimensão do processo civil como uma ciência independente dos direitos materiais, compreendida como “uma relação

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 02.

¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 03-04: “principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. (...) os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional”.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38.

processual abstrata, um vínculo jurídico que lega os sujeitos processuais”²⁰. A referida ciência, portanto, não é moldada conforme as necessidades do direito, mas, sim, construída abstratamente à luz de institutos jurídicos construídos em torno de si mesmos, como se fossem meios e fins²¹.

Tal circunstância, todavia, provocou pressão dos juristas e da sociedade, de modo que, ainda que fechado em relação ao sistema constitucional em que estava emergido, o ramo do direito processual civil passou a abrir frestas para a constitucionalização de seu conteúdo²². Foi então que, no ano de 1994, reformas substancialmente necessárias foram realizadas no Código de Processo Civil, dotando-o de nova percepção, mais receptivo à realidade social que o assolava²³.

Ao passo que as reformas processuais que ocorreram a partir do ano de 1994 aproximaram o direito processual da realidade social e o tornaram atento à realização da justiça no caso concreto e à concretização de valores²⁴, fez ascender, em substituição ao processualismo ou conceitualismo, uma nova fase da história processual: o modelo do formalismo-valorativo²⁵. Nesse sentido,

já totalmente imbuído o processualista dos valores constitucionais vigentes, passa-se a advogar a instrumentalidade do processo a fim de que se realize a justiça do caso concreto, tendo em conta mesmo que um dos

²⁰MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69.

²¹MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69.

²²ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p.30.

²³ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005, p. 33.

²⁴MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

²⁵MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19-20.

objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, CF).²⁶

Assim, o endereço processual que remete o jurista ao Estado Constitucional é o do formalismo-valorativo, que traduz a experiência processual como fenômeno cultural, que deve ser preenchido com o tempero da racionalidade prática – por isso, completamente situado e atento às necessidades e realidade do seu *próprio tempo*²⁷. O processo, nessa medida, passa a ser o instrumento hábil e democrático, por isso participativo, para a realização dos direitos materiais e, principalmente, traz ao plano dos operadores do processo a busca pelo justo²⁸.

Para que isso seja possível, os direitos fundamentais previstos pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988 servirão como formas de interpretação e de construção da própria norma jurídica pelo aplicador do Direito, uma vez que o sistema constitucional aberto apenas poderá construir um processo justo quando esse for analisado à luz do próprio caso concreto. Segundo a melhor doutrina,

No concernente aos direitos fundamentais e aos princípios, a concretização realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado diante dos fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito.²⁹

²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 11-12.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 09.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 07.

É, nesse sentido, a importância de se analisar, para construção da presente pesquisa, os direitos fundamentais processuais que influenciam na compreensão contemporânea do instituto da distribuição do ônus da prova. Isso se dá na medida em que o ônus da prova, no processo, só será válido na medida em que colaborar com a construção do processo justo – se sua aplicação tornar inviável tal finalidade, o juiz, à luz do caso concreto, deverá tomar medidas para evitar sua aplicação, sob pena de ofender ampla gama de direitos fundamentais processuais previstos pela Constituição Federal de 1988³⁰.

A partir do advento do Estado Constitucional e do formalismo-valorativo, e especialmente em face do significado da participação no processo contemporâneo, revela-se equivocada qualquer aceção que se destine a minimizar o papel desempenhado pelos ônus probatórios enquanto regra de participação das partes no aporte do material probatório.³¹

2. A irradiação dos direitos fundamentais processuais sobre o processo civil

2.1. O direito fundamental ao processo justo

Consolidado no teor do artigo 5º, inciso LIV, do atual texto constitucional, o direito fundamental ao processo justo assim foi delineado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”³². Verifica-se, nesse sentido, que não se trata de um direito fundamental exclusivo ao processo civil, mas, sim, também pertencente às demais searas do Direito,

³⁰CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

³¹CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar.2015.

ante a nobreza de seu conteúdo - fundamental ao próprio cenário de um Estado Democrático de Direito³³.

Chamado de “devido processo legal” não apenas pela Constituição, mas também pela maior parte da doutrina, esse direito fundamental é qualificado como sendo um “supraprincípio”, assim como gênero do qual todos os demais princípios constitucionais processuais são espécies³⁴. Ainda que o Poder Constituinte de 1988 não tivesse inserido expressamente o devido processo legal no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição, sua existência implícita, mesmo assim, seria confirmada, uma vez que a sistematização da Constituição e do processo preenchem seu conteúdo e conformam a sua essência.

Nesse sentido, aliás, é a compreensão da doutrina, a qual, mesmo anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, já compreendia acerca da existência do princípio do devido processo legal, não apenas em razão da existência de sua sistematização implícita, formada pelos demais princípios, como, também, por sua consolidação nos artigos 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³⁵.

A origem do devido processo legal remonta à preocupação do Estado em garantir aos seus cidadãos um processo ordenado, previamente estabelecido em lei³⁶. Não se deve confundir, todavia, esse significado de devido processo legal com o princípio da legalidade³⁷.

Na medida em que a realidade social foi sendo alterada, o devido processo legal passou a abarcar uma nova conotação:

o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individuais e

³³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 701.

³⁴NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

³⁵PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 146.

³⁶PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 147.

³⁷PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 145.

particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.³⁸

Atualmente, ainda que escolha diversa tenha sido realizada pelo texto constitucional, compreende-se que a expressão de “devido processo legal” merece ser substituída por direito fundamental ao *processo justo*, na medida em que contextualizada ao atual Estado Constitucional. Isso ocorre, em uma das vias, porque a expressão do devido processo legal remete ao contexto do Estado de Direito, em que o processo era utilizado como uma forma de combater o arbítrio estatal, visão, essa, que não mais ganha respaldo na democracia de hoje.³⁹

O direito fundamental ao processo justo nada mais é do que um modelo mínimo de processo, dotado de um “núcleo forte ineliminável”, que visa, como parâmetro, a consolidação de decisões justas⁴⁰. Assim,

A fórmula mínima do processo justo está em estruturar-se o formalismo processual de modo a nele terem lugar os direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5, inc. XXXV, CF), ao juiz natural (art. 5, incisos XXXVII e LIII, CF), à representação técnica (art. 133, CF), à paridade de armas (art. 5, inciso I, CF), ao contraditório (art. 5, inciso LV, CF), à ampla defesa (art. 5, inciso LV, CF), à prova (art. 5, inciso LVI, a contrario sensu, CF), à publicidade (arts. 5, inciso LX, e 93, inciso IX, CF), à motivação da sentença (art. 93, inciso IX, CF), à assistência jurídica integral (arts. 5, inciso LXXIV, e 134, CF) e à duração razoável do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CF).⁴¹

Dessarte, o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CF), no contexto do Estado Constitucional, é a base que deve ser observada

³⁸PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 147.

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 700.

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 703.

⁴¹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil**. 2 ed. São Paulo Atlas, 2012, p. 28.

para conferir legitimidade ao processo e unidade dele frente à Constituição Federal⁴². Também, se trata do direito a ser observado à luz dos casos concretos, para a aplicação ou até mesmo correção da lei infraconstitucional – só nessa medida será possível a constitucionalização dos institutos processuais civis⁴³.

2.2. O direito fundamental à colaboração no processo

A colaboração no processo revela-se como um princípio jurídico no sistema atual, uma vez que se trata de um modelo ideal a ser atingido pelo processo, visando o alcance de um “estado de coisas”⁴⁴. Na dimensão do Estado Constitucional, a colaboração produz um verdadeiro ambiente de “comunidade de trabalho” no processo, que se perfectibiliza entre o juiz e as partes⁴⁵.

Não se deve confundir, todavia, o verdadeiro significado da colaboração: não se trata de colaboração das partes entre si – não há dúvida que essas se encontram em pólos diversos da relação jurídica, cada qual com o seu respectivo interesse⁴⁶. A colaboração promove uma comunidade de trabalho do juiz para com as partes, de modo a propiciar um ambiente de diálogo e de efetiva participação⁴⁷.

