

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA-UEPB
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

RENAN BRANDÃO DE MENDONÇA

RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

**JOÃO PESSOA
2011**

RENAN BRANDÃO DE MENDONÇA

RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

ORIENTADOR: Prof. Ms. Alfredo Rangel Ribeiro

JOÃO PESSOA
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

M539r

Mendonça, Renan Brandão de.

Revitalização do ônus da prova no processo civil
[manuscrito] / Renan Brandão de Mendonça. – 2012.
92 f.

Digitado.

**Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em
prática jurídica) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro
de Ciências Jurídicas, 2012.**

“Orientação: Prof. Me. Alfredo Rangel Ribeiro,
Departamento de Direito Privado - UFPB”.

1. Direito processual civil. 2. Ônus da prova. I.
Título.

21. ed. CDD 347.05

RENAN BRANDÃO DE MENDONÇA

RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Aprovado em: 03 / 09 / 2012

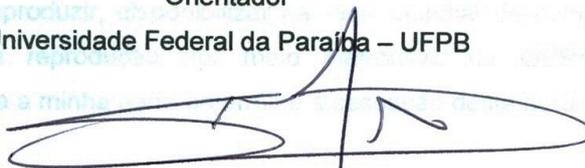
BANCA EXAMINADORA



Prof. Mestre ALFREDO RANGEL RIBEIRO

Orientador

Universidade Federal da Paraíba – UFPB



Prof. Mestre GUSTAVO PROCÓPIO BANDEIRA DE MELO

Membro Examinador

Escola Superior da Magistratura – ESMA-PB



Prof. Doutor ÂNGELO EMÍLIO DA SILVA PESSOA

Membro Examinador

Universidade Federal da Paraíba – UFPB

À memória da minha querida prima Maluzinha, amiga inseparável de ontem, de hoje e de sempre. Dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter sempre guiado meu caminho, dando-me saúde, força e perseverança, para realizar os ideais que tanto almejo.

Ao professor Alfredo Rangel, orientador deste trabalho, pelas sugestões e correções, bem como pela atenção e amizade.

À Escola Superior da Magistratura Des. Almir carneiro da Fonseca (Esma-Pb), em nome de quem sou grato aos verdadeiros e legítimos professores e funcionários.

Aos amigos e colegas de curso, pelos excelentes momentos que vivenciamos.

A todos os meus familiares, por sempre acreditarem e fazerem voto pelas minhas realizações.

O Direito é filho da luta e só pode manter-se pela luta. Os que não têm disposição para lutar por seus direitos não são dignos de merecê-los. Há mais dignidade num animal que luta por sua liberdade, que no homem que se resigna sem protesto a uma injustiça.

Flóscolo da Nóbrega

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as modificações nas regras normais de distribuição da responsabilidade probatória. Com efeito, o Código de Processo Civil adotou, em seu art.333, o modelo estático (não dinâmico) do ônus da prova, segundo o qual referido encargo é distribuído previamente entre os sujeitos processuais, sem a análise pontual de cada caso concreto posto sob apreciação do Poder Judiciário. Ocorre que, ao lado dessa regra geral estabelecida no artigo supracitado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas possibilidades, seja expressa, seja implicitamente, de alteração dessa disposição rígida e abstrata, relativizando-a. De maneira expressa, tais modificações se apresentam sob a forma de inversões do ônus da prova, sendo consenso a referência a três delas: as inversões convencionais, as inversões legais e as inversões judiciais do ônus da prova. Implicitamente, por sua vez, a moderna doutrina tem defendido, por intermédio da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas, a extensão da relatividade da responsabilidade probatória a todas as situações concretas em que se mostre necessário, e não apenas naquelas situações previstas, de maneira expressa, pelo legislador. A aplicação dessa teoria representa uma nova concepção acerca da repartição do ônus probatório, relativizando-o de uma forma mais genérica, na medida em que possibilita ao magistrado, por intermédio de um exame preciso e pontual realizado sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento, a remoção, com razoabilidade, da responsabilidade probatória da parte sensivelmente impossibilitada de suportá-la, atribuindo-a ao sujeito processual que se encontra em melhores condições de satisfazê-la, observando-se, sempre, os princípios constitucionais atinentes à matéria. O moderno Processo Civil, que tem por escopo maior garantir o direito a quem realmente o titule, exige tal comportamento do julgador, que não pode ficar apegado a formalismos exacerbados, permitindo que uma parte permaneça omissa, quando, realmente, possui condições reais de elucidar a matéria fática controvertida do processo.

Palavras-chave: Prova. Ônus. Relativização. Teoria da Carga dinâmica.

ABSTRACT

The present work is to analyze the changes in the normal rules of evidence distribution of responsibility. Indeed, the Code of Civil Procedure adopted in its art.333, the static model (not dynamic) the burden of proof, according to which said charge is distributed in advance by the parties to proceedings, without specific analysis of each case put under review by the Judiciary. It happens that, next to that general rule in that article, the Brazilian legal system provides some possibilities, express, or implicitly, to amend that provision rigid and abstract, relativizing it. Expressly, such changes are present in the form of reversals of the burden of proof, the consensus being referred to three of them: the conventional inversions, reversals and inversions legal proceedings the burden of proof. Implicitly, in turn, has defended the modern doctrine, through the application of the Theory of Dynamic Load of evidence, the extension of the relativity of all responsibility probative concrete situations where it is deemed necessary, not only in those situations provided for in expressly, by the legislature. The application of this theory represents a new conception of sharing the burden of evidence, thus balancing it in a more generic, in that it allows the judge, through a timely and accurate test performed on the factual matters at issue and relevant to the trial, removal, with reasonableness, evidence of liability on the part substantially unable to support it, attributing it to the subject of procedure that is better able to satisfy her, observing, always, the constitutional principles relating to the matter. The modern Civil Procedure, which seeks to ensure greater right to the title who really requires such behavior of the judge, who can not stay attached to exacerbated formalisms, allowing some to remain silent, when actually it has to elucidate the actual conditions factual matter at issue in the process.

Key words: Proof. Burden. Relativization. Theory of dynamic load.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PROVA NO PROCESSO CIVIL: VISÃO GLOBAL.....	13
2.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	13
2.2	OBJETO DA PROVA.....	16
2.3	SISTEMAS DE VALORAÇÃO.....	21
2.4	FINALIDADE E DESTINATÁRIOS.....	24
2.5	MEIOS E FONTES.....	27
2.6	PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.....	30
2.7	CLASSIFICAÇÕES.....	34
3	ÔNUS DA PROVA.....	40
3.1	DEFINIÇÃO.....	40
3.2	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC.....	43
3.3	ALTERAÇÕES NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	50
3.3.1	Noções gerais.....	50
3.3.2	Inversão convencional do ônus da prova.....	52
3.3.3	Inversão legal do ônus da prova.....	55
3.3.4	Inversão judicial do ônus da prova.....	59
4	TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS (TCDP).....	65
4.1	PROVA DIABÓLICA, FATO NEGATIVO E TCDP.....	65
4.2	ORIGEM E DEFINIÇÃO.....	68
4.3	RECEPÇÃO DA TCPD PELA ORDEM JURÍDICA NACIONAL.....	77
4.4	PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E TCDP.....	79
4.5	JURISPRUDÊNCIAS, PROPOSTAS LEGISLATIVAS E PERSPECTIVAS.....	83
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
	REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

A idéia de prova é encontrada em várias manifestações da vida humana, vez que todo aquele que adotar determinada conduta ou tomar alguma decisão estará se comportando de acordo com convicções formadas a partir de circunstâncias fáticas, que, por sua vez, são ancoradas em vários elementos de prova.

Tais elementos são constituídos através de uma realidade pretérita, da reconstrução dos casos ocorridos, da demonstração de determinado acontecimento passado, ou seja, o ser humano busca, intensamente, descobrir a verdade, o que pode ser constatado através do grande interesse da maioria das ciências por tal assunto, incluindo, logicamente, a ciência processual.

Como a verdade real é algo inatingível, já que não é possível uma reconstrução perfeita daquilo que aconteceu outrora, posto que toda essa recapitulação é realizada pelas impressões que os indivíduos têm dos fatos, as alegações que estes formam sobre os acontecimentos é que se tornam objeto de uma apreciação valorativa, pois o fato, em si, não existe, somente relatos deles.

A importância das provas para o processo de conhecimento é tão significativa que a investigação dos episódios, nessa fase processual, ocupa quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o aludido tema, já que o conhecimento prévio acerca dos eventos relevantes e contraditórios ocorridos é condição para que uma regra jurídica (nos moldes em que foi estabelecida pelo legislador) seja aplicada a determinada hipótese fática.

Essa representação dos acontecimentos, capaz de levar ao magistrado informações concretas sobre os fatos relevantes e controvertidos para a solução da questão posta sob sua apreciação, a fim de que este forme o seu juízo de valor, compõe o que se convencionou chamar de instrução probatória.

Referida instrução é orientada por princípios, conceitos e regras que, em conjunto, estabelecem quem é o responsável pelo encargo de demonstrar, no processo jurisdicional, a ocorrência de fatos de seu interesse, de modo que, com

essa comprovação, possa obter uma decisão judicial que tutele a sua pretensão deduzida em juízo.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 333, estabelece uma regra geral acerca do ônus da prova, normatizando que tal dever incumbe ao autor em relação ao fato constitutivo do seu direito, enquanto que compete ao réu o encargo de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O CPC adotou, assim, o modelo estático (não dinâmico) do ônus da prova, ou seja, referido encargo é distribuído previamente entre os sujeitos processuais, sem a análise pontual de cada caso concreto posto sob apreciação do Poder Judiciário.

Ocorre que, ao lado dessa regra geral estabelecida no artigo supracitado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas possibilidades, seja expressa, seja implicitamente, de alteração daquela disposição rígida e abstrata, relativizando-a.

Expressamente, tais modificações se apresentam sob a forma de inversões do ônus da prova, na medida em que há uma repartição dos encargos probatórios de uma maneira diversa daquela estabelecida no caput do art. 333 do CPC por clara determinação ou autorização do legislador ordinário, ou seja, as regras normais de distribuição do ônus da prova sofrem mutações intituladas de inversões do ônus da prova.

De maneira implícita, por sua vez, por intermédio da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas, permite-se a extensão da relatividade da responsabilidade probatória a todas as situações concretas em que se mostre necessário, e não apenas naquelas situações previstas, de maneira expressa, pelo legislador.

A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas representa uma nova concepção acerca da repartição do ônus probatório, relativizando-o, na medida em que possibilita ao magistrado, por intermédio de um exame preciso e pontual realizado sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento, remova, com razoabilidade, a responsabilidade probatória da parte sensivelmente impossibilitada de suportá-la, atribuindo-a ao sujeito processual que se encontra em melhores condições de satisfazê-la, observando-se, sempre, os princípios constitucionais atinentes à matéria.

Com o emprego dessa teoria, atribuir-se-á uma maior efetividade ao processo, já que a solução da questão posta sob o manto do Poder Judiciário será feita de uma maneira mais justa e equânime, na medida em que sua aplicação prática impedirá, entre outras iniquidades, o insucesso de determinada demanda em decorrência, quase que exclusiva, da hipossuficiência de uma parte em produzir certa prova.

Nesse esteio, o presente estudo monográfico tem por escopo discorrer sobre o tema da relativização do ônus da prova civil, abrangendo tanto as formas de alteração previstas de maneira expressa no nosso ordenamento jurídico, como aquelas que se encontram implícitas neste.

Para alcançar estes objetivos, faz-se necessário, inicialmente, a análise dos principais institutos da teoria geral do direito probatório, a fim de que, com a compreensão dos mesmos, examinem-se, mais perfeitamente, as regras que tratam acerca da regras de repartição da responsabilidade probatória.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho será a explanatória, realizada através de um levantamento normativo, bibliográfico e jurisprudencial sobre o assunto ora proposto, buscando, sempre, correlacionar essas três diretrizes, para um melhor desenvolvimento do estudo.

A estruturação do trabalho está desenvolvida em três capítulos, além da introdução e das considerações finais. O primeiro aborda o assunto da prova no processo civil através de uma visão global, analisando os principais institutos existentes no direito probatório. O segundo trata do ônus da prova, sua distribuição no Código de Processo Civil, bem como das modificações autorizadas ou determinadas de forma expressa pelo legislador. Já o capítulo de encerramento fará uma análise da teoria da carga dinâmica das provas, examinando os seus principais aspectos e perspectivas.

2 PROVA NO PROCESSO CIVIL: VISÃO GLOBAL

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes de adentrar em um estudo mais específico acerca da problemática do ônus da prova, cumpre analisar alguns institutos pertinentes à teoria geral do direito probatório.

Inicialmente, partindo-se da constatação de que todo direito subjetivo origina-se de um fato, e o juiz, ao decidir, leva em consideração apenas os fatos alegados e devidamente provados, é possível afirmar, a partir desse raciocínio inaugural, que a prova (em sentido lato) representa um instrumento indispensável à atividade jurisdicional.

Tanto é assim que o direito à prova é considerado, por boa parte da doutrina, como sendo uma prerrogativa fundamental, vez que, através dela, o cidadão pode participar efetivamente do processo judicial, possibilitando que este conduza ao Estado-Juiz os elementos que entenda necessários (respeitando, evidentemente, algumas limitações quando a busca pela prova possa colidir com outros princípios do ordenamento jurídico) para corroborar com suas alegações.

Sobre a importância da prova, válidos são os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, que, com talento, leciona:

A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o direito à prova em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do direito ao processo¹.

Embora o direito à prova não esteja expressamente previsto no texto constitucional, evidencia-se que o mesmo decorre de outros dois direitos fundamentais categoricamente prenunciados na Carta Magna, quais sejam: o direito ao devido processo legal e o direito ao contraditório.

Isso porque, só existe um devido processo legal, ou processo justo, quando este é realizado sob o manto de um contraditório equilibrado. Por sua vez, só há um contraditório efetivo, eficaz e real, quando se oferece às partes oportunidades para que estas influenciem no resultado da demanda, o que ocorre, sem sombra de dúvidas, quando é facultado aos sujeitos de determinada relação processual a possibilidade de comprovarem as suas alegações mediante a produção da prova, isto é, só há contraditório se as partes são informadas sobre todos os atos do processo, assim como lhes são ofertadas possibilidades de se manifestarem sobre os mesmos, inclusive com a produção de provas, a fim de comprovarem suas alegações.

Nesse aspecto, Candido Rangel afirma: “Pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo.”² Já Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira argumentam que “Considera-se o direito à prova como direito fundamental, derivado dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça.”³

Em nível infraconstitucional, por seu turno, infere-se que o direito à prova encontra respaldo, ainda que de forma reflexa, no art. 332 do Código de Processo Civil, que dessa maneira determina: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Mais adiante, analisaremos, detalhadamente, esse artigo, indicando as possíveis interpretações cabíveis.

Do exposto, percebe-se que o direito à prova encontra amparo tanto em nível constitucional, como na legislação ordinária, o que evidencia a imensa importância desse instituto para o ordenamento jurídico brasileiro.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001; p. 47. Vol.III.

² *Idem, ibidem*, p. 48.

Por outro lado, nessas noções introdutórias, é interessante destacar que a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações no âmbito do direito processual civil. Isso porque referido vocábulo pode ser utilizado: para se referir ao meio de prova utilizado, sendo possível falar, assim, em prova documental, prova testemunhal etc.; para denotar o resultado da produção probatória, quando se afirma, por exemplo, que o autor provou os fatos alegados em sua peça inicial e, por fim, para designar a própria atividade probatória realizada pelas partes com o intuito de convencer o magistrado, o que pode se constatar pela corrente afirmação de que a quem alega um fato cabe fazer prova dele.

Na doutrina nacional, o conceito de prova está mais relacionado com este último sentido que referido termo assume. Assim é que Cândido Rangel Dinamarco aduz que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”⁴. Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara assevera que “se denomina prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”⁵, enquanto que, na concepção de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.⁶

Do exame das definições supracitadas, chega-se à conclusão de que as provas são destinadas à averiguação dos fatos sobre os quais incidirá o enunciado normativo estabelecido previamente pelo legislador, ou seja, as provas englobam todos os meios destinados ao esclarecimento dos fatos, a fim de que o magistrado forme a sua convicção acerca da matéria fática posta sob sua apreciação.

No que diz respeito à natureza jurídica das normas que regulamentam as provas, é interessante deixar claro que elas fazem parte do conjunto de regras de direito processual, e não de direito material ou substancial.

Com efeito, embora polêmica a questão, as normas sobre provas regulam o procedimento através do qual o juiz formará sua convicção acerca dos fatos relevantes para o julgamento de determinada causa, enquanto que as normas de

³ DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Podivm, 2007, p.23. Vol. II.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 43. Nota 1.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; p. 395. Vol. I.

direito material (ou substancial) que tratam de provas, em sua maioria, abrangem, apenas, as formas de determinados atos jurídicos, estando, por conseguinte, ligadas à própria validade destes.

Sobre essa controvérsia, aduz o já citado Cândido Rangel Dinamarco:

Diferentes da prova, seja em sua natureza, seja em sua relevância jurídica, são as formas solenes de que certos negócios jurídicos devem-se revestir necessariamente, sob pena de invalidade ou inexistência jurídica (tal é a forma prescrita ou não defesa em lei, na clássica fórmula exposta pelo art. 82 do Código Civil). Essas, sim, são típicos institutos de direito substancial, uma vez que sem elas o ato não vale ou até mesmo pode chegar a ser juridicamente inexistente. Quando se trata de convencer e não de constituir validamente o ato (prova *ad substantiam*, art. 134 CC), estamos no campo preparatório de julgamentos e por isso é de processo que se cuida.⁷

Sobre esse aspecto, não menos elucidativos são os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que asseveram:

É da substancia do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal – que corresponde à forma do negócio jurídico, um dos elementos de sua essência (CC 104) -, bem como a forma como podem ser provados os fatos jurídicos que não exigem forma especial (CC 212). É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de provas admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador⁸.

Pelas razões acima transcritas, é possível garantir que normas a seguir analisadas possuem natureza processual, vez que regulam os instrumentos através dos quais o magistrado exercerá, em nome do Estado, a função jurisdicional, não envolvendo questionamentos acerca da validade dos atos jurídicos e outros aspectos ligados ao direito material.

