

A distribuição dinâmica do ônus da prova

The dynamic distribution of the Burden of Proof

Vitória Izabel Silva Souza Castro

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas.
e-mail: vitoriaicastro@yahoo.com.br

Morisa Martins Jajah

Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas
e-mail: morisa@unipam.edu.br

Resumo: O presente artigo trata do estudo da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, que versa sobre a redistribuição do ônus da prova, caso em que a parte inicialmente incumbida do encargo de prova não possui condições técnicas de cumpri-lo em contraposto à outra parte que, efetivamente, tem melhores condições de fazê-lo. Entretanto, não há uma oposição ao disposto no artigo 333 do CPC e, sim, um complemento, haja vista que tais regras são estáticas e rígidas, as quais impõem o ônus ao autor dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Todavia a redistribuição não pode ser aplicada de forma indiscriminada, devendo, assim, obedecer a critérios segundo a particularidade de cada situação. De sorte que, faltando qualquer dos requisitos, ou se as circunstâncias não forem condizentes, aplicar-se-á, em todo caso, as regras do artigo 333 CPC. Diante do exposto, A Teoria da Distribuição da Prova é um instrumento processual usado com a finalidade de dar maior efetividade à tutela jurisdicional.

Palavras-chave: prova; ônus da prova; modificação do ônus da prova; processo civil.

Abstract: This article deals with the study of the Dynamic Theory of the Burden of Proof, which is about the redistribution of the burden of proof. In this case, the part that originally charged the burden of proof does not have the technical conditions to fulfill it in opposed to the other part that actually has a better position to do so. However, there is not an opposition to Article 333 of the CPC, but a complement, considering that such rules are static and rigid, which require the burden to the author of the facts constituting his right, and Amending the facts to the defendant, extinctive and impeding the right of the author. However, the redistribution cannot be applied indiscriminately and should thus meet criteria according to the particularity of each situation. Considering this, lacking any of the requirements, or if the circumstances are not suitable, the rules of Article 333 CPC shall be applied in any case. Given the above, The Theory of Distribution of Proof is a procedural tool used for the purpose of giving more effective judicial protection.

Keywords: proof; burden of proof; modification of the burden of proof; civil procedure.

1. Considerações iniciais

O direito processual civil moderno tem como fundamentos o real alcance da efetividade e justiça, pois nada valerá a composição do conflito se esta não proporcionar a satisfação de interesse do indivíduo que recorre ao judiciário exatamente com este fim.

Verifica-se, ainda, que o processo há muito deixou de ser um simples mecanismo para a solução de litígios, sendo agora um instrumento da realização da justiça, em que a finalidade é dar o direito a quem o tem.

Neste prisma, a prova ganha enfoque na medida em que é esta que possibilita ao magistrado, por meio dos autos, o conhecimento da realidade, formando assim seu convencimento. O que dará base para a aplicação do direito no caso concreto por meio da prolação de sentença, que deverá ser, não apenas justa, como também efetiva.

O sistema do Código de Processo Civil tem como princípio clássico que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor; e a dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos de direito, ao réu. Trata-se de regramento rígido e estático, o que pode impossibilitar muitas das vezes, no caso concreto, a entrada das provas nos autos, já que o próprio ato de produzi-la se torna impossível à parte encarregada.

Com base nos princípios supracitados e também nos poderes instrutórios do juiz tem-se a teoria dinâmica do ônus da prova, a qual propõe que a carga probatória é encargo da parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Dessa forma, procura-se analisar a possibilidade jurídica da adoção da teoria da distribuição do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro, sendo este o objetivo primordial deste trabalho.

Para tanto, foi utilizado como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica, envolvendo estudos de doutrina, legislação e jurisprudência selecionada.

Primeiramente serão abordados os principais conceitos correlacionados e elementos constitutivos. Verificar-se-á também o momento adequado de redistribuição do ônus da prova. Posteriormente far-se-á a análise dos critérios necessários para a aplicabilidade da presente teoria e, por fim, a comparação do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

Busca-se verificar se a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova é realmente aplicável ao nosso ordenamento jurídico.