A organização dessa relação pode se dar de três formas, conforme demonstra a história: através de um modelo paritário, de um lado, ou através de um modelo hierárquico, de outro, figurando o modelo colaborativo em um

⁴²SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 706.

⁴³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 701-702.

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 710.

⁴⁵MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 710.

⁴⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2009, p. 50-51.

extremo que só poderia pertencer ao contexto de um Estado Democrático⁴⁸. Nas sociedades que adotaram o modelo paritário como organizador social, verifica-se que se trata de um ambiente em que não há setores distintos de hierarquia entre a sociedade, a política e os indivíduos⁴⁹.

Nessa medida, o juiz ocupa o mesmo nível hierárquico das partes, sem exercer supremacia em relação a elas na condução de suas lides. Como conseqüência,

a atividade do juiz, com efeito, aparecia limitada à ampla disponibilidade que as partes tinham sobre a *res in iudicium deducta* e sobre a escolha do rito do processo, não lhe sendo consentida qualquer iniciativa na formação da prova, devendo julgar segundo alegado e provado pelo feito⁵⁰.

Por outra via, as sociedades que adotaram o modelo hierárquico como organizador social foram caracterizadas por uma marcante distância e hierarquia entre as esferas da sociedade, da política e dos indivíduos – “estabelecendo-se uma relação vertical do poder entre esse e aquele”⁵¹. Como conseqüência, o papel do juiz era desempenhado em nível hierarquicamente superior às partes⁵².

Intensificam-se os poderes do juiz, com conseguinte enfraquecimento do formalismo, elemento natural de contenção do arbítrio no processo. Permite-se ao juiz investigar as alegações sobre os fatos da causa, possibilitando-lhe ainda o poder de interrogar as partes. Defere-se-lhe o poder de apreciar as provas, de um modo geral, livremente⁵³.

⁴⁸MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁴⁹MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

⁵⁰MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

⁵¹MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

⁵²MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

⁵³MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

O modelo cooperativo de organização social não encontra na jurisdição o pólo metodológico do processo, mas, sim, no próprio processo, de modo a considerar o juiz como um dos sujeitos da relação processual⁵⁴, o qual deve conceder às partes – em uma participação efetiva – esclarecimentos, diálogos, prevenção e auxílio⁵⁵. Atento na marcha da condução processual, o juiz deverá colaborar para com as partes e verdadeiramente dialogar com elas, para que, no exercício do contraditório, elas possam influenciar no rumo do processo⁵⁶.

Nessa medida, o juiz não se vincula apenas a um modo de atuar, sendo paritário ou, noutro extremo, hierárquico, mas passa a exercer – como há de ser na democracia – um duplo papel: torna-se paritário na condução do processo, dialogando com os litigantes, e exerce um papel assimétrico ao prolatar as suas decisões⁵⁷ – exercendo, então, seu ato de poder jurisdicional.

2.3. O direito fundamental à igualdade

Em razão de sua importância para a ordem jurídica brasileira, a igualdade trata-se de um princípio informador de todos os ramos do Direito⁵⁸. Assim, já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Poder Constituinte pronunciou ser a igualdade um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e, por isso, do novo Estado Democrático que estava sendo instaurado no Brasil⁵⁹.

No artigo 3º, incisos III e IV, também do texto constitucional, foram lançados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 708.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 711.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 710.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 723.

⁵⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 37.

erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e de quaisquer outras formas de discriminação – mais uma vez tratando sobre a igualdade⁶⁰.

Precisamente no teor do *caput* do artigo 5º, da Constituição, o qual diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, consta previsto: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à *igualdade*, à segurança e à propriedade”⁶¹. É inegável, portanto, ainda que tautológico, a fundamentalidade do direito fundamental à igualdade no Estado Democrático de Direito.

Frente aos privilégios de poucos no *Ancien Régime*, o Estado Liberal promoveu a consagração da igualdade como sendo um dos valores superiores daquele período. O que pareceu ser um grande avanço, no entanto, mostrou uma face obscura: ainda que todos fossem iguais perante a lei, com o término dos privilégios a uns e outros, negou-se o fato de que, na vida real, as pessoas não são iguais e nem sempre se encontram em situações semelhantes. Prestigiava-se, àquele tempo, o caráter formal da igualdade⁶².

Assim, no Estado Social, a igualdade adotou uma nova faceta: o seu caráter material⁶³. A justiça distributiva, antigamente elucidada por Aristóteles, foi adotada pelas ordens jurídicas das civilizações modernas: os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais devem ser tratados de forma desigual na medida de suas desigualdades.

Assim, prestigia-se, na atualidade, que todos são iguais perante a lei, porém – na constatação de que há desigualdade em alguns casos – a lei ou o aplicador do direito deverá utilizar elementos para equilibrar a relação jurídica

⁶⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar.2015.

⁶¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar.2015.

⁶²PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36.

⁶³PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**.8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

que nasceu desigual. Trata-se, em síntese, de prestigiar as duas faces da igualdade – formal e material⁶⁴.

Não há, na Constituição Federal, um artigo específico em relação à igualdade no processo, uma vez que tal princípio há de ser consagrado em todo o sistema jurídico, conforme anteriormente vislumbrado. No entanto, verifica-se no conteúdo do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que o legislador infraconstitucional previu que compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

A igualdade resulta, no direito processual civil, na consagração do princípio da paridade de armas, o qual está contido no preceito *audiatur et altera pars*. O referido princípio “determina ao juiz que dirija o processo conforme as disposições do Código, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento (inc.I)”⁶⁵.

Nesse sentido, a paridade de armas resulta como a igualdade de armas que as partes têm no processo para influenciar o ato decisório do juiz. Uma vez não existindo, não há de se evidenciar um efetivo contraditório e, pois, não há justiça no processo e na decisão.

2.4. Os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa

Os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa são consagrados no teor do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, a qual prevê: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O direito fundamental à ampla defesa, nesse sentido, é tradicionalmente reconhecido pelo direito constitucional, enquanto o

⁶⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 724.

⁶⁵PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 41.

direito fundamental ao contraditório recebeu tratamento específico apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁶⁶.

A ampla defesa, todavia, anteriormente à Constituição de 1988, tratava-se de direito circunscrito à seara processual penal, passando, hoje, com o marco da Constituição, a ser estendido a todo e qualquer processo⁶⁷. E o contraditório, ainda que na hipótese de não possuir artigo específico na Constituição com a sua previsão, mesmo assim a sua existência estaria caracterizada no atual cenário do Estado Democrático de Direito, pois seu conteúdo é inerente ao próprio significado de processo no Estado Constitucional – “está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato do poder”⁶⁸.

Nesse sentido, atualmente prevalece o entendimento no sentido de que o contraditório é direito fundamental, garantia constitucional dos litigantes, assim como, para o juiz, trata-se de um verdadeiro dever de garantir aos sujeitos do processo o seu efetivo exercício⁶⁹. Assim,

A garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo –, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.⁷⁰

Para a doutrina clássica, própria do Estado Liberal, o direito ao contraditório era estático, nominal e formal, o qual se perfazia como “a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do

⁶⁶PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 161.

⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 735.

⁶⁸PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 160.

⁶⁹NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

⁷⁰NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

processo às partes”⁷¹ e “intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas”⁷². Em síntese, “neste contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação”⁷³.

Para a doutrina contemporânea, no entanto, própria do Estado Democrático de Direito, o direito fundamental ao contraditório ganhou relevância: é por meio de seu exercício que se vislumbra a participação inerente à democracia – aqui, ao que importa, na seara processual⁷⁴. O contraditório, nesse sentido, tem o seu marco inicial antes mesmo da citação e o seu marco final mesmo após a prolação da sentença⁷⁵. Mais do que o exercício do binômio “conhecimento-reação”, atualmente o direito fundamental ao contraditório alcança a sua finalidade quando os sujeitos processuais efetivamente influenciam nos rumos do processo⁷⁶.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.⁷⁷

A ampla defesa é o direito fundamental à vasta produção dos meios de prova, consubstanciando o dever de a parte demandante pormenorizar as alegações que fundam o seu direito⁷⁸ e permitir que, amplamente, o demandado possa resistir e promover a sua efetiva defesa⁷⁹. Nesse sentido, às

⁷¹NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206-207.