2.2 OBJETO DA PROVA

O objeto da prova é constituído pelas alegações das partes a respeito dos fatos. Isso porque, consoante pensamento dominante na doutrina, a prova não se

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 45-46. Nota 1.

destina a comprovar fatos, mas sim afirmações de fato⁹, já que o fato, em si, não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que ou aconteceu ou não aconteceu, ou existe ou não existe, sendo, portanto, inapropriado adjetivar tais eventos. Nesse ínterim são esclarecedoras as seguintes palavras:

Objeto da prova é o conjunto de alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não aos fatos em si mesmos.¹⁰

A prova, portanto, não tem o condão de criar uma certeza sobre o fato, mas sim de imbuir na mente do magistrado a convicção sobre aludida certeza, pois as alegações é que podem ou não ser verdadeiras, cabendo a cada parte de determinada relação processual o encargo de comprovar a veracidade das mesmas.

Cumprido destacar, também, que apenas os fatos pertinentes e relevantes para o processo é que serão objeto de prova, já que pouco importa a produção probatória acerca de alegações sobre ocorrências não importantes à solução do litígio posto sob o crivo do judiciário.

Deve-se entender por fatos relevantes aqueles acontecimentos que têm o condão de influenciar o magistrado no julgamento a ser proferido em certo processo, sendo, a contrário senso, irrelevantes aqueles episódios que, independente da sua existência ou não, o provimento jurisdicional será o mesmo. Não é por outra razão que o art. 130 do Código de Processo Civil determina que caberá ao magistrado indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, o que deixa claro o intuito do legislador de excluir do objeto da prova os fatos insignificantes.

Nesse diapasão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira asseveram que:

Devem ser provados apenas os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Os fatos por provar devem ser relevantes ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa; são excluídos da prova os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão da causa;¹¹

Outrossim, a necessidade de se provar somente se verifica quando há controvérsia sobre os fatos, isto é, quando as partes formulam alegações opostas, já

⁸ NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código de Processo Civil Comentado**. 7^oed., ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 719-720.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Manual do Processo do Conhecimento**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 308.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 58. Nota 1.

¹¹ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.26. Nota 3.

que, se não houver colisão entre as versões deduzidas em juízo acerca da matéria fática, o reconhecimento daquele evento afirmado em juízo, em regra, não dependerá de prova, pois não se formou nenhuma dúvida no julgador sobre tal assunto, não sendo necessário, assim, nenhum esforço probatório nesse sentido, já que este se mostraria totalmente desnecessário.

O fato “probando”, ou seja, o fato objeto da prova é, pois, o fato controvertido, entendido este como sendo aquele afirmado por uma parte e contestado pela outra, seja negando-o por inteiro, seja dando-lhe outra versão.

Nesse sentido, interessante a redação do art. 334 do Código de Processo Civil, que estabelece quais os fatos que independem de prova, pois dispõe que não dependem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos, no processo, como incontroversos, bem como aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Pelo teor desse comando legal, observa-se que o fato incontroverso, como aduzido acima, não será objeto de nenhuma dilação probatória, o que ocorre, por exemplo, quando o autor, em sua petição inicial, alega determinado acontecimento, e o réu não o impugna, o que evidencia a desnecessidade da prova acerca desse ponto.

Por essa razão é que o art. 302 do Código de Processo Civil determina que compete ao réu, entre outras incumbências, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, sob pena de não o fazendo, os fatos não impugnados serem considerados, presumidamente, verdadeiros (salvo algumas exceções contidas nos incisos deste artigo), sendo, assim, dispensável qualquer prova acerca dos mesmos, que são, dessa forma, tidos como incontroversos.

Referido comando legal evidencia o princípio da impugnação específica dos fatos, suportado pelo réu, já que este tem o ônus de manifestar-se, precisamente, sobre todos os fatos narrados na petição inicial, devendo sofrer as conseqüências acima descritas, caso não cumpra este encargo.

Interessante destacar, também, que é na audiência preliminar, consoante determina o art. 331 do Código de Processo Civil, o momento determinado pelo legislador ordinário para que o magistrado estabeleça quais são os pontos controvertidos da demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário para, assim o fazendo, determinar a feitura de provas apenas com o fim de elucidar tais matérias fáticas. Assim, ponto não controvertido não é objeto de prova.

Cumpra esclarecer, ainda, que, deixando o réu de apresentar sua peça contestatória, o que caracteriza o estado de revelia total¹², não contrapondo nenhuma das alegações deduzidas pelo demandante, igualmente reputar-se-ão verdadeiras (presunção relativa, já que o Código de Processo Civil¹³ estabelece alguns casos em que a revelia não produz os efeitos aqui afirmados) as formulações deste, não havendo, por tal razão, necessidade de produção probatória, já que, consoante o inciso IV, do art. 334, do Código de Processo Civil, acima transcrito, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, o que é o caso.

Destaca-se, ainda, que essa presunção pode ser *iuris tantum* (presunção relativa), caso em que a parte interessada na sua não observância tem o dever de provar que os fatos presumidos não são verdadeiros e, nesse caso, o juiz deve permitir a dilação probatória, ou *iure et iure* (presunção absoluta), quando os fatos presumidos como verdadeiros não admitem prova em contrário.

Vale lembrar, também, que o multicitado art. 334 do CPC determina que os fatos notórios, bem como aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, impedem a formação de questão de fato a ser dirimida mediante prova.

Isso ocorre pois o fato notório é aquele reconhecido publicamente, sabido de todos, de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu, incluindo aqui, logicamente, o magistrado onde o processo tramita, o que dispensa qualquer esforço no sentido de comprovação. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sobre esse tema, afirmam que:

Trata-se de fatos que são geralmente conhecidos por todos, e também de fatos que podem ser de fácil acesso a qualquer pessoa que tenha instrumentos comuns de informação. Como escreve a boa doutrina italiana, são fatos notórios circunstâncias históricas, dados geográficos, eventos importantes da vida social, econômica e política (guerras, eventos da natureza, tais como enchentes, eleições, desvalorização da moeda etc).¹⁴

¹² Entende-se por revelia total quando o réu deixa transcorrer em branco o prazo para oferecer sua resposta, quando contesta intempestivamente, ou quando contesta formalmente, mas não impugna os fatos narrados na petição inicial. Por revelia parcial, deve-se compreender que esta acontece quando o réu deixa de opor-se a algum ou a alguns fatos articulados pelo promovente na inicial.

¹³ O art. 320 do CPC (lei 5.869/73) enumera os casos em que os efeitos da revelia não ocorrem e, dessa forma, apesar da inexistência de impugnação por parte do réu, a matéria elencada nesse artigo deve ser objeto de prova.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p. 313. Nota 9.

Já Cândido Rangel Dinamarco aduz que “[...] é necessário que o conhecimento do fato integre o comumente sabido, ao menos em determinado extrato social”¹⁵.

No que tange à confissão (que existe quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário), é preciso esclarecer que a mesma faz com que o fato confessado não seja objeto de nenhum tipo de atividade probatória, a não ser que a seu respeito a confissão não seja admitida, já que nosso ordenamento jurídico não permite a confissão acerca de fatos que tratem de direitos indisponíveis¹⁶.

Conforme exposto até o presente momento, as provas incidem somente sobre matéria fática. Contudo, há situações em que podem existir provas sobre assuntos jurídicos, ou melhor, sobre alegações acerca do direito positivo.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 337, que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz. Dessa forma, nos casos em que o magistrado entender necessário, vez que desconhece a legislação invocada por alguma das partes, poderá admitir uma produção probatória acerca de alegações não sobre fatos, e sim sobre matéria de direito. Ressalte-se que não se trata de provar o direito, mas sim de comprovar o fato consistente na existência e vigência daquele texto legal invocado.

Ressalte-se, não obstante, que, segundo o princípio “*iura novit curia*”, o magistrado é obrigado a conhecer o direito vigente no local onde o mesmo exerce as suas funções, de modo que, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto legal acima referido com o brocardo aqui citado, chega-se a conclusão de que aquele preceito legal, ao falar em direito municipal e estadual, tem por escopo se referir à legislação vigente em Município ou Estado da Federação diverso daquele onde o juiz exerce suas atribuições, pois nesta localidade o operador do direito é forçado a conhecer o teor e a vigência das normas legais invocadas pelas partes da demanda.

Excetuando-se, pois, o caso descrito do art. 337 do CPC, as provas devem recair sobre matéria fática controvertida e relevante para a solução do litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 64. Nota 1.

2.3 SISTEMAS DE VALORAÇÃO

Com o intuito de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controversos da demanda, o magistrado deve observar um método para valorar as provas produzidas, o que a doutrina denominou de sistemas de valoração.

Três são, basicamente, os sistemas ou métodos conhecidos no direito processual, quais sejam: o do critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional.

Alexandre Freitas Câmara¹⁷ assevera que o primeiro sistema (da prova legal) é originário das ordálias (ou juízo de deus), segundo o qual se acreditava que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade. Com o passar do tempo, chegou-se ao sistema da prova legal, também conhecido por sistema positivo.

Por este método (que foi desenvolvido no processo germânico), defende-se um tarifamento das provas, vez que cada uma desta teria como que tabelado o seu valor, do qual o juiz não poderia se esquivar. Percebe-se, assim, que, por essa técnica, o magistrado não passa de mero aplicador da norma, já que é obrigado a permanecer preso ao formalismo e ao valor fixado das provas, pois a lei atribui valores predeterminados a estas, os quais serão obrigatoriamente observados pelo juiz quando da feitura do provimento jurisdicional.

Preponderam, pois, as regras de valoração propugnadas pelo legislador, que se antecipa ao magistrado e estabelece juízos de valor, em caráter geral e abstrato, vinculando a atividade do julgador ao que foi determinado no diploma legal.

Embora atualmente superado, vale destacar que ainda existem resíduos, no direito contemporâneo, do método ou sistema legal, consoante assevera Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*:

[...] ainda existem (infelizmente) algumas normas cujo fim é tarifar a prova, afirmando que determinados fatos só se provam por este meio, ou que aquele outro é inadequado para provar outros fatos. Viola-se, assim, a liberdade do juiz, que fica vinculado às tarifas estabelecidas pelo direito positivo. É o que se tem, por exemplo, na norma constante do art. 227 do

¹⁶ O texto do art. 351 do CPC (Lei 5.869/73) é claro no sentido de que a confissão relativa aos fatos sobre direitos indisponíveis não produzirá nenhum efeito, entendidos esses direitos como sendo os fundamentais do homem (vida, saúde liberdade etc).

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 404. Nota 5.

Código Civil de 2002, que revogou tacitamente o art. 401 do CPC, e que nega qualquer valor à prova exclusivamente testemunhal nos negócios jurídicos cujo valor exceda dez vezes o maior salário mínimo vigente no país (sendo certo que a revogada regra do CPC era mais restrita, já que fazia alusão apenas a contratos, enquanto o dispositivo do Código Civil de 2002 fala, mais genericamente, em negócios jurídicos). É ainda o que se tem com o art. 902 do CPC, que exige 'prova literal' (ou seja, prova escrita) do contrato de depósito, que – embora não solene – só se prova por esta forma¹⁸.

O segundo sistema conhecido é o denominado da livre (ou íntima) convicção, que está em posição completamente oposta ao da prova legal. Pelo método agora comentado, o juiz tem a capacidade/faculdade de poder decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem estar obrigado a fundamentar ou justificar quaisquer de suas posições. Para Humberto Theodoro Junior, nessa metodologia, “O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de provas, como ao método de avaliação.”¹⁹

Por tal técnica, portanto, o juiz é totalmente independente quanto à indagação da verdade e à apreciação da prova, podendo formar o seu convencimento a partir de quaisquer elementos. Amaral Santos assevera que o juiz poderá proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos de que tomou conhecimento extrajudicialmente.²⁰

Destaca-se, ainda, que, não obstante em desuso aludido sistema no moderno processo civil, existe, no âmbito penal, um único caso em que o julgamento é ancorado no convencimento íntimo, o que acontece no tribunal do júri, quando os jurados decidem em segredo e sem motivação alguma.

Por fim, o terceiro e último sistema comentado pela doutrina (e adotado hodiernamente pelo nosso sistema positivo) é o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o juiz, na apreciação dos fatos e das suas respectivas provas, encontra-se livre para formar seu convencimento, desde que este seja racional, bem como motivado de acordo com as provas constantes nos autos.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 405.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2000, p. 370. Vol. I.

²⁰ SANTOS, Amaral *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 405. Nota 5.

Racional porque não deve defluir de impulsos pessoais do magistrado, e sim do que se encontrar esclarecido nos autos, já que o julgador deve ser impessoal. Motivado, pois o juiz deve esclarecer à sociedade quais foram as razões que o levaram a decidir de tal modo, inclusive sendo tal exposição de motivos uma exigência prevista na nossa Constituição Federal, que, no inc.IX, do art. 93, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões.

Embora livre o convencimento, destaque-se que não pode existir arbitrariedade por parte do aplicador da norma, já que a conclusão a que este chegar deve se ligar logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos.

O nosso Código de Processo Civil, consoante afirmação acima lançada, adotou o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o que pode ser observado pelo texto constante no art. 131 desse diploma legislativo, senão vejamos:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Dessa forma, levando em consideração as provas produzidas nos autos (refletindo o brocardo jurídico que afirma que o que não está nos autos não está no mundo), o magistrado é livre, respeitado certas limitações em determinadas matérias probatórias impostas pelo legislador, para valorar as provas e, assim, formar o seu convencimento.

Tal liberdade pode ser visualizada pelo texto do artigo 436 do Código de Processo Civil, que assim enuncia “Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Da leitura do comando legal, é possível deduzir que o juiz pode desprezar as conclusões do laudo (desde que o faça de maneira devidamente motivada) e, assim, ancorar as suas conclusões em outras provas constantes no processo, tudo com base no sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Sobre tal sistema, merecem transcrição os ensinamentos de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que, em conclusão, afirmam:

Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.²¹

Enfim, no ordenamento jurídico brasileiro, a valoração das provas é feita pelo juiz, que recebe as influências destas na formação do seu convencimento e, assim, adota um provimento jurisdicional racional e devidamente motivado.

2.4 FINALIDADE E DESTINATÁRIOS

A finalidade da prova, consoante argumentos acima descritos, não é estabelecer a verdade acerca de um fato, mas sim a de levar ao magistrado meios suficientes para que o mesmo alcance uma certeza razoável acerca dos acontecimentos e, dessa forma, adote uma decisão.

Sendo essencial o conhecimento dos fatos ocorridos para que a regra jurídica abstrata seja corretamente aplicada, ou seja, para que o juiz possa, a partir da situação concreta a ele narrada, apontar a norma jurídica incidente sobre aquele fato, não há dúvida que o escopo da prova é colocar o julgador em condições de se pronunciar sobre a demanda.

Destaque-se que o conhecimento formado na mente da autoridade através da produção probatória é algo subjetivo, nunca chegando ao estado da verdade absoluta dos fatos, que é uma noção objetiva.

Eis a razão pela qual a finalidade principal da prova é a busca da verdade substancial (ou material), já que, no processo, a verdade não constitui um fim em si mesmo, não obstante, seja interessante buscá-la para que se dê qualidade à prestação jurisdicional oferecida pelo estado.

²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. op. cit., p. 361. Nota 6.

Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que esclarecem:

Assim, nota-se que a idéia (ou ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.²²

Dessa forma, a idéia de verdade deve ser encarada como uma meta imaginária do processo, exercendo função importante, já que o juiz deve buscá-la como ideal, embora saiba que é impossível encontrá-la, isto é, embora não se afirme, com segurança absoluta, que o produto encontrado através da instrução probatória corresponde à verdade, este desígnio deve sempre estar presente na atividade desenvolvida pelos operadores do direito. Sobre o assunto, Francesco Canelutti aduziu:

[...] na substância é realmente oportuno observar como a verdade não possa ser que uma, onde a verdade formal ou jurídica ou coincide com a verdade material, e não é que verdade, ou diverge desta, e não é que uma não verdade, de forma que, tirante a metáfora, o processo de busca sujeito a normas jurídicas, que lhe constringem e lhe deformam pureza lógica, **não pode ser sinceramente considerado como um meio de conhecimento da verdade dos fatos, mas sim como uma fixação ou determinação dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade destes e permanece, seja como for, independente desta**²³[Grifo Nosso].

Essa hipotética correspondência entre a verdade dos fatos e o resultado da atividade probatória nunca será possível, posto que a reconstrução dos episódios pretéritos sempre sofrerá influências de aspectos subjetivos das pessoas que os narram, ou ainda da própria impressão do julgador quando realiza a atividade de valoração das provas.

Como o magistrado não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional²⁴, tendo que solucionar aquela demanda que se encontra sob sua competência, na prática, os provimentos jurisdicionais são adotados com base em juízos que não correspondem necessariamente à verdade real, posto que a busca por esta poderia

²² MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p. 294. Nota 9.

²³ CANELUTTI, Francesco *apud* MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p. 295. Nota 9.

²⁴ Código de Processo Civil. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

eternizar o processo, o que acabaria por denegar a justiça postulada pelos sujeitos da relação processual.

Assim, deve-se concluir como Humberto Theodoro Junior, que afirma que “deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade.”²⁵.

Não menos elucidativas são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que asseveram:

[...] é imperativo convir que não é objetivo concreto do juiz encontrar a verdade (absoluta) no processo. Conquanto possa essa meta continuar como elemento mítico – e objetivo utópico – da atividade jurisdicional (mesmo para que se possa assegurar a qualidade da pesquisa efetivada pelo magistrado e, conseqüentemente, do resultado obtido), não se pode acreditar que, concretamente, esse ideal seja realizado no processo ou mesmo que ele a isto se destina.²⁶

Visto, pois, qual seria a finalidade da prova, válidos são, em arremate, a transcrição dos pensamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, segundo os quais “Esta parece ser, efetivamente, a finalidade da prova: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa.”²⁷

Por sua vez, no que tange aos destinatários da prova, é corrente na doutrina a afirmação de que a prova possui dois endereçados, sendo um direto, o Estado-Juiz, e outro indireto, as partes da demanda.