2. Considerações gerais sobre a prova

Inicialmente deve-se ressaltar que não existe um conceito único para a palavra *prova*, todavia, pode-se dizer que prova seja, em linhas gerais, ação de provar. Entende-se que prova é um meio de obter a verdade dos fatos com o escopo de convencer o juiz da veracidade do que está sendo alegado. Seguindo este entendimento, afirma Domingos Afonso Kringer Filho (2006, p. 278) que “a prova é a alma do processo, o instrumento necessário à realização do direito”.

Contudo, a verdade dos fatos que se procura alcançar nos atos probatórios não traduz integralmente a realidade, uma vez que é impossível a reprodução pura e fiel

dos fatos no processo. O que acontece é uma reprodução limitada destes.

Em regra, todo fato relevante ao processo depende da prova, excetuando os que sejam notórios, afirmados por uma das partes e confessado pela parte contrária, incontroversos e cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, conforme disposto no artigo 334 Código de Processo Civil.

A prova também constitui um meio utilizado pelo juiz na formação de seu convencimento, servindo então como instrumento e suporte para a resolução da lide da forma mais justa possível. O objeto da prova são os fatos litigiosos. Os meios da prova devem ser legais e moralmente legítimos “para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa” (art.332, CPC).

A prova, no que diz respeito aos fatos, pode ser direta e indireta. Direta, quando demonstrar a existência do próprio fato que foi alegado nos autos, e indireta, quando evidenciar outro fato que por óbvio pode se concluir a respeito do alegado nos autos. Esta última também é chamada de prova indiciária ou por presunção.

Só podem ser objeto de prova os fatos relevantes aos autos, competindo ao juiz fixar quais devem ser provados.

O fim da prova é alcançar a verdade real. Pelo menos é o que tem determinado a doutrina moderna. Entretanto, não devemos olvidar que o litígio deve ser solucionado, e que muitas das vezes esta solução não corresponde com a verdade real, até porque o juiz não pode ficar buscando eternamente as provas.

Para isso é dado às partes a ampla defesa, afim de que estas tragam a verdade até o juiz, para que a lide seja decidida com justiça. Porém, se as partes não conseguem demonstrar ou não usam de suas faculdades processuais, não se pode culpar o juiz por não ter decidido de acordo com a verdade real, uma vez que faz seu julgamento embasado nos autos.

O que ocorre é a verdade processual, que é a aparência da realidade contida no processo, uma vez que “o que não está nos autos, não está no mundo”.

Após a colheita das provas, incumbe ao magistrado a valoração das mesmas, não podendo agir de modo arbitrário, mas sim usar de critérios legalmente pré-determinados.

O sistema usado pelo Processo Civil é o do livre convencimento motivado, ou também chamado persuasão racional. Neste sistema o juiz não fica adstrito somente às provas constantes nos autos. A decisão se dá por uma operação lógica advinda dos próprios elementos contidos no processo.

Segundo Amaral Santos, a convicção fica condicionada aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; às provas desses fatos, colhidas no processo, às regras legais e máximas de experiências e, por fim, à motivação do julgamento.

3. Poderes instrutórios do juiz

No Estado democrático de direito, o juiz não é mais mero espectador do litígio, indiferente em relação às partes e, sim, titular de iniciativa probatória a fim de que, juntamente com as partes, busque a verdade real e julgue a devida justiça.

Como disposto no art. 130 CPC, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da par-

te, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Diante disso, fica claro o entendimento de que o magistrado não só pode como deve agir na produção da prova.

No processo não há somente o interesse das partes na resolução da causa, o Estado também tem interesse em que o juiz se empenhe o máximo na justa tutela jurisdicional, sendo que a iniciativa probatória é tanto das partes como do juiz, porém o desenvolvimento por um não limita o do outro.

Muito na doutrina se discute sobre o poder de instrução quebrar a imparcialidade do juiz na causa. É inaceitável tal entendimento, pois seria parcial o magistrado que abandonasse as partes à mercê da própria sorte. Isso fundado no argumento de que o juiz é o próprio destinatário da prova e não pode este se escusar de dar solução ao litígio em hipótese alguma, muito menos se admitiria uma decisão fundada na incerteza. São necessários, para o justo processo, os poderes instrutórios do juiz na busca da verdade real.