⁷²PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 161.

⁷³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 731.

⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 731.

⁷⁵PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 163.

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 731. E, DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2009, p. 57.

⁷⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2009, p. 57.

⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 735.

⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 735.

partes não se limita o pronunciamento de suas alegações, pois é imprescindível à plena configuração do contraditório que elas tenham o direito de provar as suas alegações, de forma ampla e democrática⁸⁰.

A defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer País, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.⁸¹

2.5. O direito fundamental à prova

O direito fundamental à prova encontra-se previsto no teor do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, conforme segue: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, na medida em que o Constituinte veda, no ordenamento jurídico pátrio, a obtenção de provas ilícitas, admite a obtenção de provas lícitas⁸².

O direito à prova, ademais, encontra-se também consubstanciado pelo inciso LV, do referido artigo, o qual diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que assegura aos litigantes os meios inerentes a essa⁸³. Assim, o Direito brasileiro admite, em tese, todas as provas lícitas, sejam elas típicas ou atípicas⁸⁴.

A doutrina traz a ideia de que a admissibilidade das provas lícitas passa pelo seguinte filtro: devem versar, concomitantemente, sobre alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes⁸⁵. Nesse sentido, a prova será admissível quando tocar aspecto controverso da demanda, de modo a

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 244.

⁸¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 125.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 740.

⁸³ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *In: Revista de Processo*. Ano 38, volume 224, out. 2013, p. 44.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 741.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 741.

corroborar com alguma das versões constantes nos autos e convencer o julgador acerca dela, extraindo-o da dúvida que paira sobre as teses dos litigantes.

A prova será admissível, também, quando for pertinente ao processo, no sentido de que deve dizer respeito ao mérito da causa, sem tangenciar a razão de ser do conflito entre os litigantes. E, por fim, para ser admissível, a prova deverá ser relevante – ela deve ter o condão de alterar o resultado do julgamento⁸⁶.

É, nesse sentido, o conteúdo do artigo 130, do Código de Processo Civil brasileiro:

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias⁸⁷.

Em síntese, o direito fundamental à prova, no direito brasileiro, consubstancia-se da seguinte forma:

Integram o núcleo essencial do direito à prova: (a) a admissão de quaisquer provas lícitas, desde que relevantes (ou pertinentes e relevantes, como prefere a doutrina brasileira), e desde que não redundantes; (b) que o exame da admissão da prova seja feito antes da valoração, não podendo ser indeferida prova por ‘prévio convencimento’ subjetivo do juiz. Admitidas provas fora das hipóteses do item ‘a’, haverá indevida dilação do feito, caso em que haverá violação ao direito fundamental à duração razoável do outro litigante. O indeferimento de provas previstas no item ‘a’, por outro lado, ou o indeferimento motivado como no caso do item ‘b’, ferem o núcleo essencial do direito fundamental à prova.⁸⁸

⁸⁶RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, n. 224, out. 2013, p. 48.

⁸⁷BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 24 de abr. 2015.

⁸⁸RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, n. 224, out. 2013, p. 48.

3. O instituto do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro de 1973

O ônus da prova é a incumbência conferida, de modo *ope legis* ou *opejudicis*, aos litigantes, para provarem os fatos alegados por eles em suas demandas judiciais⁸⁹. Essa distribuição pode ser conferida de diferentes formas em cada ordenamento jurídico, verificando-se, todavia, nas legislações ocidentais oitocentistas, e, especialmente, no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, influência do Código Italiano de 1945, o qual, por sua vez, encontrou sua fonte na doutrina de Leo Rosenberg⁹⁰.

Rosenberg, nesse sentido, construiu a chamada “teoria das normas” (*Normentheorie*), segundo a qual “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito”⁹¹. De acordo com o jurista, é o suporte fático da lei do direito material invocado que determina as provas que devem ser feitas para confirmar as alegações dos litigantes⁹².

Precisamente no Código de Processo Civil de 1973 pátrio, o legislador infraconstitucional assim estabeleceu: “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”⁹³. Verifica-se, portanto, a influência da teoria das normas no Direito brasileiro, uma vez que foi recepcionado, na legislação processual nacional, o instituto do ônus da prova estático⁹⁴.

O autor tem o ônus de provar as alegações fáticas que pressupõem a aplicação das normas nas quais se funda sua pretensão. O réu, em contrapartida, em admitindo os fatos

⁸⁹ CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 31.

⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatodiabólica. 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, 2006, p. 943-944.

⁹¹ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

⁹² CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

⁹³ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

⁹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7 ed. Bahia, Juspodivm, 2012, p. 83.

constitutivos do direito do autor, isto é, exercendo defesa indireta de mérito, tem o ônus de provar os fatos que determinam a aplicação de norma que impedirá, modificará ou extinguirá o direito do autor.⁹⁵

Trata-se de um *onus probandi* estático no sentido de que é estabelecido de modo *ope legis*, prévio e abstratamente, indiferente às peculiaridades dos casos concretos⁹⁶. Assim, “(...) revela-se alheio à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei”⁹⁷.

Cumprir referir que o ônus da prova não pode ser considerado um dever, uma vez que não se trata de um vínculo obrigacional estabelecido com outra parte, nem a sua não-observância remete a uma consequência jurídica negativa ao seu destinatário⁹⁸. Ônus é encargo, por isso faculdade conferida ao litigante para que prove fato por si próprio alegado, de modo a conferir elemento essencial à promoção de seu direito e, assim, favorecimento de seu interesse.

O não cumprimento de encargo a si incumbido pela lei resultará em risco de que seu pleito resulte em decisão judicial desfavorável aos seus próprios interesses. Porém, nessa linha, insiste-se em ressaltar que se trata de mero risco, que poderá não se concretizar. Assim como o seu contrário, que é o cumprimento do ônus, também não assegura, por si, a obtenção de tutela jurisdicional favorável⁹⁹.

O ônus da prova pode ser abordado em duas vertentes: como sendo regra de instrução e como sendo regra de julgamento¹⁰⁰. Como regra de instrução, o ônus da prova indica a qual litigante cabe a prova de fato no

⁹⁵CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

⁹⁶OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 16.

⁹⁷CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

⁹⁸ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. *In: Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207.

⁹⁹OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 16.

¹⁰⁰DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7 ed. Bahia, Juspodivm, 2012, p. 77.

processo¹⁰¹. “Evidentemente, em sendo isto verdade, a regra incide na fase inicial do processo, já que as partes devem saber, de antemão, quais provas devem trazer ao processo para que sua tese seja acolhida pelo magistrado”¹⁰².

Na medida em que a produção probatória for sendo realizada na instrução do processo, tais provas não merecem uma análise subjetiva, no sentido de saber por quem elas foram conferidas, uma vez que elas se tornam objetos do próprio processo¹⁰³. Se, no entanto, alguma das partes não cumprir com o ônus que lhe competia, poderá sofrer o risco de não obter resultado favorável na demanda.

Ao juiz é vedado o *non liquet*, devendo ele “dizer o direito” às partes sem poder escusar-se de tal atividade¹⁰⁴. Assim, o ônus da prova, na medida em que comprometido por uma das partes, poderá servir como regra de julgamento ao juiz.

Em outras palavras, ele se utiliza do ônus quando o material probatório apresentado não for suficiente para formar, no seu espírito, uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos relevantes.¹⁰⁵

Segundo a doutrina, a carga estática da prova continua a ser a melhor técnica processual a realizar a distribuição do ônus da prova, no cenário do sistema jurídico brasileiro. “Afim de contas, de um modo geral, quem se lança em juízo, pretendendo a tutela jurisdicional de determinado direito, deve se encarregar de demonstrar a existência dos pressupostos necessários para a verificação da existência do direito alegado”¹⁰⁶.