Afirma-se que o magistrado é o destinatário direto, haja vista que o mesmo precisa ter conhecimento acerca dos fatos, a fim de que possa decidir aquela questão que está sob sua apreciação. Ressalte-se que ao juiz, pela própria garantia oferecida às partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos, já que o que não se encontra no processo, não deve ser levado em consideração pelo julgador.

Por outro lado, afirma-se que as partes da demanda representam os destinatários indiretos da prova, posto que estas também precisam se convencer da verdade (substancial) dos fatos, a fim de que acolham, com razoabilidade, a decisão resultante da atividade jurisdicional.

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit., p. 370. Nota 19.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p 298-299. Nota 9.

²⁷ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.29. Nota.3.

Vale destacar, igualmente, que a prova, não importa qual seja, uma vez levada aos autos, pertence a todos, ou seja, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes, o que representa a aplicação prática do princípio da comunhão da prova, segundo o qual esta, depois de carreada legitimamente aos autos, poderá ser utilizada por qualquer dos seus destinatários (direto ou indireto).

2.5 MEIOS E FONTES

Por fonte de prova deve-se entender todas as pessoas ou coisas das quais se possam extrair algum tipo de informação capaz de comprovar certa alegação formulada pelas partes da causa.

Assim, as fontes representam as pessoas, as coisas (ou até os fenômenos) dos quais emanam os subsídios que servirão de base para a prolação de um provimento jurisdicional.

Os doutrinadores, quase sempre, diferenciam as fontes dos meios de prova. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara assevera:

A doutrina costuma distinguir entre meios e fontes de prova, sendo estas entendidas como as pessoas e coisas de onde promana a prova, enquanto aqueles são os instrumentos que permitem se leve ao juiz os elementos que irão participar da formação da sua convicção.²⁸

Já os meios de prova, consoante definição supra transcrita, compreendem as técnicas utilizadas para extrair as informações das fontes, ou seja, os meios de prova são os instrumentos destinados à investigação de fatos duvidosos e relevantes para a causa.

Em princípio, não há razões para que exista uma limitação acerca dos meios de prova. Não obstante, mostra-se bastante ameaçador o livre-arbítrio das partes nesse aspecto, visto ser assaz perigoso possibilitar que estas utilizem todos os métodos que entendam pertinentes para convencer o juízo acerca dos fatos de seu interesse.

Nesse aspecto, válidos são as palavras de renomados processualistas:

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 406. Nota 5.

A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima – *cfr.* CPC, art. 401); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc.).²⁹

O ordenamento jurídico brasileiro admite a utilização, no processo civil, de todos os meios legais, bem como dos moralmente legítimos, a fim de que as partes provejam suas alegações.

Isso é o que se extrai da redação do art. 332 do Código de Processo Civil, que dessa maneira dispõe: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”.

Referido comando legal deve ser analisado conjuntamente com o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, que determina: “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”. Cândido Rangel Dinamarco afirma que “Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer no tocante aos meios probatórios”³⁰.

Por tal definição, extrai-se que a prova será ilícita quando o meio aplicado para a sua absorção não estiver em conformidade com os parâmetros legais, ou, ainda, quando esses meios, apesar de serem lícitos, incidam sobre fonte não admitida pelo nosso ordenamento.

Exemplo desse tipo de prova é aquela obtida sob tortura, ou mediante ameaça ou extorsão, ou através de qualquer outro mecanismo proibido pelo nosso direito positivo. Caso estas provas sejam carreadas ao processo, o magistrado deverá considerá-las inexistentes, ordenando, por conseguinte, o seu desentranhamento dos autos.

A inadmissibilidade da utilização das provas obtidas por meio ilícito, embora represente uma limitação ao direito à prova, constitui uma vedação (em âmbito constitucional) que privilegia, entre outros direitos, a liberdade e a intimidade

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. op. cit., p. 358. Nota 6.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 49. Nota 1.

das pessoas, que, sem essa proibição, estariam sujeitas a um grande número de situações constrangedoras.

Ressalte-se que alguns doutrinadores nacionais (a questão não é pacífica), com inspiração em juristas alemães, têm admitido a utilização, no processo, das provas obtidas por meio ilícito, desde que, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, o direito constitucional da parte de provar se sobreponha ao direito (também constitucional) da outra parte de não ter contra si uma prova ilícita produzida.

Nesse sentido, vejamos a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Entretanto, o uso da prova ilícita, ainda que dependente dessa ponderação, somente pode ser aceito quando a prova foi obtida ou formada ilicitamente porque inexistia outra maneira para a demonstração dos fatos em juízo. A prova ilícita somente pode ser admitida quando é a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado ainda que diante do direito de personalidade atingido. Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com valores do seu momento histórico e diante das circunstâncias do caso concreto.³¹

No direito processual civil, portanto, existem os meios legais de prova, que são aqueles definidos em lei (regulados no Código de Processo Civil), bem como os meios moralmente legítimos, que, apesar de não estarem previstos em nenhum esquema predisposto pelo legislador, podem ser utilizado no campo processual, desde que, obviamente, não contrariem a moral, nem os bons costumes.

Sobre os meios moralmente ilegítimos, argumentam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que “é fundamental concluir que ‘prova moralmente ilegítima’ é a prova que atenta contra as regras de direito que foram instituídas para proteger a moral e os bons costumes”.³² Deve-se observar, também, para a proibição, acima referida, da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Os meios especificados pelo Código Processo Civil são os seguintes: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p. 321-322. Nota 9.

³² *Idem, ibidem*, p. 318.

Entre os meios moralmente legítimos ou provas atípicas, a doutrina costuma citar alguns exemplos, sendo freqüente a referência à prova emprestada, aos indícios, às presunções, à prestação de informações ao juízo por terceiros, ao comportamento processual da parte etc.

Não se deve, entretanto, confundir prova atípica com prova ilícita, já que aquela representa, apenas, os meios de prova que não estão tipificados no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto que o conceito de prova ilícita abrange as provas obtidas em desconformidade com o ordenamento jurídico, podendo abranger tanto a prova típica, quanto a atípica.

Outrossim, é interessante destacar que não existe qualquer tipo preferência entre as provas típicas e as atípicas, já que o magistrado tem amplo alvedrio para apreciá-las, desde que, obviamente, estas não tenham sido obtidas por meios ilícitos. Nesse sentido, assevera Misael Montenegro Filho:

Todas as demais provas não contempladas em letras do CPC são tidas como inominadas ou atípicas. Isso não quer necessariamente significar que existiria hierarquia entre as provas típicas ou nominadas e as atípicas ou inominadas, a primeira subespécie valendo mais que a segunda. É que vige no processo civil o sistema do convencimento racional ou persuasão racional, conferindo-se ao magistrado ampla liberdade para sopesar as provas do processo, formando o seu convencimento com o apoio em uma e/ou em outra espécie, desde que fundamente as razões de sua decisão³³.

Assim, fácil é a constatação que o nosso sistema processual civil admite, como afirma Alexandre Freitas Câmara³⁴, a utilização dos meios juridicamente idôneos de provas, ou seja, dos meios legais (positivos, típicos), bem como dos moralmente legítimos (atípicos), contanto que, evidentemente, sejam empregados de maneira lícita.

2.6 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

O procedimento probatório representa um conjunto de atos através dos quais as provas são coletadas e carreadas ao processo, a fim de que o magistrado

³³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo do conhecimento. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.464. Vol I.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 407. Nota 5.

possa, livremente, apreciá-las e, a partir daí, formar sua convicção acerca da matéria fática controvertida.

A prova, uma vez requerida pela parte, tem que ser ou não deferida pelo juiz da causa, a fim de que possa ser produzida. Em caso positivo, ou seja, entendendo magistrado a relevância daquele material probatório requisitado, a parte que não a solicitou tem a faculdade de fiscalizar a produção da prova, participando de tal atividade, em observância ao princípio do contraditório. Toda essa metodologia constitui o procedimento probatório.

Tal procedimento pode ser dividido em quatro fases (que correspondem ao que é chamado de momento da prova no processo), quais sejam: requerimento, admissão, produção e valoração da prova.

No requerimento, que é a fase inicial, as partes solicitam ao órgão jurisdicional a produção (realização) de determinada prova, o que ocorre para o autor, em regra, com a apresentação da petição inicial, vez que este deve indicar, em harmonia com o que comanda o inciso VI do art. 282 do Código de Processo Civil, as provas com as quais pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Já o réu, por sua vez, independentemente do tipo de resposta que oferecer (contestação, reconvenção ou exceção, ou mais de uma conjuntamente), deverá, também, consoante os arts. 300, 307, 312 e 315 do mesmo diploma legal, especificar as provas com que pretende corroborar suas argüições, quando da apresentação de uma (ou mais) das peças acima descritas.

Sobre esse encargo das partes estabelecido no Código de Processo Civil e a realidade existente na prática forense são pertinentes os comentários de Cândido Rangel Dinamarco:

Nem uma nem outra dessas determinações prevalece no dia-a-dia do processo civil, pelos modos que o legislador projetou. Ao protesto inicial a ser feito na petição inicial, que é uma ridícula inutilidade (Lopes da Costa, Calmon de Passos), o juiz e tribunais não dão atenção alguma e consideram vital apenas o efetivo requerimento de prova a ser feito depois de oferecida a contestação pelo réu (art. 324 – infra, nn. 1.000 e 1.133). Mesmo que o protesto não haja sido feito, esse requerimento é suficiente e o autor não ficará privado da prova só por não ter satisfeito a falsa exigência de protestar por provas. Inversamente, se o protesto foi feito e o autor não vier a requerer concretamente a prova na oportunidade do art. 324, seu direito à prova ficará prejudicado. Pela letra do art. 324 do Código de Processo Civil, só o autor seria chamado a especificar as provas que deseja, mas todos os juizes chamam ambas as partes a fazê-lo, precisamente porque estão conscientes da inutilidade daquele vago

protesto e do perigo de impor ao réu o ônus de fazer a especificação logo ao contestar, sob pena de preclusão (art. 300).³⁵

Uma vez realizados os requerimentos, chega-se ao segundo momento do procedimento probatório, qual seja o do deferimento (ou não) da realização da provas sugeridas pelas partes, o que é feito, salvo algumas exceções, através de uma decisão interlocutória proferida na audiência preliminar (saneamento do processo), conforme determinação constante no §2 do art. 331 do Código de Processo Civil.

Sobre esse momento processual, asseveram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que “Serão deferidas as provas pertinentes e o juiz poderá, desde logo, designar audiência de conciliação, instrução e julgamento. É, portanto, complexa a decisão de saneamento, sendo uma das mais importantes decisões interlocutórias do processo.”³⁶

Caso o magistrado entenda que a prova solicitada pela parte não é relevante para o julgamento da causa ou que a sua produção não é admitida pelo direito positivo vigente, poderá indeferir a sua realização através de provimento jurisdicional devidamente motivado. Nesse caso, a parte que se sinta prejudicada poderá recorrer dessa decisão através da interposição de agravo.

A fase seguinte é a da produção ou realização da prova. Cândido Rangel Dinamarco aduz que “a realização de prova consiste nas medidas consistentes em extrair das fontes os elementos de convicção procurados”³⁷. Nessa fase, portanto, são juntadas aos autos as provas cuja realização foi deferida, o que acontece, em regra (havendo algumas exceções no que diz respeito à prova documental, à prova pericial, à inspeção judicial, entre outras), por ocasião da audiência de instrução e julgamento, consoante determinação do art. 336 do Código de Processo Civil, que dessa maneira dispõe: “Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.”

Pode-se dizer, assim, que, consoante texto legal acima transcrito, o momento culminante da produção da prova é aquele que acontece durante a realização da audiência.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 90. Nota 1.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson et al. op. cit., p. 717. Nota 8.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 91. Nota 1.

A produção probatória é composta, portanto, pelo conjunto das diligências das partes (e de seus auxiliares), bem como do juiz (como será visto adiante), a fim de que a prova seja carreada aos autos.

Por fim, chega-se a quarta e última fase do momento da prova, que é o da sua valoração ou apreciação. Nesta, o magistrado indicará (constituindo tal atividade em ato privativo do mesmo), através da sentença (ou de decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada), motivadamente, o aproveitamento ou não de certa prova, valorando-a (lembrando, sempre, conforme redigido acima, que no direito brasileiro adota-se o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, não tendo a prova, por isso, nenhum valor preestabelecido).

Ressalte-se que alguns doutrinadores não incluem a valoração da prova como uma fase do procedimento probatório, o que feito, por exemplo, com Humberto Theodoro Junior.³⁸ Não obstante, entendo que tal apreciação por parte do juiz sentenciante faz parte do momento da prova, já que integra a série de raciocínios tendentes a formação da convicção do julgador acerca da matéria posta sob sua apreciação. Nesse sentido, vejamos o luminoso entendimento de Misael Montenegro Filho:

Embora a doutrina, no que atine ao momento da prova, apenas se refira à *propositura*, à *admissão* e à *produção*, entendemos que há uma última etapa, somando-se à trilogia, relativa à *apreciação* da prova (valoração da prova), e a sua utilização como arrimo para a procedência ou para a improcedência do pedido formulado na inicial. Não faz sentido, para nós, admitir os três momentos da prova sem pensar no *resultado* do percurso natural da investigação dos fatos, saindo da postulação, passando pela fase de instrução até culminar no ato sentencial, com o aproveitamento ou não da prova em termos de formação do convencimento para o julgamento. Por essa razão, e respeitando opiniões em sentido contrário, indicamos que os momentos da prova referem-se à sua proposição, à sua admissão, à sua produção e à sua valoração, este último através da sentença judicial, estabelecendo-se, com isto, uma relação de *causa e efeito* entre os momentos da propositura e da valoração.³⁹

São essas, pois, as fases do procedimento probatório no direito processual civil brasileiro.

³⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit, p. 376. Nota 19.

³⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 462. Nota 33.

2.7 CLASSIFICAÇÕES

Diversos são os aspectos levados em consideração pela doutrina para a classificação das provas (já que o Código de Processo Civil não tratou dessa questão no corpo do seu texto), dentre os quais destacamos os seguintes (embora não exista uniformidade de nomenclatura por parte dos doutrinadores): quanto ao objeto, quanto às fontes, quanto à forma e quanto à preparação.

Na primeira feição, ou seja, quanto ao objeto, existem dois tipos de prova: as diretas e as indiretas. Misael Montenegro Filho argumenta que “Essa subdivisão na classificação refere-se à aproximação ou ao distanciamento da prova com o fato que se pretende ratificar.”⁴⁰

Levando em conta tal ensinamento, podemos aduzir que as primeiras (diretas) incidem sobre os próprios fatos relevantes e controvertidos para causa, podendo a compreensão do fato ser extraída diretamente da análise da prova, ou, como afirma Alexandre Freitas Câmara: “prova direta é a que diz respeito ao fato *probandi*, isto é, ao próprio fato cuja existência se pretende demonstrar”⁴¹.

Como exemplo de prova direta, posso citar, entre outras, os esclarecimentos de uma testemunha que presenciou o episódio sobre o qual as partes procuram demonstrar o seu efetivo acontecimento, já que tal testemunho dará ao julgador, objetivamente, a compreensão do fato que serve de amparo à pretensão deduzida em juízo.

Já as provas indiretas são aquelas que dizem respeito a outros fatos, diferentes daqueles que são objeto principal das atividades probatórias, mas que, por meio de um raciocínio dedutivo, o magistrado prever a existência ou não do fato “probando”. Nesse aspecto, válida é a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

É indireta a prova de fatos que em si mesmos não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que o fato relevante deve ter acontecido – e tais são os indícios, ou fatos-base, sobre os quais o juiz se apóia, mediante a técnica das presunções, para tirar conclusões sobre o fato probando.⁴²

⁴⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p.467. Nota 33.

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p.397. Nota 5.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 92. Nota 1.

Pela lição acima transcrita, infere-se que a prova indireta não tem por escopo o fato mais importante/essencial para a elucidação da matéria fática controvertida dos autos, e sim outro episódio, inicialmente irrelevante, mas que, por trabalho do raciocínio, chega-se ao esclarecimento do fato realmente significativo para a demanda.

Por tais motivos, a doutrina costuma afirmar que as provas indiretas são constituídas pelos indícios e pelas presunções, razão pela qual a designam, também, como prova indiciária. Nesse ponto, alguns breves esclarecimentos são pertinentes.

No que diz respeito aos indícios, devemos entendê-los como o fato do qual se extrai o acontecimento ou não do fato principal que se pretende demonstrar. Na inexistência de provas acerca do fato central, os meios probatórios incidirão sobre o fato indiciário, já que, através da comprovação deste, permitir-se-á (ou não) a verificação da existência daquele.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem que o indício “trata-se de mecanismo útil para a prova de fatos de difícil verificação ou ocorrência, bem como para a prova de fatos futuros, como no caso das demandas preventivas.”⁴³

O Código de Processo Penal, no bojo do art. 239, estabelece um conceito acerca do indício que pode ser utilizado no campo do processo civil, senão vejamos: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

À luz do exposto, deve-se entender por indício todos os fatos comprovados em determinados processo, através dos quais se mostra possível, por via de raciocínio, indicar a existência (ou não) do fato que realmente importa para o julgamento da causa.

Sobre a utilização da prova indireta ou indiciária, aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Ou seja, partindo-se da convicção de ocorrência de outro fato (indício), pode-se, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro, ou ambos devem acontecer simultaneamente. Com base nesta equação (que, como será

⁴³ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.42. Nota.3.

visto adiante, nem sempre estará na origem de todas as presunções) é que se admite a utilização de um fato para a prova de outro [...] Melhor exemplificando: verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servi-se da idéia de presunção (seja legal ou judicial) para montar um raciocínio capaz de conduzir à conclusão de sua ocorrência, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria.⁴⁴

Já a presunção, consoante texto supra transcrito, representa um processo intelectual que tem por base um indício, ou como afirma Cândido Rangel Dinamarco “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.”⁴⁵

Elas são classificadas (conforme o sujeito que a determina) em judiciais ou legais⁴⁶. Estas podem, ainda, ser divididas em relativas (*iuris tantum*), quando existe uma probabilidade razoável do acontecimento presumido, ou absolutas (*iuris et de iure*), quando a probabilidade do fato presumido ter realmente acontecido é muito forte, a ponto de constituir uma verdadeira ficção legal⁴⁷, não admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, já que as mesmas são tidas como verdades incondicionais. Sobre essas subdivisões, Dinamarco escreve:

Em direito, as presunções são estabelecidas pelo legislador em suas normas gerais ou pelos juizes e tribunais, em suas decisões ou jurisprudência. Lá têm-se as presunções legais (*legis*) e aqui, judiciais (*hominis*). Aquelas, expressas em normas gerais e abstratas, impõem-se em todos os casos que estas prevêm; as presunções judiciais aplicam-se de início ao caso em julgamento, onde o próprio juiz presumiu, mas na prática podem propagar-se a casos futuros, por força da jurisprudência.⁴⁸

As presunções judiciais (que são as que se mostram relevantes neste trabalho monográfico) ocorrem por raciocínio lógico executado através da dedução da ocorrência de um fato pela verificação de outro (fato secundário, indício), tendo por finalidade precípua facilitar a elucidação da matéria fática.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., p. 328-329. Nota 9.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 113. Nota 1.