O escopo dos poderes de instrução do magistrado não é o de suprir a inércia da parte e, sim, de eliminar as incertezas do magistrado em relação à veracidade dos fatos alegados, tendo em vista que se a prova tiver possibilidade de ser completada pela parte, não poderá o juiz fazê-lo. Isso se dá somente quando não puder decidir com justiça.

Ao juiz pode deliberar *ex officio* sobre a produção de provas; todavia a necessidade deve surgir do contexto processual. Observa-se também que os poderes instrutórios do magistrado e a distribuição dinâmica do ônus da prova se complementam. De acordo com o exposto, o juiz é figura ativa no processo, o que não acarreta parcialidade, tendo em vista que o compromisso do juiz é com a verdade dos fatos, e não com as partes, a fim de proferir uma justa decisão.

4. Ônus da Prova

Antes de conceituar o que vem a ser ônus probatório, devemos diferenciar ônus de obrigação. Ordinariamente, ônus e obrigação são sinônimos. No entanto, na linguagem jurídica, têm conceitos distintos. Grosso modo, obrigação seria uma satisfação exigível de interesse de terceiro, e ônus a busca de vantagem própria.

Na obrigação há um vínculo preexistente, sendo inadmissível o descumprimento desta. De sorte que tal descumprimento acarreta ato ilícito e conseqüentemente sanção de natureza pecuniária. Neste caso, não há, pois, escolha na sua execução. Já no que diz respeito ao ônus, não há exigibilidade alguma, uma vez que se trata de uma faculdade do sujeito, haja vista que o seu descumprimento poderá trazer conseqüências negativas. Todavia o seu cumprimento não é garantia de que a vantagem será alcançada.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 420), “ônus é a conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”. Sendo, portanto, um encargo que as partes têm de levar ao conhecimento do juiz a veracidade dos fatos alegados nos autos.

O ônus probatório exerce duas funções principais, quais sejam: estimular as

partes a provar os fatos alegados e fornecer subsídios para o magistrado na formação de seu convencimento e, por conseguinte, no alcance de uma justa resolução processual.

Mesmo não tendo as partes uma exigência de fornecer a carga probatória, esta é ao mesmo tempo indispensável e estritamente necessária ao processo, bem como na formação da convicção do juiz e, portanto, no deslinde do processo.

O legislador impôs ao autor e ao réu um *ônus probandi*, qual seja, o de trazer aos autos as provas dos fatos por eles alegados, sob pena de serem reconhecidos como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária e, portanto, a causa julgada em seu desfavor.

É, pois, o ônus probatório uma condição para que a parte seja vitoriosa na demanda. Contudo, se a parte não cumprir o encargo, esta terá maior probabilidade de ter a causa julgada em seu desfavor. Isto resolve a controvérsia no caso de o magistrado ter dúvidas quanto aos fatos constitutivos de direito alegados no processo, sendo que a carga probatória guia o juiz em favor daquele que a produziu, em detrimento do que tinha o dever, mas não o cumpriu satisfatoriamente.

Diante disso conclui-se que no direito processual impera a máxima jurídica de que “fato alegado e não provado é fato inexistente”. Vale ressaltar que as partes podem estipular critérios próprios sobre o ônus da prova por meio de cláusula contratual. Critérios esses que serão utilizados em eventual conflito. Todavia, isto poderá ocorrer somente quando se tratar de direito disponível. Tudo isso em consonância com o parágrafo único do art. 333 do CPC.

4.1. *Ônus da Prova do CDC*

No direito consumerista impera a regra especial, a qual autoriza, de acordo com o caso concreto, a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor), como dispõe o artigo 6º, VIII, do CDC.

Vale ressaltar que o autor não fica isento da apresentação da carga probatória, e que a inversão não acontece de forma automática nem ocorre indiscriminadamente. A inversão do ônus da prova obedece, portanto, a certos requisitos: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Deve-se observar que, embora o dispositivo legal utilize a conjunção “ou”, que pode dar a entender que seriam requisitos alternativos, a doutrina defende a idéia de que, na verdade, se trata de critérios cumulativos.