¹⁰¹ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 04.

¹⁰²ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 04.

¹⁰³CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 31. Conforme CAMBI, Eduardo. Curso de direito probatório. Curitiba: Juruá, 2014, p.78, “uma vez trazida a prova ao feito, ela se desgarrar daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo”.

¹⁰⁴CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 163.

¹⁰⁵ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 204.

¹⁰⁶CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49.

Todavia, há de se admitir que o Código de Processo Civil de 1973, tal como noutra momento enunciado, foi construído com base em valores de matriz Liberal, próprio para uma sociedade que apenas valoriza a igualdade em sua face formal¹⁰⁷. Na consagração do ônus da prova estático como única forma de distribuição tal premissa pode ser evidenciada¹⁰⁸.

A convicção de não poder alcançar a verdade absoluta encorajou uma estruturação do processo que encontrou plena resposta na concepção liberal e individualista. Nessa perspectiva, o processo alcança o seu escopo, quando realiza a paz jurídica entre as partes, distanciando-se de buscar a verdade e a justiça. O juiz tende, assim, a meter-se num canto, como árbitro de um combate que tem como protagonista das partes, confiando, exclusivamente, na iniciativa dos litigantes para a pesquisa do material probatório.¹⁰⁹

O parágrafo único do referido artigo 333 abre uma brecha para tal estaticidade: admite que, tão somente em convenções, o ônus da prova possa ser distribuído de modo diverso, nas hipóteses em que recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito¹¹⁰.

Ora, se apenas em tais casos é proibida a convenção que distribua de forma diversa o ônus da prova entre as partes, em todas as demais situações esta convenção é admitida. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer

¹⁰⁷ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatodiabólica. 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, 2006, p. 944.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 14.

¹⁰⁹ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206.

¹¹⁰ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatodiabólica. 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, 2006, p. 944.

negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei).¹¹¹

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a enunciação de novos direitos e, mais do que isso, com o reconhecimento de novos sujeitos de Direito, o Código Civil, comum à toda sociedade, deixou de ser o centro do sistema jurídico e passou a conviver com outros microssistemas normativos, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange ao instituto do ônus da prova, então, apenas consagrado em sua forma estática pelo CPC, demonstrou que – ainda que continuando a ser aplicado como regra -, haveria de ser contornado pelos juristas àqueles casos em que há a evidência de um desequilíbrio na relação entre os litigantes, sob pena de cometerem flagrantes injustiças na marcha processual¹¹². É, nesse sentido, a importância de estudar o avanço inicial do instituto do ônus da prova perante a nova sociedade que se anunciava.

4. Um passo adiante: a edificação *ope legis* de uma “inversão” do ônus da prova à luz da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)

Foi necessária a construção de um Código destinado à defesa dos consumidores na ordem jurídica brasileira em razão de suas peculiaridades em face do Código Civil comum¹¹³. Para que se tornasse possível a proteção do consumidor, os juristas criaram um verdadeiro microssistema dotado de regras e de princípios aptos a alcançar tal proteção.

A essência que imprimiu essa necessidade encontra-se na principal característica desse novo sujeito de direito, que é a sua vulnerabilidade frente aos fornecedores de produtos e de serviços no mercado de consumo atual.

¹¹¹ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 10.

¹¹²Peyrano, Jorge W. Informe sobre ladoctrina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 208.

¹¹³ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

Conforme ensina a doutrina consumerista, a vulnerabilidade do consumidor não ocorre apenas em caráter fático, econômico, mas também informacional, jurídico, técnico entre outros tantos.

É com base nessa premissa que o legislador do Código de Defesa do Consumidor considerou a importância de adaptar a distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil à realidade desse novo microsistema. Isso porque a vulnerabilidade do consumidor no plano do direito material poderá se transformar em hipossuficiência dele na seara processual, situação essa que não pode ser ignorada pelo aplicador do Direito, sob pena de, em assim sendo, ofender, além de outros, o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988¹¹⁴.

Se em face das demandas consumeristas pudesse ser aplicada apenas a distribuição do ônus da prova estático previsto pelo artigo 333, do Código de Processo Civil, o qual incumbe ao autor provar fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ignorar-se-ia a realidade que flagra no sentido de que, em muitos casos, é o fornecedor quem tem melhores condições de provar o fato constitutivo do direito do consumidor – seja por razões técnicas ou de domínio do conteúdo probatório.

Até mais grave, por vezes o único que poderá fazê-lo é o próprio fornecedor, fazendo com que, na prática, o *onus probandi* estático obstrua qualquer chance de o consumidor exercer o seu efetivo acesso à justiça¹¹⁵. Com sorte, o legislador – prevendo tais situações – inseriu, no inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, um inciso facilitador de defesa do consumidor como sendo seu direito básico, que é a cláusula geral da inversão do ônus da prova *opejudicis*.

Assim:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

¹¹⁴ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatodiabólica. 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, 2006, p. 943.

¹¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 02.

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;

Logo, de acordo com o referido inciso, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor significa que, à luz do caso concreto, o juiz poderá – com base nos critérios fixados pelo legislador – inverter o ônus da prova para que o encargo probatório inicialmente incumbido pelo artigo 333, do CPC, ao consumidor, seja transferido, pelo juiz, ao fornecedor, com o objetivo de reequilibrar a relação processual entre ambos¹¹⁶. Não há a possibilidade de essa inversão ocorrer em favor do fornecedor, até porque, por óbvio, o Código de Defesa do Consumidor se trata de legislação pertinente à defesa do *consumidor*¹¹⁷.

Inverter o ônus da prova significa liberar o encargo probatório da parte autora em menoscabo da parte ré. Ao réu, nesses casos, é atribuído o ônus extraordinário de comprovar a não-ocorrência dos fatos constitutivos do autor e, cumulativamente, o ônus ordinário de comprovar a ocorrência de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor.¹¹⁸

A previsão do referido inciso é denominada de inversão *opejudicis* porque se trata de uma cláusula geral ao juiz, que só poderá ser aplicada à luz da análise concreta do fato que a ele for submetido¹¹⁹. Não se trata de uma regra estática previa e abstratamente considerada, como ocorre com o artigo 333, do CPC. Nos casos em que o juiz deparar-se, na instrução processual, com a verossimilhança da alegação do consumidor ou com a

¹¹⁶ DIDIÉ JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Cursode direito processual civil**. 7 ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 83-84.

¹¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 17.

¹¹⁸ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 209.

¹¹⁹ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210.

hipossuficiência dele em face do fornecedor, poderá aplicar a inversão do *onus probandi*¹²⁰.

Assim, “por hipossuficiência deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção, por parte do fabricante ou do fornecedor”¹²¹. Quanto à outra hipótese,

Haverá, assim, uma alegação “verossímil” pelo consumidor – nos moldes exigidos pelo CDC, sempre que este fizer uma afirmação que, segundo as regras da experiência comum ou científica, possa ela ser plausível ao magistrado.¹²²

Não há de se cumular essas duas hipóteses, posto que essa é compreensão pacificada na doutrina e na jurisprudência, assim como decorre da própria interpretação gramatical do dispositivo, pois foi claro o legislador em exigir como critérios da inversão a verossimilhança *ou* a hipossuficiência do consumidor¹²³.

Verifica-se que o legislador também previu hipóteses de inversão do ônus da prova *ope legis* no Código de Defesa do Consumidor, tal como ocorre no teor de seu artigo 38: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”¹²⁴. Não obstante essa previsão seja pela doutrina considerada uma inversão *ope legis* do ônus da prova¹²⁵, compreende-se, neste trabalho, que não há necessidade de um aprofundamento maior em face dessa previsão, uma vez

¹²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7 ed. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 84.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, n. 862, ago. 2007, p. 19-20.