⁴⁶ Exemplo claro desse tipo de presunção é a constante no art. 8º do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), segundo o qual se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

⁴⁷ É corrente na doutrina a afirmação que todas as presunções absolutas só podem ser de ordem legal, não existindo presunção absoluta estabelecida pelo juiz.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 114. Nota 1

Tais presunções encontram respaldo no Código de Processo Civil, já que este diploma, em seu art. 335, dessa maneira dispõe: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” Pelo texto do dispositivo, colhe-se que o juiz deve presumir como verdadeira a alegação de um fato importante para a solução da questão que analisa, sempre que se tenha por provado um fato (ou mais) que denote a efetiva existência daquele.

Sobre o possível confronto entre o artigo acima comentado (art.335) e o art. 131 do CPC (acima detalhado e que estabelece o livre convencimento motivado do magistrado para adotar suas decisões), Cândido Rangel afirma com propriedade:

O disposto no art. 335 do Código de Processo Civil não transgride a regra do livre convencimento do juiz, ditada no art. 131. Simplesmente, como em toda presunção, desloca o foco de suas atenções. Ele exerce como sempre o poder de livre convencimento, no exame da prova do fato-base; depois, quando convencido da sua ocorrência, fará as ilações que o art. 335 lhe determina, sempre com liberdade para raciocinar segundo os ditames de sua cultura e de seu intelecto.⁴⁹

Vale enfatizar que a presunção não constitui meio de prova. Nesse aspecto Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam que “Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar.”⁵⁰. Não menos esclarecedoras são as lições de José Carlos Barbosa Moreira, que dessa maneira aduz:

Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v.g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio, “se ocorreu x, deve ter ocorrido y”, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 122-123.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.42. Nota 3.

impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente.⁵¹

A presunção, pois, representa apenas um processo de raciocínio dedutivo feito pelo magistrado, através do qual é estabelecida uma ligação entre o fato que se avalia e aquele que servirá de alicerce para a decisão. Sobre esse procedimento racional Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart argumentam que “Há, então, um fato ‘secundário’ provado e, por sua ocorrência, extrai-se a conseqüente existência (ou inexistência) do fato ‘primário’, em que se tinha, efetivamente, interesse.”⁵²

Importa sublinhar, também, a importância das provas indiretas para atividade jurisdicional, já que o julgador é, em inúmeras situações cotidianas da prática forense, compelido a solucionar certa demanda posta sob sua apreciação apenas com o apoio em elementos circunstanciais (secundários, indiciários) de provas e, como não pode se eximir de sentenciar, consoante determinação contida no art. 126 do Código de Processo Civil, deverá buscar elementos probatórios que ancorem sua decisão.

Visto, pois o primeiro critério (em razão do objeto) de classificação das provas, que as dividiu em provas diretas e indiretas, passo a analisar o segundo método, que leva em consideração as fontes (ou origem), decompondo as provas em pessoais e reais.

Por prova pessoal, deve-se entender aquelas consistentes em qualquer afirmação consciente feita por uma pessoa, enquanto que a prova real representa determinada atestação inconsciente extraída não de uma pessoa, mas sim de certa coisa. Para Candido Rangel Dinamarco a prova é pessoal “quando emprega fontes ativas, como testemunhas e as próprias partes de um depoimento pessoal; ou real, quando incide sobre fontes passivas, que são as coisas ou pessoas a serem objetos de exame.”⁵³

Nesse sentido, válido também é o comentário de Misael Montenegro Filho: “as provas são classificadas de acordo com a sua origem, podendo ser pessoais ou reais. Assim, quando extraídas do depoimento pessoal das partes, da

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.43. Nota 3.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme et al op. cit., p. 330. Nota 9.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 93. Nota 1.

ouvida das testemunhas, são pessoais. Vindo de um documento, por exemplo, são de natureza real.”⁵⁴

A terceira técnica empregada para classificar as provas leva em estima a sua forma ou o modo como as mesmas se apresentam no processo. Por tal metodologia, as provas seriam: orais, quando provenientes de qualquer afirmação pessoal oral, como acontece, por exemplo, com a inquirição de testemunhas ou das próprias partes da demanda; documentais, quando decorrentes de qualquer declaração gravada ou escrita, compreendo, neste item, as fotografias, segundo a lição de Alexandre Freitas Câmara, que assim leciona “Estão aqui compreendidas, portanto, as fotografias (que nada mais são do que gravações de imagens), além de instrumentos contratuais, como a escritura pública de compra e venda de bem imóvel.”⁵⁵; e, por fim, as provas materiais, que são aquelas que representam qualquer outro elemento que sirva de prova (não se enquadrando, dessa forma, nem em provas orais nem em documentais), como é o caso dos exames e das provas técnicas.

O último meio classificatório aqui analisado leva em apreço a preparação das provas, apontando a existência de provas pré-constituídas, que são aquelas previamente preparadas, como é o caso dos documentos em geral, e de provas casuais, que seriam aquelas produzidas no curso da atividade probatória desenvolvida no processo, sendo exemplo deste tipo o depoimento pessoal, a prova testemunhal, as inspeções judiciais etc.

⁵⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 467-468. Nota 33.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p.398. Nota 5.

3 ÔNUS DA PROVA

3.1 DEFINIÇÃO

Conceito que se apresenta essencial para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico é, sem dúvida, o referente ao ônus da prova, razão pela qual darei especial atenção ao item agora tratado.

Com efeito, a responsabilidade pela produção da prova sempre foi um tema que muito seduziu os estudiosos do direito, vez que a sua não realização importava (e ainda implica) conseqüências, quase sempre negativas, àqueles que não cumpriam seu mister.

Pela própria definição da palavra ônus, que, segundo pontuação feita por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ⁵⁶, teria origem no latim *onus*, que significa carga, peso, gravame, infere-se que o termo “ônus da prova” quer significar um encargo imposto às partes de certa relação processual no intuito de que estas comprovem suas argüições sobre a matéria fática alegada em juízo, já que, salvo algumas exceções adiante analisadas, aquele que não provar a ocorrência dos fatos em que se funda sua pretensão (ou pretensões) sofrerá uma desvantagem na busca por um provimento jurisdicional que lhe seja favorável.

Isso porque, nos casos em que um fato (controvertido e relevante para o julgamento de determinada causa) não for devidamente esclarecido, impossibilitando que o magistrado identifique o direito material aplicável ao caso, mesmo assim o juiz terá que adotar uma decisão com base nas provas existentes nos autos (que será, quase sempre, desfavorável à parte que se mostrou omissa), vez que está obrigado a se pronunciar sobre todos os casos que lhe são submetidos, ainda que produção probatória não tenha se mostrado satisfatória.

Sobre as possíveis condutas do julgador nesse caso específico (quando o resultado da produção probatória é insuficiente), válida é a seguinte transcrição:

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson et al. op. cit., p. 723. Nota 8.

Quando uma questão de fato se apresenta como irreduzivelmente incerta no processo, abre-se tecnicamente para o juiz o seguinte leque de alternativas: a) ou ele prescinde de resolver aquela questão de fato, b) ou insiste em resolvê-la. A primeira opção importaria em deixar o juiz de decidir a causa, pronunciando um *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico). A segunda opção implica: a) o adiamento do problema, através da prolação de uma decisão provisória (no estado do processo); b) ou o uso de um meio mecânico de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); c) ou, enfim, o emprego das regras da distribuição do ônus da prova. Das várias possibilidades ora indicadas, a que merece a melhor acolhida é a última, que, além de ensejar a resolução da causa nas hipóteses de questão de fato irreduzivelmente incerta, informa-se por um critério racional e de equidade que a legítima.⁵⁷

A aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, que, segundo texto acima transcrito, representa a melhor opção dentre aquelas outorgadas ao julgador, existe, justamente, para que as partes (maiores interessadas num provimento jurisdicional adequado e justo) se esforcem em oferecer qualidade à instrução probatória (o que, conseqüentemente, atribuirá maior legitimidade à decisão proferida pelo Estado-Juiz), carreando aos autos elementos que corroborem com suas alegações deduzidas em juízo.

A existência de regras repartindo entre os sujeitos processuais o encargo de comprovarem suas afirmações encontra respaldo no fato de que, assim como fato não alegado não pode ser objeto de apreciação no processo, fato alegado e não provado, da mesma forma, não influenciará o magistrado no julgamento da causa. Eis a razão pela qual se distribuem entre os litigantes o encargo de provarem suas arguições.

Pois bem, o fundamento apontado pela doutrina para referida repartição é, justamente, o de que, visando determinado cidadão obter uma decisão que lhe seja útil, tem este o encargo de trazer ao juízo elementos probatórios capazes de convencer o julgador que suas afirmações são providas de fundamento. Alguns doutrinadores também afirmam que essa incumbência imposta às partes reflete uma idéia de equidade, de igualdade, vez que se impõe a ambos os litigantes o ônus de comprovar suas alegações. Nesse sentido, afirma Misael Montenegro Filho, senão vejamos:

Em decorrência do princípio da isonomia processual, confere-se a ambas as partes do litígio, de forma absolutamente igualitária, o direito de produzir as provas que entendam se apresentem como necessárias para a ratificação da veracidade dos fatos afirmados em juízo. Esse modo de atuar,

⁵⁷CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. op. cit., p. 359. Nota 6.

disponibilizado às partes, é alçado à condição de direito – processual e constitucional. Contudo, e no caso do assunto agora tratado, não mais estamos falando do direito à produção da prova, mas, e como se estivéssemos tratando da outra banda da moeda, da responsabilidade pela produção da prova, de modo que, não sendo o tema superado, incidirão conseqüências processuais contra a parte à qual a lei atribuiu o ônus de provar, prejudicando o reconhecimento do seu direito material, distanciando-a do bem da vida por ela perseguido.⁵⁸

Consegue-se extrair da transcrição acima, em sua parte final, que o ônus da prova deve ser encarado como uma responsabilidade atribuída à parte, e não como uma obrigação. Isso porque, não existe um dever de provar, e sim um simples encargo, uma singela incumbência que, caso não seja satisfeita, colocará a parte omissa em uma situação de prejuízo para obtenção de êxito em seus objetivos. O litigante que não se desonerar dessa atribuição assume o risco de ter contra si a prolação de um provimento jurisdicional avesso aos seus interesses, justamente porque não demonstrou, em juízo, a ocorrência dos fatos alegados, eventos estes que, caso comprovados, fariam incidir o enunciado legislativo aplicável ao caso.

Sobre a distinção entre ônus e obrigação, válida é doutrina de Luiz Rodrigues Wambier, *in verbis*:

O ônus difere de dever, pois este pressupõe sanção. Melhor dizendo, sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao pólo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão-somente, no caso de descumprimento, em uma conseqüência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com “interesse” se quer dizer que a prática do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade.⁵⁹

Os estudiosos costumam conceituar o ônus da prova levando em apreço essas colocações. Assim é que Cândido Rangel Dinamarco advoga: “Ônus da prova é o encargo, atribuído por lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”⁶⁰ Humberto Theodoro Junior, por sua vez, afirma que “Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.”⁶¹

⁵⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 478-479. Nota 33.

⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues *apud* MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 479. Nota 33.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 71. Nota 1.

⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit., p. 373. Nota 19.

O ônus representa, assim, um gravame imposto às partes, a fim de que estas desenvolvam, perante o Estado-Juiz, as provas com as quais pretendem convencer o magistrado de que suas razões merecem acolhimento, vez que este somente pode adotar suas decisões conforme o que se encontra alegado e provado no processo.

Isso porque, no processo civil, salvo algumas exceções adiante analisadas, prepondera o princípio dispositivo, segundo o qual a responsabilidade principal pela realização das provas é das partes, e não do Estado-Juiz.

Como o magistrado não pode se esquivar de julgar, aplicando-se um *non liquet*, as regras sobre ônus da prova assumem um papel fundamental para determinar quem deve sofrer as conseqüências quando a instrução probatória mostrar-se insuficiente.

3.2 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC

Consoante exposição feita no item anterior, o ônus da prova representa um encargo, um gravame imposto àquele que pretende demonstrar a ocorrência de fatos de seu interesse, a fim de que, com essa comprovação, possa obter uma decisão jurisdicional que tutele a sua pretensão deduzida em juízo.

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, estabelece uma regra geral acerca do ônus da prova, normatizando que tal dever incumbe ao autor em relação ao fato constitutivo do seu direito, enquanto que compete ao réu o encargo de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ao autor cabe, portanto, segundo artigo supracitado, comprovar a veracidade de suas afirmações aduzidas na petição inicial, sendo o réu, por sua vez, invocado a apresentar material probatório no que diz respeito aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, quando este restar comprovado.

Essa repartição de encargos tem por pressuposto básico o interesse daquelas pessoas envolvidas em determinada relação processual. Isso porque, se ao demandante é permitido impor ao juiz a abertura de processo de seu interesse, também caberá ao mesmo a responsabilidade pela instrução probatória. Ao demandado, por sua vez, que não provocou o processo, caberá um ônus probatório

mais tímido, apenas no que diz respeito a outros fatos distintos daqueles asseverados na peça inaugural.

Essa noção de interesse é bem exposta por Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

A síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento de fato a ser provado. (Chiovenda), ou seja, àquele que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter a vitória. O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso.⁶²

Pois bem, de acordo com texto acima reproduzido, fica claro identificar ser do autor o encargo de comprovar em juízo a existência do ato ou fato pelo mesmo descrito na inicial, ou seja, provar o acontecimento que se relaciona com o seu pretense direito e que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo. No que tange ao réu, algumas esclarecimentos são necessários.

Com efeito, é de se destacar que o réu pode se limitar a negar a veracidade dos fatos deduzidos pelo autor em sua peça inaugural, pois, como exposto acima, quem alega o fato é que tem o ônus de comprová-lo, e não quem o nega. Sobre esse comportamento processual do réu e uma possível consequência, aduz Misael Montenegro:

Poderia o réu quedar silente durante toda a instrução processual, deixando de produzir prova em contraposição aos fatos afirmados pelo autor, mesmo assim garantindo a improcedência da ação na hipótese de o autor não conseguir se desincumbir do ônus contra si imposto, não produzindo qualquer prova que ratifique a veracidade das alegações de fato contidas na inicial.⁶³

Não obstante, embora possa o demandado adotar tal comportamento, ressalte-se que este deve denegar os fatos contra si argüidos de modo específico (e não de forma genérica), já que se presumem verdadeiros (consoantes comentários

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 72-73. Nota 1.

⁶³ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 481. Nota 33.

feitos no primeiro capítulo deste trabalho) o material fático não contestado detalhadamente.⁶⁴

Assim, quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia o pedido autoral, toda a responsabilidade pelo ônus da prova recai sobre este. Quando o réu assim se comporta, a doutrina costuma afirmar que o mesmo apresentou uma defesa direta.

Ocorre que o demandado pode, também, adotar outro comportamento processual, vez que lhe é facultado (reconhecendo o fato em que fundou a petição inicial) argüir e provar outro fato, seja impeditivo, seja modificativo, seja, ainda, extintivo do direito do demandante. Nesse caso, afirma-se que o réu apresentou uma defesa indireta. Sobre tal defesa, afirma Humberto Theodoro Junior:

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento que alude a contestação. O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, nº III). A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo.⁶⁵

Quando o réu se defende indiretamente, portanto, está com a incumbência de provar a ocorrência de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Uma vez demonstrados, os dois primeiros levam a improcedência do pedido autoral, enquanto que a comprovação do último acarretará a rejeição parcial do pleito contido na petição inicial. São exemplos de fatos impeditivos a exceção de contrato não cumprido, a exceção de usucapião etc. No que tange aos fatos extintivos, posso citar, entre outros, a prescrição, a decadência, a execução plena de contrato etc. Por sua vez, no que diz respeito aos fatos modificativos, posso enumerar a compensação de certa dívida, as extinções parciais de obrigações etc.

⁶⁴ CPC. Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III- se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

⁶⁵THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit., p. 374. Nota 19.

Sobre os fatos modificativos, interessante esclarecer que, conforme asseverado acima, a existência desses levará a uma rejeição parcial do pedido deduzido na inaugural, e não a sua improcedência total. Nesse sentido afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que os fatos modificativos são os que “impedem que o pedido do autor seja acolhido de forma integral, como pleiteado na inicial, em virtude de modificações ocorridas entre os negócios havidos entre o autor e réu.”⁶⁶

A possibilidade desses comportamentos (apresentação de defesas indiretas de mérito), por parte do réu, encontra-se expressamente consignada no art. 326 do Código de Processo Civil, que dessa maneira dispõe: “Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental”.

Da leitura do comando legal, percebe-se que quando o réu assim se comportar, obrigatoriamente o juiz possibilitará que o autor se manifeste sobre argumentos argüidos por aquele, já que constituem fatos novos, facultando ao promovente a produção de provas documentais, para corroborarem com suas alegações. Isso porque, em consonância com o princípio do contraditório, deve-se permitir que a parte que teve atribuída contra si uma alegação desfavorável, não só seja informada sobre a mesma, como também possa produzir provas no intuito de desconstituí-las.