Faz-se necessário esclarecer que, muito embora a jurisprudência tenha tratado como expressões sinônimas, a distribuição do ônus da prova e inversão do ônus da prova são institutos processuais completamente distintas. A inversão é estabelecida previamente, até porque goza de determinação legal expressa (art. 6º do CDC), ao passo que a distribuição dinâmica fica a critério do juiz; de acordo com as particularidades de cada caso, não sofre de limitações legais, tendo uma aplicação mais geral, uma vez que é possível sua aplicação em todo e qualquer conflito de interesse.

A inversão tem o escopo de equilibrar os litigantes na relação processual, já que o consumidor na maioria das vezes é a parte mais vulnerável desta relação, superando as dificuldades na produção de provas indispensáveis à sua defesa em juízo. A inver-

são é benefício legal concedido pelo juiz, sempre de acordo com o caso concreto. Pode acontecer de o consumidor obter meios técnicos de provar o fato constitutivo de seu direito.

Todavia, para que ocorra a inversão são necessários indícios da veracidade dos fatos cumulados com a posição de inferioridade do consumidor. Caso não haja o preenchimento dos requisitos de inversão da carga probatória, em regra a demanda se submeterá ao artigo 333 do CPC.

4.2. Sistema legal do ônus da prova

O artigo 333 CPC divide o ônus da prova de modo que cabe ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu próprio direito; já ao réu, o de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cada parte possui, então, o ônus de provar fatos constitutivos de seu direito a ser aplicado pelo juiz no deslinde da ação. Quando o réu contesta somente negando o fato alegado pelo autor na petição inicial, a carga probatória incide sobre ele. Contudo, se o autor não provar os fatos alegados na petição inicial, o réu ganhará a causa, mesmo não provando os fatos.

Quando o réu se utiliza da defesa indireta alegando fato que poderá alterar ou até eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. Ao embasar sua defesa em fato extintivo, modificativo ou aquisitivo de direito do autor, o réu acaba reconhecendo como verdadeira, mesmo que implicitamente, a pretensão de direito contida na petição inicial.

Todavia, se o fato constitutivo de direito do autor vir a ser incontroverso, será então isento da carga probatória (art. 334, III, CPC). Para que alcance sua finalidade, a prova deve ser completa e capaz de formar a convicção do juiz.

5. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O Código Processual Civil Brasileiro adota um sistema rígido e estático. Contudo, a doutrina moderna e a jurisprudência vêm sugerindo um abrandamento no rigor do artigo 333 do CPC, abrandamento este sugerido pela adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova.

Tal teoria determina que, segundo o caso concreto, a atribuição do ônus probatório compete à parte que tem mais condições técnicas ou informações específicas sobre o que está sendo discutido em juízo. Deve-se ressaltar, no entanto, que não se trata de revogar a norma e, sim, complementá-la procurando assim uma tutela jurisdicional mais justa.

Quando ocorrer o redirecionamento de prova, a parte não fica encarregada de provar direito do adversário e, sim, de esclarecer os fatos controvertidos para o juiz e, caso não faça, a outra parte sairá vencedora.

Para a aplicação da dita teoria, devem ser observados alguns requisitos, quais sejam: a prova redirecionada deve ser possível, como também a parte deve ter realmente condições técnicas de apresentá-la; a parte deve ser comunicada de que a carga

probatória será redirecionada, vez que do contrário feriria o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Há situações em que o direito material, alegado por uma das partes, é difícil, oneroso ou mesmo impossível, esse também denominado pela jurisprudência de “prova diabólica”, com demonstração pela mesma. Já para a parte adversária, não existem tantos óbices, o que dificulta a produção, pela parte detentora do ônus da prova, o que seria imprescindível ao deslinde da causa. Nestes casos, o juiz aplicará, utilizando sempre da razoabilidade, o redirecionamento probatório, pois se observa nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes.