¹²² ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 18.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, n. 862, ago. 2007, p. 18.

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

¹²⁵ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. *In: Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210.

que, a bem da verdade, não se trata de uma inversão do ônus da prova tal como ocorre no inciso VIII, do artigo 6º.

Explica-se: compreende-se como mecanismo da “inversão” do ônus da prova a possibilidade de o juiz, à luz do caso concreto, de fato inverter a completude do encargo probatório incumbido ao consumidor para o fornecedor, como excepcionalidade da regra prevista no artigo 333 do CPC, que adota o ônus da prova estático¹²⁶. Na medida em que o legislador estipula que o ônus da prova pertinente à veracidade e à correção da informação ou da comunicação publicitária incumbe a quem as patrocina, esse trata, também, de um ônus da prova estático, da adoção mesma da *Normentheorie* de Leo Rosenberg – e não propriamente de uma inversão do ônus concebido pelo artigo 333 do CPC¹²⁷.

A denominada inversão do ônus da prova aplicável ao Código de Defesa do Consumidor surgiu para aplaudir e efetivar o direito fundamental à igualdade material no âmbito do processo¹²⁸. Esse passo evolutivo tratou-se de uma importante contribuição dos juristas à efetivação do direito e do processo justo, ainda que não tenha sido o último passo dessa evolução, a qual precisa ser melhorada sempre, pois a realidade é *dinâmica* e o Direito, regulador dela, também precisa ser.

PARTE II:

O alcance da simetria entre o ônus da prova e o Estado Constitucional

¹²⁶CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista de Processo**. Ano 96, volume 862, ago. 2007, p. 19.

¹²⁸ CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 169.

1. A influência da teoria argentina das cargas processuais dinâmicas no contexto doutrinário brasileiro

Há juristas que compreendem ser a inversão do ônus da prova técnica possível de ser utilizada apenas no âmbito do direito consumerista, em decorrência de sua inserção no texto legal do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A partir disso, poderia resultar na premissa equivocada de que a lei é ainda a única e maior fonte do Direito pátrio¹²⁹.

Na ordem jurídica argentina, Jorge W. Peyrano é o doutrinador responsável por consolidar e fazer prosperar a chamada *teoría de las cargas dinámicas* – ainda que essa tenha brotado de estudos que se direcionam a Jeremy Bentham. Após o esgotamento do Estado Liberal e seus valores de segurança e de previsibilidade exacerbadas, o ônus da prova estático passou a criar situações concretas não mais razoáveis em face dos novos valores. Em verdade,

A eclosão de resultados indesejáveis, quando da aplicação do caput do art. 333, do CPC, tem sido considerada pelos processualistas de longa data. Já o processo civil romano clássico intentou obviar a chamada *probatiodiabolica* por meio da ação publiciana.¹³⁰

Na modernidade, consoante Peyrano, a construção do ônus dinâmico da prova surgiu com a injusta realidade promovida, principalmente, nas demandas relativas aos erros médicos¹³¹. Segundo ele,

Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior de un

¹²⁹ Segundo CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 72, “o princípio da legalidade estrita não mais vigora entre nós, nem o juiz prossegue sendo mero locutor das palavras da lei. A legalidade que se respira hoje é a legalidade substancial, que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais”.

¹³⁰ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatiodiabolica. 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, 2006, p. 944.

¹³¹ OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 21.

quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito.¹³²

Com essa nova dimensão, foram delineadas premissas que se estenderam a outras situações jurídicas que não mais eram abarcadas no ônus estático da prova, resultando em decisões injustas. A *teoría de las cargas dinámicas* não serve para substituir por completo a teoria do *onus probandi* estático, mas, de outra forma, para complementá-la quando essa impeça o efetivo acesso à justiça dos cidadãos¹³³. Assim,

(...) 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 dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma probatiodiabólica, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.¹³⁴

O ônus estático da prova, consolidado pelo Código de Processo Civil de 1973, como regra, na medida em que estabeleceu prévia e abstratamente o ônus do autor de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, ignorou a realidade e a verdadeira dimensão econômica, técnica, fática ou de qualquer outra ordem, que, por vezes, dificultaria ou até mesmo impossibilitaria uma das partes de provarem os seus direitos – enquanto, de outro lado, a parte adversa teria melhor condições de realizá-lo¹³⁵.

¹³² PEYRANO, Jorge W. Informe sobre ladoctrina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 209.

¹³³ OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 22.

¹³⁴ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatiodiabólica. 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, 2006, p. 946.

¹³⁵ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre ladoctrina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 208.

Esse é o ponto de partida para a construção da teoria que embasa a inversão do ônus da prova, porém não deve ela ser confundida, propriamente, com as cargas dinâmicas da prova¹³⁶. Enquanto na inversão do ônus da prova o juiz pode inverter o ônus na presença de verossimilhança ou de hipossuficiência do consumidor, assim invertendo – estaticamente – as suas posições jurídicas¹³⁷, a ideia de dinamicização do ônus da prova flexibiliza ainda mais o seu conteúdo.

A dinamicização do ônus da prova, na medida em que visa promover a incumbência do ônus de provar à parte que melhor tem condições de fazê-lo à luz do caso concreto¹³⁸, não inverte a posição jurídica das partes, simplesmente, mas, sim, dinamiciza alguns dos tópicos alegados¹³⁹ conforme as partes têm facilidade de prová-los¹⁴⁰.

A doutrina passou a alertar que essas bases nem sempre resultavam suficientes e adequadas, apontando a necessidade de flexibilizar o ônus da prova, como forma de buscar a justiça no caso concreto, através da teoria das cargas probatórias dinâmicas ou ônus dinâmico da prova.¹⁴¹

Ainda que dotado de críticas e de corrente minoritária contra a sua aplicação no direito jurídico brasileiro, por motivos que se assemelham àqueles enfrentados pelo próprio direito de origem e de consolidação da teoria, qual seja, o argentino, é majoritário, e até mesmo pertencente à natural evolução

¹³⁶ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 214.

¹³⁷ Explica CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116: “O termo ‘inversão’ aspira a consagrar a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte à outra, nada ressaltando quanto às circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido”.

¹³⁸ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre ladoctrina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 209.

¹³⁹ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

¹⁴⁰ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 214.

¹⁴¹ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 214.

deste instituto jurídico no direito do Estado Democrático de Direito, que a sua inserção venha a acontecer¹⁴².

Segundo a *teoria de las cargas dinámicas*, a carga dinâmica do ônus da prova não se dá previa e abstratamente, como ocorre em relação ao ônus estático, mas, sim, é técnica que só encontra sua razão de ser posteriormente à análise do caso concreto, na medida em que vislumbrada a sua real necessidade de aplicação para permitir que a parte veja seu direito reconhecido¹⁴³. Assim,

La carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado, es aquella conforme a cuyos parámetros la carga de la prueba le incumbe – en principio – a quien pretende alterar el actual estado de las cosas.¹⁴⁴

Assim, demonstra ser relevante a carga dinâmica da prova nas demandas em que se verifica a existência de fatos cujas provas são complexas ou que revelam determinadas particularidades¹⁴⁵. Em síntese:

São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em probatiodiabolica, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte

¹⁴² Segundo KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatiodiabolica. 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, 2006, p. 945, "não resta dúvida de que a construção em análise pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo".

¹⁴³ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73-74.

¹⁴⁴ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre ladocina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 209.

¹⁴⁵ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75. Ainda, ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015, p. 01-02.

estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.¹⁴⁶

A dificuldade encontrada pelos juristas foi, por um lado, admitir a sua inserção no direito brasileiro sem que haja previsão legal para tanto, assim porque o Código de Processo Civil de 1973 só tem previsão do ônus estático, no teor do artigo 333, do referido Código. Ademais, admitiu o código somente e em caráter excepcional, no parágrafo único do referido artigo, o chamado ônus da prova convencional, como sendo um negócio jurídico processual, o qual deve se restringir às hipóteses previstas pelo legislador.