Destaque-se, outrossim, que somente será objeto de prova os fatos controvertidos e relevantes para o julgamento da causa, (consoante lições constantes no capítulo I), o que me leva a concluir que o ônus da prova se resume a tais fatos, ou seja, os fatos que dispensam prova, como por exemplo os incontroversos e os notórios, não precisam ser comprovados, mas apenas alegados, já que o magistrado deve considerá-los como se demonstrados estivessem. Constituem coisas diversas, portanto, o ônus de provar e o ônus de alegar. Nesse aspecto, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que:

Em resumo, devem constituir ônus da prova da alegação do fato apenas os fatos que devem ser provados, e nunca os que dispensam a prova. O ônus de provar a alegação do fato, dessa forma, difere claramente do ônus da

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson et al. op. cit., p. 712. Nota 8.

afirmação do fato que deve vir indicado na causa de pedir ou no fundamento apresentado pela parte.⁶⁷

Voltando, mais uma vez, à análise do texto legal contido no art. 333 do CPC, é de se enfatizar que, embora o mesmo se refira apenas ao autor e ao réu, deve-se deixar claro que referida distribuição do ônus da prova engloba todos os sujeitos da relação processual deduzida em juízo, ou seja, todas as partes da demanda, o que implica afirmar que, havendo litisconsortes (seja ativa ou passivamente), ou assistentes, ou litisdenunciados etc., cada um terá, também, a incumbência específica de comprovar suas alegações.

Cumprido esclarecer, também, que, ao lado dessa regra geral e abstrata acerca do ônus da prova preconizada no art. 333 do Código de Processo Civil, este próprio diploma legislativo, assim como o Código Civil brasileiro, prevêem normas específicas, de caráter especial, que convivem, pacificamente, com o aquele comando genérico.

No CPC, encontramos, por exemplo, o art. 389, determinado que ônus da prova incumbe à parte que argüir quando se tratar de falsidade de documento, bem como caberá a parte que produziu este a responsabilidade pelo ônus quando se tratar de contestação da assinatura do mesmo. No Código Civil brasileiro, por sua vez, o art. 642 traz um exemplo, vez que determina que o depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

Por outro lado, é importante se fazer referência ao freqüente aspecto com o qual a doutrina analisa o ônus da prova, quais sejam, pela feição subjetiva e pela objetiva. A primeira corresponderia ao que até agora já foi analisado, ou seja, estabelecer quem seria o responsável (autor ou réu) pela produção probatória. Já no segundo feito, examina-se o ônus da prova buscando estabelecer quem suportará as conseqüências desfavoráveis de uma instrução probatória insatisfatória, ou seja, trata-se de distribuir os riscos e determinar quais as conseqüências processuais pertinentes.

Sobre essa classificação, aponta Alexandre Freitas Câmara:

A análise do ônus da prova pode ser dividida em duas partes: uma primeira, em que se pesquisa o chamado ônus subjetivo da prova, e onde se busca responder à pergunta “quem deve provar o quê?”; e uma segunda, onde se estuda o denominado ônus objetivo da prova, onde as regras sobre este

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme et al op. cit., p. 311. Nota 9.

ônus são vistas como regras de julgamento, a serem aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento de julgar a pretensão do autor.⁶⁸

A respeito do aspecto subjetivo do ônus da prova já foram traçados os comentários necessários em páginas anteriores, razão pela qual, neste momento, avaliarei, apenas, o seu sentido objetivo.

Consoantes lições transcritas, tal feição analisa, justamente, os critérios destinados a estabelecer qual das partes suportará as conseqüências pela ineficiente produção probatória a respeito dos fatos cuja demonstração possibilitaria ou não o reconhecimento do direito material pelo julgador.

Inicialmente, é preciso deixar claro que, no caso concreto, pouco importa saber qual das partes carregou aos autos os elementos probatórios destinados ao convencimento do magistrado (pois, consoante o princípio da comunhão das provas, estas, uma vez trazida aos autos, pertencem ao processo, e não às partes), porque o que valerá é evidenciar se a matéria fática foi ou não devidamente esclarecida.

Neste esteio, somente no caso da matéria fática não se encontrar devidamente esclarecida, ou seja, apenas quando, encerrada a instrução probatória, o magistrado perceber que os fatos encontram-se indevidamente elucidados, é que o mesmo fará incidir, no caso concreto, as regras de distribuição do ônus da prova no aspecto aqui comentado (objetivo), proferindo uma decisão desfavorável àquele que não se isentou do seu respectivo encargo.

É nesse sentido que a doutrina costuma afirmar que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, e não de procedimento. Alexandre Freitas Câmara aduz que “são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor.”⁶⁹ Não menos luminosos são os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, que afirmam:

As regras sobre ônus da prova não são regras de procedimento (não há um momento em que o juiz deve determiná-lo ou determinar a sua inversão, se for o caso). O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. **O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um *non***

⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p. 401. Nota 5.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 402.

***liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória.**⁷⁰ [Grifo Nosso].

A contrário senso, tendo as partes demonstrado suas alegações, o magistrado adotará sua decisão conforme as prova produzidas (motivando a sua forma de pensar), não necessitando utilizar, deste modo, a regra acerca da distribuição do ônus da prova, já que fato provado existe para todos os efeitos e, dessa forma, deve ser levado em consideração na feitura do provimento jurisdicional. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara pontua:

Em outras palavras, provados todos os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova. Se, porém, a investigação probatória for negativa, ou seja, quando os fatos não estiverem integralmente provados, aí sim as regras de distribuição do ônus da prova produzirão seus regulares efeitos. Esta visão objetiva do ônus da prova liga-se, pois, à vedação do *non liquet*, ou seja, à impossibilidade de o juiz se eximir de julgar por qualquer motivo. Ainda que os fatos da causa não estejam adequadamente provados, terá o juiz de proferir sua decisão, o que fará com base nas regras de distribuição do *onus probandi*.⁷¹

Fica evidente, assim, que o preceito estatuído no art. 333 do CPC é endereçado, de um lado, às partes, a fim de que estas estejam cientes de quais atitudes devem adotar diante da instrução probatória, ou seja, indica quais os fatos cada uma terá que provar e, de outro, ao magistrado, posto que este terá um caminho a seguir quando a matéria fática não se encontrar devidamente esclarecida.

Consoante argumentos até o presente momento expostos, é de se concluir que o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) adotou, em seu art. 333, o modelo estático do ônus da prova, ou seja, referido encargo é distribuído previamente, sem a análise pontual de cada caso concreto.

Ocorre que, em algumas situações expressamente determinadas pelo legislador⁷², permite-se, ou simplesmente se determina, ou, ainda, faculta-se (as três hipóteses serão analisadas no próximo tópico) uma alteração daquela regra geral estabelecida no corpo do artigo 333 do Código de Processo Civil, relativizando o ônus da prova.

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.56. Nota 3.

⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p. 403. Nota 5.

⁷² No capítulo III do presente trabalho monográfico analisaremos a Teoria da Carga Dinâmica das Provas, que propõe uma alteração nesse modelo estático do ônus da prova, embora não haja, expressamente, previsão legislativa nesse sentido.

3.3 ALTERAÇÕES NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

De acordo com a exposição feita no item anterior, restou manifesto, patente, que a Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil), em seu art. 333, estabeleceu um preceito geral acerca do ônus da prova, normatizando que tal dever incumbe ao autor em relação ao fato constitutivo do seu direito, enquanto que, ao réu, compete o encargo de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

Ocorre que, ao lado dessa regra geral estabelecida no artigo supracitado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas possibilidades (seja expressa, seja implicitamente) de alteração daquela disposição abstrata. Tais modificações se apresentam, em uma primeira análise⁷³, sob a forma de inversões do ônus da prova, na medida em que há uma repartição dos encargos probatórios de uma maneira diversa daquela estabelecida no caput do art. 333 do CPC, ou seja, as regras normais de distribuição do ônus da prova sofrem mutações intituladas de inversões do ônus da prova.

3.3.1 Noções gerais

Alguns doutrinadores fazem referência sobre a inapropriada denominação das hipóteses de modificação da responsabilidade probatória como sendo, sempre, inversões do ônus probatório, merecendo transcrição, nesse esteio, o comentário de Antonio Danilo Moura de Azevedo, que afirma:

Normalmente, a maioria dos operadores do direito, neste rol o próprio legislador, emprega o termo inversão do ônus da prova, em vez de modificação do ônus da prova. Embora a expressão já esteja arraigada no mundo jurídico, não podemos deixar de objurgá-la, tendo em vista que, na realidade, inversão não ocorre. Se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor, e, ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor. E não é assim que se sucede. Na verdade, ocorre é uma modificação na regra geral prevista no art. 333, do Código de Processo Civil, quando o juiz se

⁷³ A outra análise será realizada no capítulo III.

depara com uma instrução processual tímida e fraca, incapaz de convencê-lo.⁷⁴

Pois bem, o legislador, ao lado daquela previsão estática contida no art. 333 do CPC, prevê normas especiais que tratam a responsabilidade probatória de maneira diferente da existente naquele comando legal. Cândido Rangel Dinamarco faz uma observação acerca do caráter especial de tais normas. São suas as palavras:

São inversões do ônus da prova as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei. O mesmo poder que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também as exceções queridas ou permitidas pelo legislador.⁷⁵

Dessa forma, infere-se que as normas que tratam sobre inversão do ônus da prova têm caráter especial, ou seja, somente de maneira excepcional e nos casos taxativamente previstos no ordenamento jurídico é que se torna possível afastar a incidência do comando normativo contido no cabeçalho do art. 333 do CPC.

A doutrina nacional, usualmente, refere-se a três tipos de “inversões”⁷⁶ nas regras de repartição da responsabilidade probatória, quais sejam: inversão convencional, inversão legal e inversão judicial do ônus da prova, o que pode ser constatado pela doutrina do já citado Dinamarco, *in verbis*:

Segundo provenham estas da própria lei, ou da vontade das partes ou decisão do juiz por autorização legal, essas inversões serão legais, convencionais ou judiciais. As inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei (*proesumptiones legis*); as judiciais, pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes (*proesumptiones hominis*) ou por determinação direta destes, quando autorizada em lei (relação de consumo); as convencionais, pela vontade convergente das partes.⁷⁷

Consoante pensamento transcrito, as inversões do ônus da prova realizar-se-ão sobre três aspectos diversos, já que podem acontecer levando-se em conta a atuação determinante das partes, do legislador, ou do magistrado. Ressalte-se,

⁷⁴ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 76. Nota 1.

⁷⁶ Na verdade, consoantes observações já realizadas, seriam apenas modificações.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 76-77. Nota 1.

entretanto, que cada um dessas mudanças está prevista, expressamente, na legislação ordinária. Passemos-nos a analisá-las.

3.3.2 Inversão convencional do ônus da prova

Não obstante a previsão estática sobre o ônus da prova até este momento analisada, vale ressaltar que o legislador, no parágrafo único do art. 333 do CPC, outorgou às partes a possibilidade delas alterarem aquele modelo estático de repartição do encargo probatório, modificando, convencionalmente, a responsabilidade probatória acerca de determinadas questões.

Tal faculdade existe justamente porque referido critério abstrato sobre a distribuição do ônus *probandi* (previsto no caput do art. 333 do CPC) foi estabelecido, precipuamente, no interesse das partes, o que torna possível que estas, respeitados certos limites, alterem aquele preceito genérico. Nesse sentido, escrevem Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que:

A regra geral, posta no *caput* do art. 333, é, em princípio, regra dispositiva, estabelecida no interesse das partes. Vale dizer que as partes podem livremente modificar os critérios arrolados na lei para distribuição do ônus da prova, sem que isto venha a violar a garantia legal ou constitucional. Podem, por isso, convencionar, em determinado contrato, por exemplo, que, em eventual litígio dele decorrente, a prova do fato X deva ser fornecida pelo contratante Y.⁷⁸

Isso ocorre porque, tendo as partes disponibilidade sobre seus direitos (não todos), é perfeitamente lícito que, livremente, estabeleçam regras próprias a respeito dos seus respectivos encargos probatórios. Entretanto, deve-se anotar que tal liberalidade não é absoluta, visto que, em alguns casos, a distribuição do ônus da prova de maneira diversa daquela preconizada no CPC poderia importar em prejuízo demasiado a uma das partes.

Não é por outra razão que o parágrafo único do citado art. 333 do CPC prevê que será nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando a mesma tiver por objeto direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a um dos sujeitos processuais o exercício do direito.

No que tange à primeira restrição, isto é, sobre a impossibilidade de modificações das regras de distribuição do ônus da prova quando o caso em discussão tiver por objeto um ou mais direitos indisponíveis, é de se advertir que tal restrição encontra respaldo no fato de que a total liberdade probatória acerca desses direitos poderia comprometê-los. Nesse sentido, válida é a doutrina de Cândido Rangel, que afirma: “É natural que só quanto à prova dos direitos disponíveis possam as partes transigir porque o *onus probandi* é um encargo tão próximo à vida dos direitos, que dispor sobre ele é pôr em risco o próprio direito.”⁷⁹.

Dessa forma, em razão da significância dos direitos em discussão, é natural que os mesmos recebam uma maior proteção pelo legislador. Não é por acaso que existem outros dispositivos em nossa legislação ordinária acobertando referidos direitos de um amparo mais específico, pois os mesmos, pela importância que possuem, devem ser resguardados de forma especial. Nesse esteio, válido é o comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando enumeram outras disposições normativas que refletem justamente esse caráter, senão vejamos:

Indisponibilidade do direito. Os direitos indisponíveis não podem ser objeto de transação (CC 841; CC/1916 1035). Por isso que, a respeito deles, não podem ser considerados verdadeiros os fatos alegados na inicial, mesmo que ocorra revelia (CPC 320 II), e não é válida a confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC 351).⁸⁰

Já no que diz respeito à segunda restrição, isto é, quando o convencionado entre as partes acerca da repartição do ônus da prova tornar muito difícil que algum dos sujeitos processuais postule o reconhecimento do direito material, verifica-se que tal proibição tem por escopo impossibilitar que a distribuição por estes importe na impossibilidade do reconhecimento do direito material pelo julgador.

Isso porque, em determinadas situações, referidos pactos poderiam importar em responsabilidade probatória assaz volumosa a uma das partes (prova “diabólica”), o que acabaria por impelir (ou impor) uma dificuldade extrema a uma destas na busca pela demonstração dos fatos que serviriam de base para o reconhecimento do seu pretense direito.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme et al op. cit., p. 311. Nota 9.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 78-79. Nota 1.

Sobre essa restrição contida no inciso II do art. 333 do CPC, Dinamarco afirma:

A segunda limitação é de caráter meramente processual e consiste no veto ao fechamento ou excessivo estreitamento das vias de acesso à justiça (art. 333, par., inc.II). A assunção do encargo de uma *probatio diabolica*, ainda quando resultante da vontade da própria parte, significaria fadar ao insucesso muito provável a pretensão que no processo ela alimenta e defende; a parte tem até mesmo o poder de transigir ou mesmo renunciar aos direitos disponíveis, mas não o de envolver em suas atitudes suicidas o juiz, que está no exercício de uma função pública (o processo não é um negócio em família). Uma permissão incontrolada poderia inclusive abrir caminhos à colusão das partes para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.⁸¹

Não é por outro motivo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) prevê, no inc. VI do art. 51, que serão tidas como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Tal comando legal não obsta os ajustes acerca dos encargos probatórios, apenas tem por escopo evitar que os fornecedores de produtos e serviços se eximam da responsabilidade probatória que lhe é própria em prejuízo manifesto dos consumidores. Nesse sentido, Nelson Nery Junior afirma que o dispositivo do CDC, ora analisado, “não impede a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor. Trata-se de norma salutar, adotada pelos mais modernos sistemas jurídicos que regulam as relações de consumo.”⁸²

Observa-se, assim, que a restrição contida no CDC acima detalhada possui uma estreita ligação com a proibição contida no inciso II do art. 333 do CPC, vez que ambas têm por objetivo impedir qualquer espécie de mecanismo que possa dificultar, excessivamente, a demonstração em juízo dos fatos relevantes e controvertidos para o processo, o que acabaria por mitigar, indiretamente, o livre acesso à justiça, defendido por nossa Constituição Federal.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira lembram que referido pacto estabelecido entre as partes poderá ser realizado de maneira prévia a instauração do processo, ou quando este já esteja em curso. É o ensinamento:

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson et al. op. cit., p. 724. Nota 8.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 79. Nota 1.

⁸² NERY JR., Nelson. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 518-519.

“Permite o CPC, no parágrafo único do art. 333, às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova mediante convenção, formada antes ou no curso do processo.”⁸³

Na prática, porém, vale destacar que referidas alterações nas regras de distribuição do ônus da prova vêm, quase sempre, estabelecidas de forma antecedente à propositura de eventual ação judicial. Isso porque, sua instrumentalização ocorre, na maioria das ocasiões, por intermédios de cláusulas inseridas nos contratos.

Sobre tal realidade extraída da prática forense, merece transcrição a pontuação feita por Misael Montenegro:

A possibilidade de inversão convencional do ônus da prova é prevista em decorrência das peculiaridades de certos negócios, que se revelam mais favoráveis em termos de prova ao eventual réu, retirando-se do autor a responsabilidade de demonstrar a veracidade dos fatos agitados no bojo da lide que eventualmente venha a ser instaurada. Apenas para exemplificar, percebe-se o teor de uma disposição inserida em contrato de fornecimento de energia elétrica, indicando a concessionária que, na hipótese de ser demandada por problemas na prestação do serviço, assume a responsabilidade de provar que os equipamentos envolvidos na prestação não apresentaram defeito de funcionamento.⁸⁴

Percebe-se, pois, que essa alteração na distribuição do ônus da prova pode ser feita por vários meios, sendo comum, consoante observação feita pelos doutrinadores, sua previsão em negócios jurídicos. Nesse sentido, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 333 do CPC não faz nenhuma exigência acerca da forma como as partes deveriam convencionar suas respectivas responsabilidades probatórias, o que faz concluir que todos os meios são, em tese, admissíveis, desde que não contrariem o ordenamento jurídico como um todo.

3.3.3 Inversão legal do ônus da prova

A inversão legal do ônus da prova representa (embora a doutrina não seja pacífica em nomear o caso agora analisado como verdadeira inversão) uma

⁸³ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.59. Nota 3.