5.1. Origem e definição

A presente teoria tem origem na Argentina, onde é denominada de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Também tem sido bastante difundida em países como Espanha e Uruguai. Vem sendo utilizada, sobretudo, no campo da responsabilidade civil profissional (AZEVEDO, 2009).

A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova traz novas nuances para a norma processual civil, rompendo com toda a rigidez do *ônus probandi*, tornando-o mais dinâmico e adaptável a cada caso segundo sua particularidade.

Segundo tal teoria, é irrelevante saber se a parte é autora ou ré, se o fato é modificativo, extintivo ou modificativo. O que é realmente necessário é que o juiz estabeleça razoavelmente, de acordo com o caso concreto, qual das partes tem mais condições de provar os fatos e determine o encargo a esta.

A parte encarregada deve produzir as provas mesmo que os fatos tenham sido alegados pela parte contrária. Se a parte em que o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma ineficiente, os fatos alegados pela parte contrária serão presumidos verdadeiros, por não terem cumprido com seu dever jurídico.

Conclui-se, portanto, que a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova é o deslocamento da carga probatória para que esta incida sobre quem tiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade de demonstração.

5.2. Momentos de dedistribuição

Trata-se de ponto bastante controvertido na doutrina. Ao todo existem quatro correntes doutrinárias que discutem qual seria o momento processual mais adequado para a redistribuição do ônus probatório. Segundo estas, a redistribuição do ônus da prova poderia ocorrer no próprio despacho saneador de recebimento da petição inicial. Argumentam que, por ser este antes da citação do réu, não haverá, portanto, contrariedade dos Princípios do contraditório, da ampla defesa e também do devido processo legal; na prolação da sentença, desde que haja constatação de inexistência ou insuficiência das provas produzidas no curso do processo. Essa teoria tem como fundamento ser a distribuição dinâmica do ônus da prova uma regra de julgamento. Eis que este, se proferido antes do encerramento da fase instrutória, poderia acarretar em uma injusta decisão. Vale ressaltar que estas são as mais discutidas pela doutrina e jurisprudência.

Há também mais duas correntes minoritárias que defendem a ideia de que poderia também ocorrer na audiência preliminar caso não se obtenha a conciliação (art. 331, §2º, do CPC).

Seria, ainda, admissível a redistribuição em qualquer das fases processuais, de acordo com o caso concreto, exigindo que seja decisão devidamente fundamentada pelo juiz, e que não surpreenda o réu. Trata-se de uma exceção ao artigo 333 CPC.

Eis o entendimento dos Tribunais:

É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova a sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VII, do código de Defesa do Consumidor (STJ, Recurso Especial nº 598.620/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes. J. 07/12/2004, DJ 18/04/2005). Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/revistaeletronica.jus.br>>. Acesso em 23/07/2010.

O momento mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é aquele posterior à contestação e no qual se prepara a fase instrutória, pois só depois de estabelecido o contraditório é que se faz possível delimitar os fatos controvertidos e a natureza de cada um, de modo a possibilitar uma justa distribuição do ônus da prova. (TJRS, Apelação Cível nº 70025014739, Quinta Câmara Cível. Rel.Des. Leo Lima. J. 22/10/2008, DJ 30/10/2008). Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso: 23/07/10).

De acordo com Suzana Santi (2009, p.88), estudiosa do assunto, “a grande discussão aqui se refere à necessidade de indicação, pelo julgador, quanto à sua incidência já na abertura da fase instrutória, no despacho saneador, ou à possibilidade de que ele o faça apenas na fase decisória, quando da prolação da sentença”.

A doutrina majoritária defende a posição de que o momento mais adequado é o início da fase instrutória. Assim que o magistrado fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que deverão ser produzidas, designará também as partes que as produzirão. Sendo obrigatória, que seja prévia e conste de intimação regular. Esse é o entendimento de Suzana Santi (2009, p. 91) e Humberto Teodoro Júnior (2009, p.423).

6. Aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil Brasileiro

Por meio de uma interpretação sistemática e principiológica do atual código de Processo Civil pode-se perceber que não há nenhum impedimento à utilização da Teoria da Carga Probatória, com vistas a uma flexibilização e equilíbrio das partes que se encontram em conflito.