Com base em tal compreensão, os juristas contrários à tese à teoria das cargas dinâmicas sustentavam que o legislador infraconstitucional não permitia a sua utilização, posto que a única possibilidade de codificação do ônus estático haveria de ser essa mencionada, não mais vislumbrando outras opções¹⁴⁷. De outra forma, a corrente negativa à introdução da teoria das cargas dinâmicas sustentou que tal ônus promoveria poder indevido e perigoso aos magistrados, de maneira que a sua atuação aberta poderia desencadear em arbítrio nas decisões.

Tais críticas são consideradas aquelas mais utilizadas pelos juristas que tentaram rechaçar a consagração da dinamicidade do ônus no direito pátrio, e, ainda que essas posições existissem, não foram suficientes para impedir que a maior parte da doutrina e da jurisprudência nacional continuassem a estudar essa teoria alternativa à rígida distribuição estática do ônus da prova, para promover não apenas a sua aplicação no direito brasileiro, como, em passo mais largo, a consagração, em verdade, dos direitos fundamentais processuais que fundamentam o seu emprego¹⁴⁸.

Portanto, a partir dessa interpretação principiológica e com o intuito de promover a adequada proteção dos direitos

¹⁴⁶KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatodiabólica. 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, 2006, p. 950-951.

¹⁴⁷PEYRANO, Jorge W. Informe sobre ladoctrina de las cargas probatórias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 215.

¹⁴⁸CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

invocados em juízo, muitos tribunais brasileiros têm afastado as regras estáticas de distribuição do ônus probatório e aplicado a repartição dinâmica, atribuindo o encargo de provar à parte que possui melhores condições, conforme as particularidades do caso concreto.¹⁴⁹

Para tanto, compreendem a aplicação da teoria das cargas dinâmicas, entre outras, com base na seguinte argumentação:

A transferência do ônus probatório, portanto, vai ao ensejo da tutela do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo: se a produção da prova é muito difícil ao autor e, em contrapartida, encontra-se ao melhor alcance do réu, apenas com a dinamização dos ônus probatórios é que será possível a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Caso fosse mantida a distribuição estática prevista no art. 333 do CPC, resplandeceria a inconstitucionalidade do procedimento probatório, por manifesta violação ao art. 5, XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes no aporte da prova destinada à formação da convicção do órgão judicial.¹⁵⁰

2. O campo de aplicação *opejudicis* da dinamização do ônus da prova no Poder Judiciário brasileiro

O presente trabalho limitar-se-á à análise de julgados encontrados na pesquisa de jurisprudência do *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, demonstrando a aplicação, pelos magistrados, da teoria das cargas dinâmicas da prova. Trata-se, como será visto, de construção

¹⁴⁹OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014, p. 25.

¹⁵⁰CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

jurisprudencial, na medida em que, no atual Código de Processo Civil de 1973, tal previsão não se encontra exposta.

A Apelação Cível n.º 70055839856, julgada pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, sendo relator o Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, bem apresenta a aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas para a solução de casos concretos que não seriam adequadamente abarcadas pela carga estática prevista no artigo 333, do Código de Processo Civil vigente. Nesse sentido, já adverte a ementa:

1. Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das **cargas processuais dinâmicas**, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, in casu levantamento técnico, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo.¹⁵¹

No referido caso, a empresa de seguros, parte ré da demanda de origem, é incumbida de suportar o ônus de pagar antecipadamente a despesa com a produção da prova pericial necessária para a solução daquele deslinde. A teoria dinâmica, neste caso, surgiu para afastar tal incumbência da parte hipossuficiente e repassá-la à empresa, para não se tornar *prova diabolica* em face da demandante – de acordo com o artigo 333, do CPC, esse pagamento antecipado para a realização da perícia haveria de ser por ela desincumbido, e, no caso de gratuidade judiciária, do Estado; porém, ante a realidade, tal

¹⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. **Quinta Câmara Cível**. Apelação cível 70055839856. BRASIL. Apelante: Liberty Paulista Seguros S.A. Apelado: Valdeni da Rosa Nogueira. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055839856%26num_processo%3D70055839856%26codEmenta%3D5625504+cargas+processuais+din%C3%A2micas++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055839856&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=14/01/2014&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015.

pagamento pelo Estado representaria demasiada demora na prestação jurisdicional¹⁵².

Segundo o julgador, a empresa seguradora é parte privilegiada na demanda, uma vez que “a parte demandada conta com melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova, pois se trata de seguradora especializada neste tipo de seguro social”¹⁵³.

Desse modo, o magistrado deve zelar pelo tratamento isonômico das partes, consoante estabelece o art. 125 do Código de Processo Civil, o que só pode ser alcançado mediante a implementação do tratamento igualitário daquelas e da facilitação do acesso à Justiça, inculpidos nos princípios constitucionais dispostos no art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Carta Magna, cujo encargo probatório e a adequada atribuição deste é fundamental para atingir aquelas garantias e ser prestada a efetiva Justiça.

Consubstancia, nesse sentido, em sintonia com o presente estudo, a aplicação *opejudicis* da teoria dinâmica da prova para os casos que não têm guarida pelo teor do artigo 333, do CPC, pois sua aplicação decorreria em inúmeras ofensas a garantias e direitos fundamentais. Como se verifica, ainda

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. **Quinta Câmara Cível**. Apelação cível 70055839856. BRASIL. Apelante: Liberty Paulista Seguros S.A. Apelado: Valdeni da Rosa Nogueira. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055839856%26num_processo%3D70055839856%26codEmenta%3D5625504+cargas+processuais+din%C3%A2micas++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055839856&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=14/01/2014&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 08.

¹⁵³ RIO GRANDE DO SUL. **Quinta Câmara Cível**. Apelação cível 70055839856. BRASIL. Apelante: Liberty Paulista Seguros S.A. Apelado: Valdeni da Rosa Nogueira. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055839856%26num_processo%3D70055839856%26codEmenta%3D5625504+cargas+processuais+din%C3%A2micas++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055839856&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=14/01/2014&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 07.

que na ausência de legislação atinente a essa aplicação dinâmica do ônus, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais escoram a sua pertinente aplicação.

Outra Apelação Cível no sentido de aplicação das cargas dinâmicas da prova é a de n.º 70048648190, julgada pela Nona Câmara Cível, de relatoria da Des. Marilene Bonzanini, a qual diz respeito a erro médico¹⁵⁴. Segundo consta do acórdão, a demandante realizou cirurgia ocular com o médico oftalmologista demandado, em procedimento custeado pelo SUS, nas dependências do hospital também demandado, resultando em diversos danos graves à sua visão.

A decisão prolatada pelo juiz de primeira instância foi a de parcial procedência do pedido indenizatório da demandante, condenando apenas o hospital, com fulcro na responsabilidade civil objetiva (art. 14, CDC), ao pagamento de indenização à autora. Em apelação ao TJRS, pelo hospital condenado, explicitou o acórdão: a responsabilidade do hospital, no que toca “aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio por exemplo)”¹⁵⁵ não é objetiva, mas, sim, subjetiva (culpa).

¹⁵⁴RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%20C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015.

¹⁵⁵RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%20C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p.07.

Assim, para que haja o dever de indenizar, necessário que seja averiguado se o médico oftalmologista que realizou a referida cirurgia agiu ou não com culpa. Tal conclusão, de acordo com a Des. relatora do acórdão, não afasta o pagamento da indenização, uma vez que o hospital

não se houve com diligência no registro dos atendimentos médicos prestados, o que faz com que assuma o encargo da negligência, inviabilizado que restou a demonstração das condições prévias da paciente, e os próprios registros do ato cirúrgico.¹⁵⁶

Ademais, “a perícia, de fato, pouco pode elucidar acerca da possibilidade da existência de erro médico, porquanto não foram trazidos aos autos o prontuário médico e as fichas clínicas pertinentes à paciente”¹⁵⁷. Em resumo, os documentos carreados aos autos foram aqueles armazenados pela própria autora, os quais poucas informações fornecem para o deslinde da causa.