⁸⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 480. Nota 33.

alteração na distribuição da responsabilidade probatória por meio de determinação contida expressamente em lei, ou seja, o legislador, atendendo a certas peculiaridades da realidade social, impõe um ônus probatório a certo sujeito processual diverso daquele que, normalmente, ser-lhe-ia imputado por meio da regra geral estatuída no art. 333 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido é o conceito adotado por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, assegurando que “A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte, é atribuída, pela própria lei, à outra parte.”

85

Por tal definição, extrai-se que a uma das partes é imposto um gravame maior no que tange à responsabilidade probatória, pois, além dos encargos normais que lhe são conferidos pelas regras normais de distribuição do ônus da prova, o legislador atribuiu outros.

É o que encontramos, por exemplo, no §3.º do art. 12, como também do §3.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Vejamos o texto:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. [Grifo Nosso]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 345.

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
[Grifo Nosso]

Com efeito, referidos dispositivos atribuem aos fornecedores de produtos e serviços uma responsabilidade probatória maior do que aquela estabelecida pela regra geral preconizada no art. 333 do CPC. Isso porque caberia ao autor provar a existência de defeito no produto ou no serviço que ocasionou o dano que o fez ingressar com uma ação judicial, já que cabe a este provar os fatos constitutivos do seu direito (art. 333, inc. I, do CPC). Não obstante, o legislador, procurando facilitar a atuação do consumidor em juízo (levando em conta sua vulnerabilidade no mercado de consumo cada vez mais organizado), estabeleceu ser do fornecedor (e não daquele que promoveu a ação) o ônus de provar que, embora tenha colocado o produto no mercado ou prestado o serviço, inexistiu qualquer espécie de defeito no caso em discussão. Isso porque o fornecedor detém melhores condições técnicas de provar tais fatos, cabendo ao autor da demanda, somente, provar o dano sofrido e o nexo causal entre o dano e produto ou o serviço.

Sobre a inversão legal do ônus da prova nos dispositivos acima aludidos, merece transcrição o comentário de Paulo de Tarso Vieira:

O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. O CDC, em seu art. 12, §3, II, e em seu art. 14, §3, I, deixa expresso que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é que se denomina inversão *ope legis* do ônus da prova.⁸⁶

Outro exemplo freqüentemente lembrado pela doutrina é a hipótese prevista no art. 38, também do Código de Defesa do Consumidor. Esse dispositivo determina que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina, pois, no caso concreto, tornar-se-ia extremamente difícil ao autor/consumidor demonstrar em juízo os dados fáticos, técnicos ou científicos que deram suporte à mensagem publicitária. Nesse aspecto, lembra João Batista de Almeida que “É evidente a dificuldade que teria o

⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. op. cit., p. 345-346. Nota 85.

consumidor de provar o desvio da publicidade e provar tecnicamente ser enganosa ou abusiva, embora possa indicar elementos para tal.”⁸⁷

Para Felipe Peixoto Braga Neto, a hipótese prevista no art. 38 do CDC não representa um caso de inversão do ônus da prova. São suas as palavras: “Não se trata de inversão do ônus da prova. Trata-se, isto sim, de regra específica de distribuição do ônus da prova. Este ônus será sempre do fornecedor, sempre que disser respeito à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.”⁸⁸

No mesmo sentido desse membro do Ministério Público Federal, outros doutrinadores compreendem que as hipóteses de modificações da responsabilidade probatórias preconizadas em lei não representam uma verdadeira inversão do ônus da prova, visto que entendem que as regras que tratam sobre inversão do ônus da prova são regras de técnica processual, aplicadas no curso do processo e que alteram aquela previsão abstrata que existia quando do início da relação processual. Como no caso agora analisado as determinações são pré-existentes a qualquer demanda ajuizada, sendo aplicadas a todos os casos determinados no diploma legislativo, a exatidão, referidos comandos legais não versariam sobre verdadeiras inversões, e sim, simplesmente, de meras distribuições do ônus *probandi* de uma outra forma.

Sobre esse aspecto, lecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

É o caso de inversão *ope legis*. Rigorosamente falando, nem de inversão se trata, porquanto seja regra aplicável a qualquer situação. Não é o caso de inversão do ônus da prova, mas de, em homenagem ao princípio da adequação, um redimensionamento das regras do ônus da prova.⁸⁹

Representem ou não inversões legais, é incontroverso que tais comandos legais dispõem acerca da responsabilidade probatória de maneira diversa da forma como a qual este assunto é enfrentado pelo art. 333 do Código de Processo Civil, já que, levando em conta certas peculiaridades extraídas da realidade social, essas disposições normativas redimensionam o encargo probatório das partes.

⁸⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

⁸⁸ BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p. 138.

⁸⁹ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.58-59. Nota 3.

3.3.4 Inversão judicial do ônus da prova

O Código de Defesa do Consumidor instituiu uma Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º) objetivando, entre outros aspectos, a harmonia nestas relações. Para executar tais metas, o legislador preconizou que o Poder Público contaria com uma série de instrumentos (art. 5º), dentre eles a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo etc. Isso ocorreu diante da constatação quase que transparente de que os consumidores representam a parte mais frágil nas sobreditas relações de consumo. Nesse sentido, José Geraldo de Brito Filomeno, que foi um dos autores do anteprojeto que resultou no CDC, aduz:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.⁹⁰

Visando, pois, reequilibrar as relações de consumo foi que o legislador, no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (que trata dos direitos básicos dos consumidores, direitos estes que emergiram de uma nova realidade existente no mercado de consumo) procurou dotar os consumidores de instrumentos que possibilitassem, efetivamente, o exercício dos direitos que lhe foram assegurados no próprio código.

Com efeito, diante das dificuldades existentes nas relações entre produtores (e distribuidores), de um lado, e os consumidores de outro, havia a necessidade de um diploma legislativo que, regulando citadas relações, conseguisse reequilibrá-las.

Assim, atento às circunstâncias de que o fornecedor, em grande parte dos casos, encontra-se em melhores condições de realizar a prova dos fatos (que possuem estreita ligação com a sua atividade), a Lei 8.078/90 (CDC) prevê, em seu art. 6º, entre os direitos básicos dos consumidores, um importante mecanismo

⁹⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 55.

processual de alteração da regra de distribuição do ônus da prova, facilitando a atuação dos consumidores em juízo. Eis a previsão contida no inciso VIII do art. 6º do CDC, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Trata o comando legal acima transcrito, pois, da inversão judicial do ônus da prova. Referida previsão possibilita que o magistrado, nas demandas que tenham por objeto os direitos do consumidor, possa deixar de observar a regra tradicional estatuída no art. 333 do Código de Processo Civil (que determina, consoante lições acima detalhada, caber ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto que confere ao réu o encargo de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito daquele).

Nesse sentido é que Candido Rangel Dinamarco assevera que referida inversão “é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito”.⁹¹

Já Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart lembram que o tal tratamento diferenciado existente nas relações de consumo, no que diz respeito à responsabilidade probatória, rompe com uma regra tradicional do direito, senão vejamos:

A neutralidade do procedimento ordinário, também marcada pela vã ilusão da “busca da verdade”, encobriu por muito tempo a evidência de que o ônus da prova deve ser tratado de acordo com as necessidades do direito material. O art. 6º, VIII, do CDC, rompe com um vício que deve ter sido herdado do racionalismo – que, como se sabe, impôs ao pensamento jurídico a lógica e a metodologia das ciências experimentais -, ao permitir tratamento diferenciado às relações de consumo.⁹²

Observe-se, contudo, que o mecanismo de inversão do ônus da prova não pode representar um meio de impor um gravame desproporcional ao fornecedor de produtos ou serviços, acarretando um novo desequilíbrio na relação entre este e

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 79. Nota 1.

o consumidor. Pelo contrário, o objetivo perseguido pelo CDC foi, justamente, o de promover a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, procurando reequilibrá-las, bem como compatibilizar a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e estabilização nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, inc. III, do CDC).

Pois bem, deve-se destacar, igualmente, que essa faculdade concedida ao julgador não é absoluta e cabível em todos os processos judiciais que tratem de relações de consumo. Trata-se de uma regra especial, extraordinária, que deve ser aplicada sem infringir os princípios informadores⁹³ do próprio Código de Defesa do Consumidor, tão pouco da Constituição Federal, somente sendo usada, consoante texto legal supra transcrito, quando preenchidos os requisitos autorizadores.

Deste modo, apenas haverá inversão do ônus da prova por obra do juiz quando este constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou quando restar manifesta a sua hipossuficiência, observada de acordo com as regras ordinárias de experiência.⁹⁴ A inversão sem o preenchimento dos requisitos constitui ato abusivo, com desrespeito ao princípio do devido processo legal.

No que tange à verossimilhança das alegações do consumidor, Humberto Theodoro Junior assevera:

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem a ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.⁹⁵

No caso concreto, portanto, deverá o magistrado, analisando detidamente os elementos probatórios existentes nos autos (ainda que poucos), inferir se as

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme et al op. cit., p. 312. Nota 9.

⁹³ Ressalte-se que não há desrespeito ao princípio da isonomia processual, visto que existe, na prática, tratamento desigual a pessoas que se encontram em situações desiguais.

⁹⁴ É bastante controverso na doutrina e na jurisprudência se, para a efetivação da inversão do ônus da prova, são necessários a presença de ambos os requisitos ou se, restando configurado apenas um deles, o magistrado poderia deferi-la. A dúvida maior diz respeito se a vulnerabilidade poderia autorizar a inversão sem que as alegações do consumidor sejam verossímeis.

alegações das partes têm razoáveis chances de serem verdadeiras. Formará, assim, um juízo de probabilidade, por meio do qual se permitirá (ou não) a alteração do ônus probatório. Necessários, pois, a existência de mínimos subsídios probatórios, ainda que apenas sejam indícios, a fim de que o juiz possa concluir pela verossimilhança da alegação do consumidor. Nesse aspecto, Humberto Theodoro afirma que “Sem fato provado, portanto, não é admissível pensar em indício e presunção e, conseqüentemente, em verossimilhança da alegação”.⁹⁶

Kazuo Watanabe defende que a inversão com base na verossimilhança das alegações do consumidor não constitui uma verdadeira inversão, e sim uma presunção relativa adotada com base nas máximas de experiência. Vejamos a sua lição:

Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a conseqüência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.⁹⁷

Por sua vez, no que diz respeito à hipossuficiência, é de se constatar que o seu significado encontra-se bastante arrolado com o conceito de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não obstante, embora relacionados, é preciso deixar claro que hipossuficiência e vulnerabilidade não são conceitos idênticos na ótica consumerista. Nessa feição, Belinda Pereira da Cunha, em obra coordenada por José Fábio Rodrigues Maciel, deixa clara a diferença existente entre vulnerabilidade e hipossuficiência, senão vejamos:

Deveremos considerar, para tanto, a diferença atribuída pelo legislador entre o que chamou de “vulnerabilidade” e o que tratou por “hipossuficiência”, embora os conteúdos terminológicos contidos nas duas expressões sejam correlatos. Enquanto foi reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, como primeiro princípio da Política Nacional das Relações de

⁹⁵ THEODORO JR., Humberto. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 143.

⁹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 144.

⁹⁷ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 733.

Consumo, notadamente no mercado de consumo, a hipossuficiência poderá dar-se no processo judicial, devendo, ainda, ser admitida pelo magistrado para fins de realização da prova [...] Os aspectos da hipossuficiência são multifacetários, na medida em que o consumidor pode apresentar dificuldades técnicas, materiais ou intelectuais, sendo em qualquer dos casos, ainda que alternativamente, hipossuficiente para fins de defesa de seus direitos, cabendo ao juiz a inversão da realização da prova.⁹⁸

Pois bem, o consumidor mostra-se, na maioria dos casos, debilitado, impotente, fraco (não apenas no aspecto financeiro) para demonstrar em juízo a origem do dano causador do prejuízo que pretende seja recomposto por meio da interpelação judicial proposta.

A hipossuficiência, portanto, apresenta-se sobre vários aspectos e de diferentes maneiras, consoante lição acima reproduzida, devendo, pois, ser encarada como um elemento a mais no conceito de vulnerabilidade (em que o consumidor se encontra por expressa previsão legal – art.4º, inc. I, do CDC).

Ainda sobre o requisito da hipossuficiência, são esclarecedores os ensinamentos de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que argumenta:

A hipossuficiência, que é um conceito próprio do CDC, relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não é uma definição meramente econômica, conforme parte da doutrina tentou inicialmente cunhar, relacionando-a ao conceito de necessidade da assistência judiciária gratuita. Trata-se de um conceito jurídico, derivando do desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo. Num caso específico, a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor é tão manifesta que, aplicadas as regras processuais normais, teria o autor remotas chances de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. As circunstâncias probatórias indicam que a tarefa probatória do consumidor prejudicado é extremamente difícil.⁹⁹

O magistrado deverá, desse modo, aferir, no caso sob sua apreciação, se o fornecedor tem melhores condições de colacionar ao processo os elementos probatórios que elucidem o evento danoso, já que, dependendo do caso concreto, o consumidor/promovente poderá encontrar uma dificuldade muito grande para carrear aos autos tais elementos de prova.

Em sendo positivo o resultado do seu exame, ou seja, verificando o juiz que o consumidor encontra-se em dificuldades das mais diversas para provar os fatos que constituem o fundamento do seu direito, bem como que o fornecedor

⁹⁸ CUNHA, Belinda Pereira da. **Direito do Consumidor: Coleção Roteiros Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. op. cit., p. 348. Nota 85.

possui melhores condições (técnicas, jurídicas, financeiras etc.), deverá afastar as regras normais de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC, invertendo a responsabilidade probatória.

A contrário senso, sendo o consumidor pessoa esclarecida, com um conhecimento razoável acerca do defeito existente no produto ou no serviço, tendo condições de provar os fatos necessários ao esclarecimento da causa, não haverá razões para que o julgador altere as regras normais de distribuição do ônus da prova.

Ressalte-se, também, que o texto legal do inciso VIII, do art. 6º, do CDC, não traz nenhuma restrição quanto ao fato da inversão ser requerida pela parte ou simplesmente determinada pelo juiz, de forma que são cabíveis as duas hipóteses. Nesse sentido, aduz Paulo de Tarso que “O juiz, constando a dificuldade do consumidor de se desincumbir de seu encargo probatório, pode, de ofício ou a requerimento da parte, inverter o ônus da prova, atribuindo-o ao fornecedor, que figura, normalmente, no pólo passivo da demanda.”¹⁰⁰

Merece transcrição, ainda, o comentário de Candido Rangel, quando afirma que a faculdade atribuída ao julgador de inverter o ônus da prova nos moldes no inc. VIII, do art. 6º, do CDC, pode ser posta em prática tanto nas ações individuais, quanto nas coletivas. Vejamos seu pensamento, *in verbis*:

Essa regra aplica-se tanto às ações individuais dos consumidores quanto às coletivas promovidas por associações em relação aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de comunidades consumidoras (CDC, art. 81, par., incs.I-III); sendo autor o Ministério Público, todavia, por não ser ele hipossuficiente não deve ser invertido o ônus probatório. É claríssimo que, seja por disposição expressa contida no dispositivo, seja pela manifesta intenção de favorecer os consumidores, só se admite a inversão judicial do ônus da prova em benefício do consumidor e nunca do fornecedor.¹⁰¹

Visto, pois, essas três formas de alterações nas regras normais de distribuição do ônus da prova (inversão convencional, inversão legal e inversão judicial do ônus da prova), passo ao estudo de uma teoria através da qual se propõe uma nova forma de modificação naquilo que foi preconizado pelo legislador no art. 333 do CPC, relativizando, de uma forma mais genérica, a questão da responsabilidade probatória.

¹⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. op. cit., p. 346. Nota 85.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 80. Nota 1.

4 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS

4.1 PROVA DIABÓLICA, FATO NEGATIVO E TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS

A doutrina costuma se referir à expressão “prova diabólica” para designar as provas que são extremamente difíceis de serem carreadas aos autos por certa parte de uma relação processual. Nessa feição, argumentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que “A prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida.”¹⁰²

Pois bem, consoante anotação feita no capítulo anterior¹⁰³, embora não seja facultado às partes repartirem a responsabilidade probatória de forma que se torne excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito (art. 333, § único, inc. II), percebe-se que, em situações fáticas específicas, mesmo inexistindo qualquer tipo de convenção a respeito da distribuição probatória, concretamente, um dos sujeitos processuais se encontra tão debilitado (seja financeira, técnica ou juridicamente) que não consegue se desonerar do encargo probatório que lhe foi atribuído pela regra normal do caput do art. 333 do CPC.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery lembram como a moderna doutrina tem se preocupado com essa questão, senão vejamos:

Prova difícil para o autor. A doutrina mais moderna e as legislações novas têm compreendido bem a problemática que envolve a produção da prova que deve ser feita pelo autor que, por sua vez, não tem acesso a elementos e informações que são de vital importância para a demonstração dos fatos que sustentam seu direito.¹⁰⁴

A dificuldade retratada pelos doutrinadores acima citados reflete uma constatação extraída da prática forense de que, mesmo nas demandas em que não se tenha por objeto direito do consumidor¹⁰⁵, a dificuldade na produção das provas

¹⁰² DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.60. Nota 3.

¹⁰³ Conferir as anotações realizadas no item 3.3,2 em relação ao parágrafo único do art. 333 do CPC.

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson et al. op. cit., p. 724. Nota 8.

¹⁰⁵ Consoantes anotações feitas no item 3.3.4, do capítulo anterior, nas ações que tenha por objeto direito do consumidor, havendo o preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação, o juiz poderá

por determinado sujeito processual existe e, em alguns casos, é grande (prova diabólica), requerendo uma atuação positiva do magistrado no intuito de reequilibrar a relação processual formada em juízo, o que é feito através da relativização do ônus da prova, que possibilita uma prestação jurisdicional mais justa e condizente com os princípios estabelecidos na nossa Carta Magna.

Nesse contexto, a doutrina avistou uma nova forma de repartição do encargo probatório, diversa daquela estabelecida estaticamente pelo art. 333 do CPC, propugnando sua distribuição com base numa análise pontual de cada caso posto sob apreciação do Poder Judiciário. Foi o que se denominou de distribuição dinâmica do ônus da prova. Nesse sentido, afirmam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que “Quando se está diante de uma prova diabólica, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso.”¹⁰⁶. Isso deve ocorrer tendo em vista, entre outros, o princípio da igualdade dentro na relação processual, pois, nesses casos, a desigualdade é patente, devendo o magistrado reequilibrar sobredita relação.