A possibilidade de aplicação da Teoria da Distribuição do Ônus da Prova encontra embasamento na situação particular de cada caso concreto, e tem como finalidade a produção de prova e, por conseguinte, a solução justa do litígio.

Encaixa-se nesta hipótese o artigo 130 do CPC, haja vista que fixa a participação

eficaz do juiz, como também dá poderes para que este altere o encargo probatório inicialmente estabelecido pela regra do art. 333 do CPC. Isto ocorre quando este determina à parte o encargo de provar algo que, *a priori*, não seria seu. Deve-se ressaltar que o juiz pode ordenar tudo de ofício.

Nessa mesma ótica pode-se citar o artigo 331, § 2º do CPC, uma vez que este incumbe o magistrado à determinação das provas que, de acordo com o caso, serão capazes de comprovar os pontos controvertidos. Ao estabelecer a prova a ser produzida, indiretamente está o magistrado decidindo também qual parte que irá produzi-la.

Há também o artigo 355 do CPC, no qual o juiz pode determinar que a parte exiba documento que está em seu poder. Neste caso, há a possibilidade de este ônus recair sobre parte que, à luz apenas do art. 333 do CPC, não teria tal ônus.

Torna-se desnecessário, por uma questão de lógica, citar o inciso II do parágrafo único do art. 333 do CPC, uma vez que a presente Teoria ampara a vedação presente no referido artigo, inexistindo, neste caso, contradição.

Reforçam ainda a possibilidade de utilização da Teoria da Carga Probatória, os princípios norteadores do processo civil moderno: a efetividade e o processo justo. Tais princípios justificam a redistribuição do ônus da prova. Sendo assim, estabelecendo o ônus à parte que tem melhor condição de prova, será mais fácil provar os fatos de direito, formando o convencimento do julgador, e este, conseqüentemente, dará o direito a quem verdadeiramente o possui.

Resta importante mencionar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil em curso no Congresso Federal, que apresenta a proposta de acréscimo do seguinte artigo:

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

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso.

Do disposto no art. 333, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 16/05/10.

Positiva-se assim o entendimento assentado pela doutrina e pela jurisprudência.

7. Entendimento jurisprudencial e doutrinário

Consoante ao Código de Processo Civil e efetuando-se uma interpretação sistemática e principiológica dos artigos referentes aos procedimentos probatórios e matérias afins, pode-se observar a possibilidade de adoção da teoria da distribuição dinâmi-

ca do ônus da prova em qualquer tipo de disputa processual em tramitação no Poder Judiciário.

Para tanto, faz-se necessário apenas que, no caso concreto, sejam obedecidos os critérios pré-estabelecidos, quais sejam, impossibilidade de executar o ônus a quem inicialmente estava incumbido cumulativamente com a facilidade da parte contrária de efetuar a produção de provas.

Quanto ao rito, pouco importa se for ordinário, especial ou sumário, bem como não há nenhum óbice em relação à modalidade processual, podendo ser processo de conhecimento, execução ou cautelar. Tampouco importa o tipo de litígio ou a condição sócio-econômica ou escolaridade das partes envolvidas.

Por meio de análise da jurisprudência a respeito do tema tratado, pode-se verificar a aplicação da teoria nas ações de responsabilidade profissional e nas ações que versem sobre direito bancário e contratos em geral.

A aplicação da teoria da carga dinâmica nas ações de erro médico é a mais comum e justificável. Isso acontece porque o paciente, autor da ação, na maioria das vezes não possui conhecimentos específicos acerca dos acontecimentos que culminaram no evento danoso, impossibilitando, assim, a comprovação dos fatos alegados. O paciente tem conhecimento do dano que sofreu, a lesão existe e é evidente, em razão de um insucesso em uma intervenção cirúrgica; porém não consegue provar a culpa do médico e muito menos a modalidade de erro, distinguindo se foi o médico imperito, negligente ou imprudente, ou tudo ao mesmo tempo. Sendo assim é extremamente difícil, quando não impossível, para o paciente, provar o alegado.