Os demandados, nesse sentido, que detinham maior facilidade de produção dessas provas, pouco ou quase nada juntaram aos autos, apenas juntando boletins de atendimento posteriores ao ato cirúrgico questionado. Assim,

A existência do erro médico, de fato, não ficou evidenciada, mas também não foi afastada, e a única forma de verificar com

¹⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 09.

¹⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 09.

exatidão sobre a sua ocorrência ou não, conforme deixou entrever o laudo pericial, era por meio da análise de documentos que deveriam estar sob a guarda do Hospital e do Médico e que deveriam ter sido juntados aos autos, conforme solicitação do juiz.¹⁵⁸

Compreendeu a Rel. que a autora, na medida do razoável, desincumbiu-se do ônus que lhe cabia, juntando aos autos os documentos que detinha sobre o acontecimento, assim como testemunhas. O erro médico, todavia, não se tratava de alegação que poderia por ela ser cumprido – de acordo com o art. 333 do CPC tal ônus, de fato, caberia a ela.

O acórdão reconheceu a incidência da teoria das cargas dinâmicas da prova, na medida em que os demandados se encontram em posição privilegiada quanto às provas pertencentes à demanda, ao contrário da demandante, que se encontra impossibilitada de provar o seu direito de receber indenização, mesmo após os graves danos sofridos por ela¹⁵⁹.

Nesse contexto, é inequívoco que se o acórdão não tivesse prestigiado a teoria dinâmica da prova, a autora, ainda que constatados os danos que resultaram em seus olhos, não receberia qualquer indenização a esse respeito, por não ter sido apta a se desincumbir do ônus probatório estático de provar que o médico que lhe realizou a operação agiu com culpa.

¹⁵⁸RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 10.

¹⁵⁹RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 12.

3. A supremacia dos direitos fundamentais em detrimento da supremacia da lei: um novo viés constitucional em prol do processo justo

Verifica-se, no que diz respeito à construção jurisprudencial de aplicação das cargas dinâmicas da prova no direito brasileiro, que, ainda na ausência de lei em seu sentido, os magistrados construíram a sua aplicação para a solução dos casos concretos com base na visão sistêmica do direito e na dimensão do processo na perspectiva dos direitos fundamentais¹⁶⁰.

Os princípios que foram vislumbrados no início deste estudo – quais sejam: o do processo justo, o da colaboração, o da igualdade, o do contraditório, o da ampla defesa e o da prova – conformam a aplicação e a recepção da teoria dinâmica da prova no cenário jurídico brasileiro, para as circunstâncias que demandam a sua aplicação¹⁶¹. Isso ocorre, especialmente, em relação ao direito fundamental à igualdade e ao direito fundamental à prova.

Essa visão não há de ser estranha ao atual Estado Democrático de Direito, na medida em que se vive em uma Era que prestigia o destaque de sistemas abertos e de cláusulas gerais, por ser um sistema de valores, o qual não pretende ser casuístico e previsível. E, nesse ambiente, que se admite a maior autonomia e poderes aos juízes, que, para interpretarem o texto da lei, em grande parte dos casos só conseguem fazê-lo à luz dos casos concretos.

Fundamental passou a ser, nesse sentido, a diferença entre texto da lei e norma – a norma é a combinação do texto da lei com a interpretação do aplicador do direito, qual seja, o magistrado. Norma não é lei, tal como era entendido no sistema exegético do direito. Assim como lei não mais é entendida como sendo a única fonte do direito; o direito não mais se limita à lei no Estado Constitucional.

¹⁶⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

¹⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

No Antigo Regime, da França, os juízes não eram vistos pela sociedade como sendo autoridades confiáveis, pois eram de privilégios e de favores que tratavam seus pares naquele tempo¹⁶². Com a Revolução Francesa e com a ascensão da burguesia, os poderes dos juízes foram reduzidos à elucidação da lei¹⁶³.

Nesse sentido, os magistrados eram denominados de 'bocas da lei', pois apenas enunciavam a vontade do legislador, sem poderes para interpretar as legislações. A lei, nesse sentido, era o próprio direito. Anteriormente ao Código de Napoleão, as legislações da França eram esparsas, dissonantes dos valores liberais que se instauraram naquele período daquela sociedade. Surgiu o *Codefrancês* para estabelecer a segurança, a liberdade e a previsibilidade necessárias para consolidar os negócios da classe que ascendia – a burguesia¹⁶⁴.

Com base nesse cenário, não é difícil constatar a razão de existir a supremacia da lei na França Revolucionária e nas demais legislações ocidentais modernas, influenciadas por esses valores. O Código de Processo Civil de 1973 é destacado modelo de legislação brasileira que enuncia valores do Estado Liberal, nesse sentido podendo ser utilizada a instituição do ônus da prova como um exemplo disso¹⁶⁵.

Segundo o ônus estático da prova, o legislador infraconstitucional estabeleceu abstrata e previamente a distribuição do ônus da prova às partes, com base em suas posições jurídicas e à natureza de seus direitos. Tal construção legal enuncia os direitos do Estado Liberal, tal como visto, ignorando a realidade concreta que viria posteriormente preencher seu suporte fático.

Com a transformação e a natural evolução da sociedade, e, principalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve

¹⁶²MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

¹⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-30.

¹⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

um giro significativo na compreensão do direito e na hermenêutica jurídica¹⁶⁶. Na medida em que a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o Constituinte estabeleceu um rol de direitos fundamentais que deveriam atuar positiva, negativa e interpretativamente para protegê-la¹⁶⁷.

Com a igualdade material e enunciação de novos direitos e sujeitos de direito, o direito comum, representado, anteriormente à Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil, foi substituído pela Constituição, a qual passou a ocupar lugar central no sistema jurídico pátrio. A supremacia da lei, nesse sentido, passou a ser a supremacia da Constituição.

Pela complexidade da contemporaneidade, o Estado Democrático de Direito elevou valores a serem promovidos pelo Direito e pela sociedade, muito mais do que leis abstratas e frias que, conforme hoje se entende, não são mais aptas a preverem todo e qualquer fato da vida¹⁶⁸. Assim, as leis, na Era da supremacia constitucional, há de serem preenchidas pelo conjunto de valores constitucionais, sob pena de, ao contrariá-los, não serem considerados direito.

Nessa medida, não há como prevalecer, na dimensão atual do direito, a premissa de que é preciso de lei para que haja a aplicação do direito ao caso concreto. Os direitos fundamentais, nesse sentido, têm aplicabilidade imediata, conforme consagra o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição¹⁶⁹.

As normas e os valores constitucionais conformam o atual sistema aberto do direito, tornando claro aos juristas contemporâneos que a face da

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 07.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015, p. 05.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

eficiência encontra-se, hoje, tão forte quanto à busca pela segurança jurídica – essa tão preconizada pelo Estado Liberal¹⁷⁰.

Sob essa compreensão, o instituto do ônus da prova, no direito brasileiro, não encontra respaldo apenas no teor do artigo 333, do Código de Processo Civil, pois a sua aplicação, para diversos casos concretos, representariam ofensa a direitos fundamentais, e, em sentido *lato*, à Constituição¹⁷¹. Com a atual dimensão da supremacia constitucional, construíram os doutrinadores e os aplicadores do direito uma forma de tornar real e aplicável o ônus dinâmico da prova, sem que, para isso, dependesse de iniciativa legislativa¹⁷².

4. A materialização *ope legis* da dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil brasileiro

Encontra-se em período de *vacatio legis* a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, a qual diz respeito ao Novo Código de Processo Civil brasileiro. Em conformidade com a evolução da doutrina pátria e da jurisprudência, no tocante ao instituto da distribuição do ônus da prova, o Novo CPC, em boa hora, promove a consagração da distribuição estática e dinâmica do ônus probatório.