Cumprе ressaltar, entretanto, que a justificativa para a aplicação da repartição dinâmica do ônus da prova, nos casos acima delineados (observando-se que essas situações não refletem demandas necessariamente consumeristas) é, apenas, a incapacidade (técnica, jurídica, financeira etc.) de determinada parte (observada a partir de uma análise pontual feita pelo julgador) de carrear aos autos elementos probatórios que ratifiquem suas alegações fáticas, não se devendo aplicar a teoria da carga dinâmica, a seguir estuda, quando uma das partes invocar fatos categoricamente impossíveis de serem provados.

Isso porque, quando um dos sujeitos processuais alega fato absolutamente negativo, este se mostra difícilimo ou mesmo impossível de ser demonstrado em juízo, não se devendo utilizar as diretrizes propostas pela aludida teoria. Situação oposta ocorre, no entanto, quando a negativa é relativa, já que, neste caso, existirá a possibilidade da conversão desta num fato positivo, que, por conseguinte, é passível de ser provado. Nesse aspecto, lembram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

alterar a regra geral de distribuição do ônus da prova, o que é feito através do instituto da inversão judicial do ônus *probandi*.

¹⁰⁶ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.61. Nota 3.

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insusceptíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição, como se verá. Não é possível, por exemplo, provar que nunca estive no Município de Candeias. Assim, nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que estive lá – já se aplicando, aqui, a teoria da distribuição dinâmica dos ônus da prova, doravante examinada. Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia (fato negativo), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico. A chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais, é um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes”.¹⁰⁷

Assim é que, no caso prático levado à apreciação do magistrado, o autor de certa demanda não poderá, por exemplo, afirmando um fato negativo, em termos genéricos (cuja prova é impossível), esperar que o magistrado, com base na teoria da carga dinâmica das provas, imponha ao réu a responsabilidade probatória acerca de tal episódio, já que este constitui um encargo impossível de ser cumprido. Sobre a inadmissibilidade da prova negativa no aspecto aqui comentado, Humberto Theodoro Junior argumenta:

No entanto, para que se admita esse tipo de prova negativa é indispensável que o fato a ser negado seja especificado convenientemente, pois se vier a ser enunciado em termos genéricos, a exigência de sua comprovação de veracidade tornar-se-á quase sempre tarefa inexecutável ou impossível. Assim, se se afirma que alguém age de má-fé, sem especificar um fato concreto em que a conduta maliciosa se deu, impossível será exigir-se desse agente que prove sua boa-fé. Tudo ficará no campo do gênero e o gênero, por sua definição, não se presta à especulação probatória.¹⁰⁸

Das definições supra transcritas, infere-se que somente serão objeto de prova os fatos negativos relativos, pois estes podem ser transformados em proposições afirmativas, tornando, possível, assim, a incidência da atividade probatória. Logo, se determinado promovente alega, como embasamento fático de sua pretensão, fatos absolutamente indefinidos, não poderá pleitear a aplicação, pelo julgador, da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, a fim de que se desonere da responsabilidade probatória que lhe é outorgada pelo caput do art. 333 do Código de Processo Civil, posto que esses fatos, sequer, podem ser objeto de prova, o que impede, por consequência, a aplicação da comentada teoria.

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.59-60. Nota 3.

¹⁰⁸ THEODORO JR., Humberto. op. cit., p.145. Nota 95.

Nesses casos, portanto, deverá o magistrado julgar improcedente o pedido autoral, já que o demandante não se desincumbiu dos gravames probatórios suficientes para o reconhecimento do direito material pleiteado em juízo. Humberto Theodoro, nesse aspecto, assevera: “Ao autor cabe, em princípio, fundamentar sua demanda. Se o fato invocado por ele é indefinido e não passível de prova, a consequência inevitável será a improcedência do pleito.”¹⁰⁹

Não menos esclarecedores são os ensinamentos de Amaral Santos, citado por Humberto Theodoro, quando afirma:

A regra *actoris est probare* permanece em sua inteireza, de nada valendo ao autor argüir impossibilidade, mesmo absoluta, de provar as negativas em que se calca a ação, visto que, a não ser assim, poderiam ser pleiteados em juízo os maiores absurdos independentemente de qualquer prova dos fatos argüidos como fundamento do direito pretendido.¹¹⁰

Não é possível, assim, a aplicação da teoria da carga dinâmica quando a dificuldade da realização probatória diz respeito a fatos totalmente negativos, em vista da impossibilidade prática acima retratada. Passemos, pois, ao estudo detalhado dessa teoria.

4.2 ORIGEM E DEFINIÇÃO

Consoante exposição feita no capítulo anterior, o nosso Código de Processo Civil adotou, como regra geral, a teoria estática ou clássica do ônus da prova, segundo a qual as regras sobre a repartição do encargo probatório são prévia e abstratamente distribuídas entre os sujeitos processuais, independentemente das circunstâncias do caso concreto.

Com efeito, conforme lição outrora detalhada, o art. 333 do CPC determina, de forma genérica, que incumbe ao autor a responsabilidade probatória pela comprovação dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto que ao réu resta o encargo de demonstrar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito daquele.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p.146.

¹¹⁰ SANTOS, Amaral *apud* Humberto Theodoro, ob. cit., p. 147. Nota nº 95,

Ocorre que, pela observação da realidade forense durante o decorrer dos anos, os operadores do direito começaram a observar que nem sempre as partes conseguiam se desonerar da responsabilidade probatória que lhe era conferida pela legislação.

Nesse sentido, afirmam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Sucedem que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído - em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.¹¹¹

Desse modo, embora existam, na legislação ordinária, normas especiais que autorizam, ou simplesmente alteram o ônus probatório de maneira diversa daquela preconizada no art. 333 do CPC, consoante exame detalhado realizado no capítulo anterior¹¹², os estudiosos jurídicos que conceberam a teoria da carga dinâmica constataram que, em alguns casos práticos, a responsabilidade probatória rígida e estática preceituada como regra geral não solucionava adequadamente a questão posta sob o crivo do Poder Judiciário.

Assim é que surgiu a Teoria da Carga Dinâmica das Provas, que, embora não recuse validade à teoria clássica do ônus da prova, impõe que esta não seja aplicada a determinados casos, pois se assim ocorresse, o julgamento proferido pelo magistrado mostrar-se-ia injusto e inadequado. Propõe-se, pois, a relativização do ônus da prova.

Antônio Janyr Dall`Agnol Junior afirma que a acenada teoria teve como principal precursor Jorge W. Peyrano, chegando a afirmar que “A denominada teoria das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por Jorge W. Peyrano, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida em obras que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano.”¹¹³

¹¹¹ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.61. Nota 3.

¹¹² Ver item 3.3 do capítulo anterior, intitulado alterações na distribuição do ônus da prova, em que foram feitas considerações acerca das modificações na responsabilidade probatória que têm com base uma autorização ou uma determinação expressa do legislador.

¹¹³ DALL`AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

Foi, desse modo, na Argentina, que mencionada teoria se desenvolveu pioneiramente, espalhando-se, com o tempo, pelos demais países. Sobre esse aspecto, comenta Antonio Danilo Moura de Azevedo:

A chamada Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. Tem como principal precursor o jurista argentino Jorge W. Peyrano [...] ¹¹⁴

Ainda sobra a origem da teoria ora pesquisada, não menos elucidativa é a lição de Wilson Alves de Souza, que faz um resumo das principais teorias a respeito do ônus probatório, sintetizando-as, da seguinte forma:

- 1) *Teoria de Jeremy Bentham*: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc. Trata-se de teoria seguida por DEMOGUE, com poucas variações. Aqui já se encontram os principais sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.
- 2) *Teoria de Bethmann – Hollweg*: a quem deduz um direito, cabe provar a sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.
- 3) *Teoria de Gianturco*: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.
- 4) *Teoria de Betti, Carnelutti e Chiovenda*: que se assemelham e, em linhas bem gerais, dispõem que o autor deve provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções. Essas teorias são muito criticadas por MICHELLI, por levarem em consideração a relação jurídica abstratamente colocada, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.
- 5) Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa. ¹¹⁵

Percebe-se, pois, da reprodução supra, que a teoria da carga dinâmica das provas teve, entre seus principais idealizadores, os juristas argentinos Jorge W.

¹¹⁴ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

¹¹⁵ SOUZA, Wilson Alves de *apud* DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.61-62. Nota 3.

Peyrano e Augusto M. Morello, que, a partir de conhecimentos já existentes e defendidos por outros estudiosos, desenvolveram uma idéia nova e contraposta àquela existente (que, também, é amparada por inúmeros doutrinadores), segundo a qual se impõe ao magistrado uma atitude mais ativa, condizente com a realidade do caso concreto que está sob sua apreciação. Estabelece, pois, a relativização do ônus da prova de uma forma genérica.

Faz-se imprescindível a transcrição, neste momento, do pensamento de Jorge W. Peyrano, tido como um dos idealizadores da teoria aqui comentada. Vejamos:

En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.¹¹⁶

Assim sendo, o magistrado, ao analisar o caso concreto sob sua apreciação, não estará obrigado a aplicar fria e objetivamente aquela regra estática sobre a repartição probatória preceituada no caput do art. 333 do CPC, já que poderá impor a responsabilidade probatória sobre a comprovação de determinado fato àquela parte que detiver melhores possibilidades de satisfazê-la, mesmo que tal determinação contrarie, em tese, o disposto no aludido artigo do CPC. Por tal teoria, portanto, a responsabilidade probatória é relativizada, podendo o magistrado, nos casos em que perceba o desequilíbrio existente entre as partes para produção de determinada prova, alterar o ônus probatório das mesmas.

Isso porque, exige-se um julgador mais atuante e influente, capaz de verificar qual o sujeito processual tem maiores probabilidade de carrear ao processo os elementos probatórios suficientes à elucidação da matéria fática controvertida.

Referida teoria, embora possa parecer extremamente simples e ingênua, propõe um rompimento com os ensinamentos amparados pela doutrina clássica, que defende (salvo as exceções expressamente constantes na legislação) uma visão puramente estática das regras sobre repartição probatória.

Antônio Janyr Dall'Agnol Junior lembra que esse inovador entendimento, adotado pelos mais modernos processualistas, não leva em consideração a posição

¹¹⁶ W. PEYRANO, Jorge *apud* AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

ocupada pela parte na relação processual, ou seja, não importa se esta foi a responsável pela instauração do processo judicial ou se figura como parte promovida em determinada demanda, já que as chances reais que um desses sujeitos tem de trazer aos autos a prova dos fatos é o fator que, realmente, influencia. Não se aplica, pois, a distribuição do encargo probatório de maneira fixa, como indicado no art. 333 do CPC. São suas as palavras:

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo.¹¹⁷

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira também deixam claro que a disposição da parte como promovente ou promovida pouco importa na determinação da responsabilidade dinâmica da prova, já que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, prova quem pode.”¹¹⁸

Nesse norte, infere-se, por conseguinte, que perde efeito toda aquela distinção (analisada no capítulo anterior¹¹⁹), estabelecida em doutrina, no que concerne aos fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos. Isso porque, toda essa divisão tem por base a determinação constante no texto do art. 333 do CPC, que impõe ao autor o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conferindo ao réu a responsabilidade probatória quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do primeiro.

Pois bem, como a responsabilidade probatória propugnada pela teoria agora estudada deve recair sobre aquele que tiver, no caso concreto, melhores condições de produzi-la, consoante lição arriba transcrita, não mais importará a diferenciação existente entre o fato base que ensejou a propositura da ação (fato constitutivo) e as possíveis exceções argüidas pelo réu (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor), posto que tal distinção não terá

¹¹⁷ DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. op. cit. Nota 113.

¹¹⁸ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.62. Nota 3.

¹¹⁹ Ver item 2.2, do capítulo anterior, intitulado: Distribuição do Ônus da Prova no Código de Processo Civil.

nenhuma aplicação prática, uma vez que os critérios distributivos do encargo probatório são, agora, encarados sob uma nova perspectiva, pontual e específica.

Pelas razões até o momento expostas, evidencia-se que há uma valorização da situação concreta posta sob apreciação do julgador em contraposição a esquemas predispostos pelo legislador, ou seja, procura-se compreender quem, no exame preciso de cada situação, está mais apto a realizar determinada prova.

Assim é que, se o juiz determinar, depois da análise concreta da relação jurídica deduzia em juízo, com base na teoria da carga dinâmica das provas, que certo sujeito realize o encargo probatório sobre determinada questão fática e, após o decurso do prazo estabelecido, verificar que o mesmo não se desonerou do gravame que lhe foi imposto, só restará ao julgador aplicar as conseqüências processuais advindas da omissão injustificada do mesmo, qual seja, presumir-se-ão verídicos aqueles fatos cuja prova não foi produzida.

Sobre essa maior discricionariedade outorgada ao magistrado, no que concerne à distribuição pontual e específica da responsabilidade probatória em cada caso concreto, Antonio Danilo Moura assevera:

É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dada uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional, como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros. Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que, pelos mandamentos da lei, o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.¹²⁰

Ressalte-se, porém, que tal discricionariedade não é absoluta, vez que o magistrado deverá prezar, sempre, por um processo devido, realizado sob o manto de um contraditório equilibrado, garantindo-se, por conseqüência, um tratamento isonômico às partes, que, por sua vez, não será alcançado, caso o julgador atue tendenciosamente a favor de uma delas. Nesse aspecto, afirma Antonio Danilo Moura que essa discricionariedade do juiz não “é igual à discricionariedade do administrador. Por óbvio, toda atuação do juiz deve ser emoldurada pelos princípios

¹²⁰ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade.”¹²¹

Assim sendo, o julgador deverá realizar uma análise da conjuntura posta sob sua apreciação, tendo como base os princípios acima transcritos (legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação, efetividade, instrumentalidade etc), buscando, sempre, repartir o ônus probatório (que até aquele momento se mostrou tímido e insuficiente) com base na razoabilidade, pois, se assim não acontecer, sua decisão, fora desses parâmetros, mostrar-se-á desarrazoada, porque poderá representar a desoneração de uma parte em manifesto prejuízo da outra.

É que, no caso concreto, determinado sujeito, inicialmente incumbido de carrear aos autos determinada prova pelas regras normais de repartição probatória, poderia se manter inerte, quando, na verdade, detinha condições de produzir a prova que lhe competia pelas regras normais de responsabilidade probatória. Assim, neste caso, se o magistrado atribuir o ônus probatório ao outro sujeito processual, pela simples falta de ação daquele, estará, indevidamente, relativizando o ônus probatório.

Isso porque, se é permitido ao autor a faculdade de ingressar com uma ação, sujeitando o réu a esta relação processual independentemente de sua vontade, também caberá ao promovente, que é o maior interessado no sucesso do processo, carrear aos autos os elementos probatórios suficientes ao reconhecimento do seu direito. Assim, somente em situações em que o demandante não estiver em condições de produzir as provas que lhe eram incumbidas, deverá o magistrado atribuí-la à outra parte.

Válido, nesse aspecto, a doutrina de Antonio Danilo Moura de Azevedo, *in verbis*:

Frise-se, por oportuno, que a modificação do ônus da prova pelo juiz deve ser sempre pautada pela razoabilidade de tal medida. Se não há possibilidade da outra parte cumpri-lo a contento ou se a modificação da regra de distribuição do ônus da prova lhe implicar uma verdadeira pena, em vez de um ônus, não se justificará a alteração da regra geral. Urge, todavia, uma ponderação racional em cada caso, particularmente com o fito de certificar que a imposição dessa modificação não violará normas constitucionais e processuais protetivas de ambas as partes.¹²²

¹²¹ *Idem, ibidem.*

¹²² AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

Pelo escólio acima reproduzido fica evidente, pois, que a alteração das regras sobre o ônus da prova com base na teoria da carga dinâmica das provas é medida excepcional, que não deve ser aplicada a todos os casos indistintamente, sob pena de tal alteração representar verdadeira penalidade a uma das partes, o que não é permitido por nosso ordenamento.

Por tudo até o momento exposto, resta manifesto a razão pela qual a doutrina conceituou de dinâmica essa teoria, já que, pelos argumentos dos que a defendem, a responsabilidade probatória é algo dinâmico, ativo, modificável, sendo desarrazoada qualquer visão que a compreenda como algo estático, parado, imóvel etc.

Antônio Janyr Dall`Agnol Junior faz uma síntese dos principais aspectos inovadores da teoria ora debatida, sendo relevante a transcrição das suas idéias, senão vejamo-nas:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a "natureza" do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.¹²³

À luz dos comentários traçados, percebe-se que a teoria da carga dinâmica das provas ou teoria das cargas processuais dinâmicas (como preferem os argentinos) tem por objetivo atribuir uma maior efetividade ao processo, buscando solucionar a questão posta sob o manto do Poder Judiciário de uma maneira mais justa e equânime, na medida em que objetiva impedir o insucesso de certa demanda em decorrência, quase que exclusiva, da hipossuficiência de uma parte em produzir certa prova. Antonio Danilo Moura comenta esse aspecto, afirmando que o juiz poderá "modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes e, com isso, tentar evitar a derrota da parte que possivelmente tem o melhor direito, mas que não está em melhores condições de prová-lo."¹²⁴

A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas representa, portanto, em face de tudo o que foi aduzido até o momento, uma nova concepção

¹²³ DALL`AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. op. cit. Nota 113.

¹²⁴ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

acerca da repartição do ônus probatório, relativizando-o, na medida em que possibilita ao magistrado, por intermédio de um exame preciso e pontual realizado sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento, a remoção, com razoabilidade, da responsabilidade probatória da parte sensivelmente impossibilitada de suportá-la, atribuindo-a ao sujeito processual que se encontra em melhores condições de satisfazê-la, observando-se, sempre, os princípios constitucionais atinentes à matéria.