Ao admitir-se a incidência da distribuição dinâmica, o paciente continuaria a ter a seu cargo o ônus de comprovar a efetiva realização da cirurgia por aquele médico e naquele hospital, o dano suportado e a sua extensão, bem como a observância de todas as prescrições, cautelas e cuidados, inclusive no pós-operatório. (TJRS, Apelação Cível nº 597083534, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. J. 03/12/1997, DJ do dia, disponível em: < www.tj.rs.gov.br >. Acesso em 22/07/2010).

Quanto ao médico, devido à sua evidente superioridade técnica, este tem maior acesso às informações tanto referentes ao paciente como as referentes ao procedimento e, portanto, maior facilidade probatória ficará sob seu encargo: provar a não ocorrência de erro. Neste sentido, tem decidido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre que a ação se fundar em erro médico, é reconhecida a dificuldade de consecução da prova.

A doutrina tem agregado ao Direito Processual a denominada *teoria da carga dinâmica da prova*, que consiste na aplicação do princípio da boa-fé em matéria de ônus probatório. Sendo assim, fica a carga probatória sob aquele que possui melhores condições para tanto. Assim, inconcebível é para aquele que, possuindo melhores condições probatórias dos fatos ocorridos, deixar de fazê-lo, baseando-se apenas nas distribuições dos ônus de demonstração presentes no art. 333 CPC. A doutrina moderna busca cada vez mais a verdade dos fatos, não admitindo, portanto, práticas ardilosas procedimentais (TJRS, 1997).

Na área da responsabilidade médica, o profissional de saúde tem maiores (ou até a única) possibilidades de provar a veracidade dos fatos, uma vez que no caso concreto pode ser inserida largamente na Teoria Dinâmica do Ônus Probatório. “O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação” (TJRS, 1997).

Destaca-se que a dinamização do ônus se torna imprescindível devido ao médico possuir melhor condição técnica, até porque em muitas das vezes apenas este poderá provar se houve erro ou não no procedimento, bem como a existência de culpa.

O direito bancário também tem sido objeto da adoção da teoria da carga probatória. Nas ações que versem sobre contratos, em que pese questionamento sobre o negócio jurídico, hipótese esta que haverá transferência do ônus para a instituição financeira, tendo em vista que esta apresenta melhores condições de fornecer aos autos o material probatório.

Verifica-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

[...] Distribuição dinâmica da prova. Mitigação da repartição do ônus probatórios em termos rígidos e abstratos, prevista no art.333 do CPC. Parte ré que dispõe de maiores recursos técnicos. Provimento do recurso.

[...] É indubitoso que o apelado dispõe de melhores condições do que o apelante para a apresentação dos documentos imprescindíveis ao julgamento da pretensão autoral em razão de seu maior aparato tecnológico. Trata-se de extrato bancário relativo a período de quase 20 anos atrás, cuja prova é praticamente impossível de ser realizada pela parte autora e plenamente possível de ser produzida pela instituição financeira ré [...] (TJRJ, Apelação Cível nº2008. 001.08926, 9ª Câmara Cível, Rel.Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 07/03/2008, Diário de Justiça 19/03/2008, disponível em:<www.tjrj.jus.br> Acesso em 07/08/10).

Nas ações que têm por objeto a relação contratual, a aplicação da teoria do ônus probatório se justifica pela facilidade de acesso aos documentos necessários ao deslinde da causa, o que também reforça a determinação, caso seja necessária, dada pelo juiz, para que a instituição financeira ou o contratante apresente documento que supostamente está em seu poder, com fulcro nos arts. 355 e 356 do CPC.

Do mesmo modo que nas ações de responsabilidade profissional, a adoção da teoria nestes casos traz um maior equilíbrio entre as partes, sendo que o encargo é repartido entre as partes, facilitando a vinda da prova para os autos e evitando as situações em que a parte encarregada fique impossibilitada de produzi-la.

A respeito do direito bancário, temos o entendimento pacificado pela Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, uma vez que com a incidência da teoria dinâmica este seria redistribuído, cabendo a esta a comprovação dos fatos que forem extremamente difíceis ou até impossíveis para o cliente.