Assim, como já é estatuído pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973 ainda vigente, o ônus da prova – em regra geral – submete-se à distribuição estática, conforme previsão do artigo 333, do CPC/73, e assim elucidada pelo CPC novo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

¹⁷¹ Segundo MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103, “diante do Código vigente e em atenção ao direito fundamental à paridade de armas no processo civil, já entendíamos plenamente viável a distribuição dinâmica do ônus da prova. Trata-se de técnica processual que visa a densificar o direito ao processo justo e à tutela adequada no processo civil”.

¹⁷² Segundo PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 215: “La repetición de resoluciones judiciales y el apoyo autoral, determinaron que, corrido bastante tiempo, el legislador se acordara de concederles el crisma de lo legal”.

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁷³

Em seguida, como grande novidade atinente ao assunto, diz respeito à materialização *ope legis* da carga dinâmica da prova no Direito brasileiro, conforme o parágrafo 1º do referido artigo:

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

Admitiu o legislador do novo Código, além das dinamizações do ônus da prova previstas em lei, a atribuição pelo juiz da causa, à luz do caso concreto, de cláusula geral de distribuição dinâmica do ônus da prova para as situações em que (i) houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo do ônus estático previsto no *caput*; ou (ii) houver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Tal compreensão já havia sendo adotada pelos magistrados, conforme anteriormente vislumbrado nos acórdãos retratados neste trabalho. Todavia, há de se ter cautela na aplicação das referidas hipóteses da cláusula geral, pois, ainda que o legislador tenha atribuído a expressão “ou”, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o ônus de uma das partes não poderá resultar em *probatio diabolica reversa*, tornando-se excessiva à outra parte que, pelo ônus dinâmico, restou incumbido de provar.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.¹⁷⁴

Ademais, a premissa de que diz respeito à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário não se dá por si só, na medida em que, em havendo

¹⁷³BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 abr.2015.

¹⁷⁴Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 abr.2015.

a possibilidade de a parte que tem o ônus estático provar o fato, não existe razão para desincumbi-la disso, mesmo que a outra parte possa fazê-lo mais facilmente. Deve-se levar em consideração que o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso em caráter de excepcionalidade, quando a causa demandar sua iniciativa nesse sentido, sob pena de ofender a paridade de armas entre as partes, entre outros direitos fundamentais anteriormente vislumbrados.

Parece ser o caso de o legislador ter cometido o equívoco no que tange à mencionada expressão *ou*, pois se tratam de duas hipóteses que se cumulam para desencadear a possibilidade de dinamização do ônus da prova, sem resultar em prejuízo a qualquer das partes. Noutro sentido, imprescindível é que o juiz, ao dispor de modo diverso o ônus da prova, fundamente a sua decisão, pois o papel da distribuição do ônus da prova é relevante ao deslinde da causa, podendo resultar, se equivocado, em graves danos a um dos litigantes, até mesmo o resultado da demanda desfavorável ao seu interesse.

Nessa medida, também, a fundamentação é necessária para que o litigante incumbido com a distribuição diversa tenha a efetiva oportunidade de pleitear a desincumbência dele, ato que não pode ser cerceado, sob pena de ser invalidado.

Em continuidade à análise do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, verifica-se que em seu parágrafo 3º, há a repetição do ônus convencional, também preconizada pelo Código de Processo Civil de 1973:

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

A esse respeito, acrescentou o legislador o seguinte parágrafo: “§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

Na seção IV do Novo Código, chamada de “Do saneamento e da organização do processo”, precisamente no teor do artigo 357, promove o entendimento de que o juiz deverá, em decisão de saneamento e de organização do processo, definir a distribuição do ônus da prova (inciso III).

Assim, definiu o legislador acerca do momento em que deverá ocorrer a distribuição do ônus da prova, tornando clara e inequívoca a anterior discussão sobre esse momento poder ocorrer na sentença.

O legislador, não há dúvidas, agiu em conformidade com a doutrina majoritária, que compreende no sentido de que o momento em que poderá ocorrer a dinamização do ônus da prova é no início da demanda, mediante fundamentação, para que as partes tenham ciência das provas que deverão levar aos autos para cumprirem o seu ônus. Se isso não ocorrer, haverá ofensa ao princípio do contraditório¹⁷⁵.

Observa-se, portanto, que restou acertada a consagração das distribuições estática e dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro, na medida em que sua combinação resultará em melhor contribuição dos litigantes para com as provas e o processo. A aplicação do parágrafo 1º, do artigo 373, do Novo Código de Processo Civil tem a pretensão de promover, ainda mais, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais processuais, principalmente o da igualdade substancial e do processo justo.

Há de se analisar, na prática, todavia, de que maneira os juízes conduzirão a sua aplicação, na medida em que as hipóteses contempladas para a incidência da carga dinâmica da prova não venham a ocasionar arbítrios e injustas nos casos concretos. Há de se crer, no entanto, que já se trata de um importante passo evolutivo na construção do instituto do ônus da prova na dimensão dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito brasileiro sofreu mudanças paradigmáticas, na medida em que o eixo central do ordenamento jurídico passou dos Códigos para a Constituição. Ademais, a característica de regras jurídicas casuísticas foi substituída pela construção de

¹⁷⁵KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatiodiabólica. 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, 2006, p. 948.

cláusulas gerais e de termos jurídicos indeterminados, admitindo, os juristas, enfim, que a completude dos Códigos representava uma ilusão.

O instituto da distribuição do ônus da prova, nesse novo viés constitucional, não mais poderia ser, para todo e qualquer caso, analisado sob a perspectiva estática, pois a Constituição enunciou como direitos fundamentais da República Federativa do Brasil o processo justo, a efetividade, o direito fundamental à prova, entre outros. Aceitar a distribuição do ônus de forma objetiva e previa resultaria, não há dúvidas, em situações jurídicas nem sempre justas e sem obstáculos para a produção probatória, empecilho, esse, que não pode ser reconhecido em um Estado Democrático de Direito.

É, com base nessas premissas, que este trabalho foi desenvolvido, para delinear os valores sociais e jurídicos que contornaram a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973, sob a perspectiva de valores liberais, e, posteriormente, os valores constitucionais que vieram a justificar a aplicação *opejudicisdo* ônus dinâmico, uma vez que compreenderam, os magistrados, ser ofensivo aos direitos fundamentais a aplicação estática para casos que impediriam o efetivo acesso à justiça a alguns litigantes, por dificuldades de provar, de um lado, e a facilidade que a parte contrária teria de realiza-lo.

Por fim, trouxe este estudo a materialização *ope legis* do Novo Código de Processo Civil brasileiro, no sentido de consagrar, como regra, o ônus estático da prova, mas admitir, em casos excepcionais e de aplicação judicial, a dinamização do ônus, tal como já vem pronunciando a jurisprudência e, também, defendendo a doutrina. Verifica-se, no que tange a este instituto jurídico, que o legislador infraconstitucional encontra-se em harmonia com os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro.** Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar.2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 24 de abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 abr.2015.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório.** Curitiba: Juruá, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório.** Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1994.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2009.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatiodiabolica. 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, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, n. 862, ago. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil. 2 ed. São Paulo Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20286%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo.**São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 231, mai. 2014.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, vol. 217, mar. 2013.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *In*: **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, n. 224, out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. **Quinta Câmara Cível.** Apelação cível 70055839856. BRASIL. Apelante: Liberty Paulista Seguros S.A. Apelado: Valdeni da Rosa Nogueira. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055839856%26num_processo%3D70055839856%26codEmenta%3D5625504+cargas+processuais+din%C3%A2micas++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&client=tjrs_index&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70055839856&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=14/01/2014&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Nona Câmara Cível**. Apelação cível 70048648190. Apelante: Hospital Dom João Becker. Apelado: Celia Gomes da Costa. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048648190%26num_processo%3D70048648190%26codEmenta%3D4731138+70048648190++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048648190&comarca=Comarca%20de%20Gravata%C3%AD&dtJulg=30/05/2012&relator=Marilene%20Bonzanini&aba=juris>. Acesso em: 01 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2005.