Igual situação ocorre quanto ao direito contratual, uma vez que o contratante que tenciona conseguir o deslocamento do ônus em seu favor deve comprovar a existência dos requisitos que justificam a redistribuição, quais sejam, a impossibilidade somada à maior facilidade da outra parte em provar os fatos. Vale dizer que quando a

produção de prova for impossível para ambas as partes, aplicar-se-á a regra geral positivada no art. 333 do CPC.

Além das hipóteses referidas pela jurisprudência, pode-se verificar por meio de uma análise doutrinária, a presença de defensores da aplicação da referida teoria no direito de família e no direito securitário.

O Des. José Carlos Teixeira Giorgis (2005 *apud* CREMASCO, 2009) sustenta a aplicação da carga dinâmica da prova, tanto nas ações de investigação de paternidade, haja vista que nestas, a prova da excludente ou comprovação de filiação (exame de DNA) é encargo do suposto pai, como também nas ações de alimentos, em que o requerente tem dificuldades em provar a real possibilidade de prestar alimentos do réu.

No direito securitário, o professor Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 12) argumenta que, nas ações propostas em face de empresa de seguros, pode-se adotar a teoria dinâmica do ônus probatório. Nos casos em que haja recusa da seguradora no pagamento de seguro com base na omissão do segurado que sofrendo de moléstia grave, omite a existência desta à época da adesão do contrato de seguro.

Diante disso, vale ressaltar que tais entendimentos são ainda minoritários e bastante discutíveis. Em todo caso verifica-se que a adoção da teoria do ônus probatório não pode nem deve ser aplicada de forma aleatória, devendo-se observar a particularidade de cada caso concreto.

8. Considerações finais

Conclui-se que a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova não exclui nem contradiz a rigidez do art. 333 do CPC, mas atua como complemento. Aplica-se quando os critérios estáticos do presente artigo dificultarem a produção de prova e a parte contrária tiver maior facilidade de produzi-la, sendo estes pressupostos cumulativos.

Então, há dois requisitos limitadores que devem ser observados de forma concomitante: a dificuldade da parte inicialmente encarregada e a possibilidade que o outro litigante o faça. Também se faz necessário que a Teoria da distribuição dinâmica seja fundamentada e previamente comunicada às partes pelo magistrado.

O Código de Processo Civil dá total amparo pelas regras de repartição clássica, o que é facilmente constado após uma interpretação sistemática e principiológica deste, não havendo, portanto qualquer proibição ou óbice.

Essa nova teoria tem ganhado espaço na jurisprudência e na doutrina, que embasa sua adoção nas causas relativas à responsabilidade profissional e que envolvam direito bancário, securitário e contratos de forma geral, sempre com o escopo de uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Recentemente, a teoria da carga dinâmica foi objeto de proposta a ser inserida expressamente no CPC no Anteprojeto do Novo Código Civil.

Diante de todo o exposto conclui-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova é mecanismo complementar, sendo de extrema importância se usada de forma adequada para que se atinjam os anseios do processo moderno.

Referências

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no Processo Civil brasileiro*. 2006.200f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/7478>> Acesso em 08 de maio de 2010.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova. *R. jur. UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 14, p. 15-30. Maio, 2008.

_____. *Teoria de distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro*. O maior Centro de Teses, Documentos, Publicações e Recursos Educativos da Rede. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos912/a-teoria-dinamica/a-teoria-dinamica.shtml>>. Acesso em: 8 maio 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. P. 381. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em: 04 de setembro de 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas, Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 31, out. 2005, p. 9-18.

CARPES, Artur Tompsen. *Prova e participação no Processo Civil: A dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. 2008. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/14251>> Acesso em 08 de maio de 2010.

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

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento?* *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 138, p. 278, ago.2006.

MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: *O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo*. 2007.147 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/13221>> Acesso em 8 de maio de 2010.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 531.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 50 ed. São Paulo: Forense, 2009, v. 1.

TJRS, Apelação Cível nº 597083534, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 03/12/1997, *Diário de Justiça* do dia, disponível em:<www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 07/08/10.