Por fim, no que diz respeito ao momento ideal para alteração do encargo probatório com base na teoria da carga dinâmica das provas, a doutrina costuma aduzir que aludida modificação deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, já que, dessa forma, confere-se ao sujeito processual incumbido dessa gravame a possibilidade de desonerar-se do mesmo. Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

Ademais, essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já analisado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade, e não, de julgamento.¹²⁵

As alterações devem, pois, ser anunciadas pelo magistrado antes da prolação da sentença, já que são regras de procedimento, e não de julgamento. Esse momento é, também, o mais apropriado, já que aquele que teve contra a si a imposição de nova responsabilidade probatória, através de uma decisão interlocutória, poderá interpor agravo de instrumento, bem como estará, ainda em tempo, devidamente alertado a respeito do novo gravame que lhe foi atribuído pelo magistrado, o que facilitará a sua desoneração.

¹²⁵ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.65. Nota 3.

4.3 RECEPÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS PELA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

No que diz respeito à recepção da presente teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, é de se enfatizar que, embora a mesma não seja, expressamente, citada no corpo de texto de nenhuma norma jurídica, infere-se que, implicitamente, nossa ordem jurídica admite sua utilização. Isso porque, tanto no aspecto legislativo e doutrinário, com também no jurisprudencial, a referida teoria encontra resguardo. É nesse sentido que Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira entendem, *in verbis*:

Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, prova quem pode. **Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade**, todos examinados no primeiro capítulo deste volume. [Grifo Nosso].¹²⁶

Com efeito, a partir de uma interpretação sistemática da legislação processual brasileira, é possível inferir que, sem dúvida, a teoria da carga dinâmica das provas foi recepcionada pelo nosso ordenamento. Essa receptividade é resultado da interpretação conjunta de inúmeros princípios. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira aduzem que a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios:

- a) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) *princípio da lealdade, boa-fé e veracidade* (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois o nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;
- c) *princípio da solidariedade* com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;
- d) *princípio do devido processo legal* (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.62. Nota 3.

e) *princípio do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva e *princípio da adaptabilidade do procedimento*.

Assim, percebe-se que inúmeros são os princípios que dão suporte à teoria da carga dinâmica das provas, o que impende afirmar que os mesmos devem servir como ponto de partida para uma correta e atual interpretação do art. 333 do Código de Processo Civil.

Antonio Danilo Moura lembra que a teoria ora em análise não encontra respaldo integral naquilo que foi estabelecido no inc. VIII, do art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor, já que este dispositivo apenas reflete uma aplicação tímida e superficial da teoria dinâmica, já que as diretrizes desta em nada se confunde com a inversão judicial do ônus da prova prevista no diploma consumerista. Vejamos seu comentário:

Talvez, num primeiro momento, sem maiores reflexões, venha à mente como exemplo da recepção desta teoria no Direito Pátrio o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos interesses do consumidor, presumidamente hipossuficiente na relação consumerista. Contudo, apesar de ter havido uma flexibilização da distribuição do ônus da prova, a teoria em comento não foi adotada, integralmente, pelo nosso Código de Defesa do Consumidor. Ainda é a regra estática de distribuição do "*onus probandi*" que rege sobejamente a distribuição do ônus da prova nas relações de consumo. O dispositivo legal citado afirma hialinamente que a inversão do ônus da prova é possível, em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.¹²⁷

Antônio Janyr Dall`Agnol Junior, por sua vez, faz crer que a teoria aqui discutida levou em apreço o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, senão vejamos: "O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule."¹²⁸

Por fim, cumpre fazer referência à recepção da teoria ora estudada em outros ramos do direito, diferente do processual civil. Nesse sentido, Antonio Danilo Moura de Azevedo enxerga uma aplicação da teoria dinâmica das provas no Direito do Trabalho, sob manto do princípio da aquisição da prova. Vejamos sua observação:

¹²⁷AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

À guisa de ilustração, algo muito próximo da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova também vem sendo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho. A doutrina moderna de Direito Processual Trabalhista tem hoje mais um princípio norteador de sua atuação que é o da aptidão para prova. Segundo este princípio, deve provar aquele que estiver apto a fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu. Poder-se-ia então testificar que a essência da teoria dinâmica já está sendo posta em prática no nosso país.¹²⁹

Percebe-se, pois, que, consoante o comentário reproduzido, a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas não se restringe ao direito processual civil, sendo, aplicável, também, em outros campos, como no direito processual do trabalho, o que representa o seu relevo, cada vez maior, no nosso ordenamento jurídico.

Pelo exposto, restou evidente que o nosso ordenamento jurídico acolhe as proposições que fazem parte da teoria da carga dinâmica das provas.

4.4 PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ E TEORIA DA CARGA DINÂMICA

Após a análise da origem, definição e recepção da teoria da carga dinâmica das provas, mister se faz a realização de alguns comentários acerca da relação existente entre essa teoria e o poder de instrução do juiz.

Com efeito, há uma estreita conexão entre os poderes instrutórios do magistrado e a repartição da responsabilidade probatória entre as partes, já que deve existir um relacionamento harmonioso entre a iniciativa do julgador na busca de elementos de prova e a realização das provas pelos sujeitos processuais. Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sustentam que:

Os poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, seja no processo penal, como visto acima, seja no processo civil (CPC, art. 130), têm importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. Num imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova.¹³⁰

¹²⁸ DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. op. cit. Nota 113.

¹²⁹ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. op. cit. Nota 74.

Nesse norte, percebe-se que deve existir um perfeito equilíbrio entre ambos os destinatários da prova (juiz e partes) ¹³¹, a fim de que não haja desrespeito aos postulados do ordenamento jurídico.

Embora exista, no processo civil, a predominância da aplicação do princípio dispositivo, segundo o qual cabe, precipuamente, às partes a responsabilidade pela produção probatória, é de se ressaltar que há situações atenuantes do campo de incidência desse princípio, possibilitando que o julgador participe mais ativamente da colheita de provas.

Sobre a diferenciação entre o princípio dispositivo (próprio do direito processual civil) e o princípio inquisitório (adotado no direito processual penal), Misael Montenegro Filho comenta:

O princípio dispositivo, como sabido, contrapõe-se ao *inquisitório*, próprio do processo penal, o último permitindo ao magistrado participar da colheita da prova de forma mais ativa, em vista da natureza do direito da ação penal, que é, em regra, indisponível, de interesse do Estado, não somente da vítima direta do ato ou fato repudiado.¹³²

Uma das formas de aplicação prática do princípio inquisitivo no processo civil está evidenciada naquilo que comanda o artigo 130 do CPC (Lei 5.869/73), vez que esta norma possibilita que o magistrado, de ofício ou a requerimento de alguma das partes, determine a realização de provas relevantes ao esclarecimento dos fatos controvertidos em certo processo. Eis a sua redação: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Deve-se observar, entretanto, que a participação do juiz na produção probatória, autorizada pelo dispositivo supra, somente é admitida quando se mostrar imprescindível a sua atuação, seja por motivo de desproporção econômica/social/cultural entre as partes, seja quando a o resultado da atividade probatória for insatisfatório, seja, ainda, quando o objeto do direito que se busca a tutela em juízo for extremamente relevante (indisponível, por exemplo). Nesse aspecto, merece transcrição o pensamento de Misael Montenegro, senão vejamos:

¹³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. op. cit., p. 360. Nota 6.

¹³¹ Ver item 2.4, do primeiro capítulo.

¹³² MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 487. Nota 33.

Num outro dizer, podemos afirmar que o art. 130 do CPC não é interpretado de forma absoluta, sem limitações, encontrando-se atrelado à observância do *princípio dispositivo*. Defere-se o atuar de ofício ao magistrado, na busca da verdade real (ou mesmo formal), quando estiver diante de prova *contraditória, confusa ou incompleta*.¹³³

Humberto Theodoro Junior, por sua vez, conclui que:

Na verdade, somente nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, ou naquelas em que as partes se desincumbiram de forma incompleta do *onus probandi*, é que o juiz terá oportunidade de tomar a iniciativa na instrução, determinando a coleta de prova que ele mesmo julgar conveniente e necessária para evitar julgamento em estado de perplexidade ou de incerteza de justiça [...] O juiz civil, em conclusão, não deve se transformar num inquisidor, sob pena de eliminar o princípio indispensável da *imparcialidade*. O convencimento do juiz ordinariamente, para o bom desempenho da função jurisdicional, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida pelas partes do processo. E só excepcionalmente lhe tocará fazer uso do poder de iniciativa de produção de provas.¹³⁴

O magistrado, portanto, somente deve determinar, de ofício, a realização de provas nos casos acima detalhados, já que, se assim não proceder, poderá incorrer no equívoco de favorecer, indevidamente, determinado litigante que haja negligenciado em obter as providências probatórias de seu interesse. É nesse sentido que Misael Montenegro sustenta que esse modo mais ativo do magistrado deve respeitar todos os princípios constitucionais, como os do “*contraditório* e da ampla *defesa*, da *isonomia processual*, da *motivação*, da *publicidade* dos atos processuais, etc., cuidando-se, ainda, de não se agraciar a uma das partes do embate com a colheita de prova que deveria ter sido por esta protestada e produzida.”¹³⁵

Esse atuar do juiz, portanto, de aperfeiçoar a atividade probatória realizada pelas partes deve ser realizado com bastante cautela.

Percebe-se, facilmente, assim, que esse poder de instrução do magistrado, que lhe confere uma maior atuação, possui uma correlação bastante próxima com os ideais, acima relatados, propostos pela teoria da carga dinâmica das provas.

Isso porque, a referida teoria, consoantes razões acima delineadas, propõe que o julgador, ao analisar o caso concreto sob sua apreciação, poderá

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 488.

¹³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit., p. 372-373. Nota 19.

¹³⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. op. cit, p. 488-489. Nota 33.

impor a responsabilidade probatória sobre a comprovação de determinado fato àquela parte que detiver melhores possibilidades de satisfazê-la, mesmo que tal determinação contrarie, em tese, o disposto no artigo 333 do CPC.

Assim, tanto o poder instrutório do juiz, expresso no art. 130 do CPC, como a teoria da carga dinâmica das provas, propõem um juiz mais ativo, que não seja mais um mero assistente das partes, e sim que ocupe uma posição mais funcional, respeitando, obviamente, a imparcialidade que todo julgador deve manter. Sob esse comportamento mais atuante do magistrado, Cândido Rangel ensina:

Acima de todas essas razões para ainda a consciência de que no Estado moderno a jurisdição é uma função pública por excelência, voltada aos escopos associados ao interesse da sociedade como um todo (escopos sociais, políticos, jurídico): aos juízes não cumpre atuar como meros homologadores de condutas dos particulares. Há situações em que a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos, quando o juiz fosse obrigado a conforma-se e afinal, como Pôncio Pilatos, lamentar a injustiça mas permitir que prevalecesse. A experiência mostra que a *imparcialidade* não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instrui-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio *ativismo*.¹³⁶

Embora todas as semelhanças acima referidas, deve-se deixar claro que a participação do magistrado na instrução processual ocorre com a sua própria determinação no sentido da realização das provas, enquanto que, pelos postulados da teoria das cargas processuais dinâmicas, o juiz apenas determina quem das partes arcará com a responsabilidade probatória sobre determinado fato (e com as conseqüências de sua eventual omissão), não interferindo, neste último caso, diretamente, na atividade probatória.

Isso porque, a faculdade concedida ao julgador pelo art. 130 do CPC somente deve ser aplicada após a realização das provas pelas partes (que pode inclusive, já ter sido objeto de distribuição dinâmica por parte do magistrado), quando a produção probatória mostrar-se insuficiente. Sobre esse aspecto, Arruda Alvim afirma:

O art. 130 somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida. O art. 130, pois,

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 53-54. Nota 1.

aplicar-se-á como *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz sub-rogar-se nos ônus subjetivo da parte inerte ou omissa.¹³⁷

O moderno processo civil exige, pois, um magistrado cada vez mais atuante, sempre atento às peculiaridades do caso concreto posto sob sua apreciação, buscando, sempre, a solução mais justa possível.

4.5 JURISPRUDÊNCIAS, PROPOSTAS LEGISLATIVAS E PERSPECTIVAS

Podemos encontrar diversos arestos em que há referência à teoria da carga dinâmica das provas, o que representa, não somente o crescente interesse pelo qual os magistrados estão tendo pelo assunto, como também a importância dessa teoria para a solução das demandas judiciais que, cada vez mais, exigem um julgador mais ativo e atento às novas concepções existentes na moderna doutrina. Vejamos alguns julgados:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola regra sobre a prova o acordão que, além de aceitar **implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova**, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. [Grifo Nosso]. 2. Legitimidade passiva da clinica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. Responsabilização da clinica e do medico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido.

(Processo REsp 69309 / SC; RECURSO ESPECIAL; 1995/0033341-4; Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102); Órgão Julgador; T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento 18/06/1996)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR.

1. A análise do conjunto probatório deve levar em conta **o princípio da carga dinâmica das provas** nos casos em que a ré tem o monopólio dos dados e registros concernentes ao contrato. [Grifo Nosso].

2. O dano moral na situação de inscrição indevida em serviço de proteção ao crédito é inerente e imanente ao próprio ato ilícito, não dependendo de qualquer prova. 3. O julgador pode fixar o montante da indenização por dano moral com base no valor do salário mínimo, desde que este não seja

¹³⁷ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3 ed. ver. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985-1986, p. 300.

utilizado como índice de atualização do valor da moeda. Precedentes do C. STF e desta Corte.

4. Em face das circunstâncias do caso concreto, o quantum fixado na d. sentença não merece redução. 5. A atualização do valor da moeda não é um plus ou um acessório, mas sim o próprio principal na sua expressão atualizada. Assim, ex officio, deve ser explicitado o d. julgado monocrático para que o montante devido seja corrigido pelo IGP-M, desde a data da sentença, até o efetivo pagamento. NEGARAM PROVIMENTO. EXPLICITARAM A SENTENÇA. UNÂNIME.

(Apelação Cível Nº 70007919392, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 17/08/2005).

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos (vencido o Desembargador Macedo Pacheco, com declaração de voto em separado), em NEGAR provimento à apelação e, por unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE do recurso adesivo e, na parte conhecida, NEGAR provimento, tudo nos termos da fundamentação. EMENTA: EMENTA:

I. - Apelação cível. Ação de indenização. Erro médico. Microcirurgia seletiva para correção de miopia. Olho direito. Contrato de prestação de serviço médico. Obrigação de meio, na qual o médico não se compromete a curar, mas a aplicar toda a diligência na cura.

II. - Lesão da córnea e da íris durante a aplicação do microcerátomo. Lesão corporal de natureza grave dada a debilidade permanente da função visual. Debilitação acentuada da função visual, que sem correção restringe-se à percepção de vultos. III. - O juiz não está impedido, antes é seu dever de buscar conhecimento específico para prestar tutela jurisdicional adequada. Artigos doutrinários médicos não se constituem em prova processual que necessite ser submetida ao crivo do contraditório. IV. - Ampla defesa plenamente exercitada.

V. - Em contrato de prestação de serviço médico, ainda que se trate de obrigação de meio, com resultado danoso à credora/paciente, cabe ao cirurgião demonstrar que tomou todos os cuidados para que houvesse êxito na cirurgia. VI. - A execução plena do contrato é fato extintivo do direito do autor, cujo ônus da prova incumbe ao réu. aplicação do art. 333, ii do CPC.

VII. - **A prova deve ser produzida pela parte que possui mais fácil acesso a ela, sendo que a não produção desta prova deve redundar em presunção em seu desfavor. aplicação da teoria da carga dinâmica da prova.** [Grifo Nosso]. VIII. - Prova indiciária não contrariada.

IX. - Não comprovando que tomou todos os cuidados necessários para a realização da microcirurgia deixou o apelante/réu de comprovar fato extintivo do direito da autora. Indenização devida.

X. - Danos morais caracterizados diante das lesões e do infortúnio da autora. XI. - Valor da indenização devidamente justificado, atendendo ao princípio da razoabilidade. (r\$ 15.000,00) XII. - Distribuição da sucumbência que não merece ser alterada. XIII. - Apelação não provida. XIV. - Recurso adesivo não conhecido em relação à alegada legitimidade passiva da segunda ré. Ausência de recurso autônomo a respeito. Trânsito em julgado. XV. - Majoração do valor da indenização rejeitada. XVI. Recurso adesivo conhecido em parte e na parte conhecida não provido.

(Nº do Acórdão: Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Tipo de Documento: Acórdão; Comarca: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba; Processo: 0336151-1; Recurso: Apelação Cível; Relator: Jorge de Oliveira Vargas; Revisor: Arno Gustavo Knoerr; Julgamento: 22/03/2007 16:00; Ramo de Direito: Cível; Decisão: Por maioria; Dados da Publicação: DJ: 7367).

Percebe-se, da leitura dos acórdãos acima reproduzidos, que a referida teoria é invocada, principalmente, nas questões que envolvem responsabilidade civil de profissional liberal, bem como que vários tribunais já estão colando em prática os seus ideais.

Interessante, igualmente, fazer referência, ao menos superficial, às propostas legislativas que dizem respeito à teoria da carga dinâmica das provas. Sobre esses projetos, Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr¹³⁸. afirmam que o CM-GIDI foi o primeiro projeto a tratar de maneira sistêmica dessa teoria.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual elaborou o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (atualmente encontra-se em poder do Poder Executivo Federal), no qual existe a seguinte previsão:

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

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. [Grifo Nosso]

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

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.¹³⁹

Embora referido projeto refira-se, tão somente, às demandas coletivas, interessante é observar, consoante texto acima reproduzido, a importância concedida à distribuição dinâmica do ônus da prova pelos elaboradores do aludido projeto, o que representa a recepção, cada vez maior, dessa teoria pela comunidade científica.

¹³⁸ DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Vol. IV. Salvador: Edições Podivm, 2007, p.301.

¹³⁹ Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. 2007. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/>> Acesso em: 20 mar. 2008.

Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. lembram a existência, ainda, de dois outros anteprojetos (ambos no âmbito do processo coletivo) que abordam, taxativamente, o tema da carga dinâmica das provas. Vejamos as observações desses renomados juristas:

Do mesmo modo, acolheu essa concepção o *Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação em conjunto pelos programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá*, sob coordenação do Prof. Aluísio Gonçalves Mendes, art. 19, §1: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora”. E, finalmente, no *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, art. 12, §1: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo de Direitos do Grupo”.¹⁴⁰

Percebe-se, pois, que é crescente o número de projetos e propostas legislativas que têm por escopo incluir, em um futuro diploma legal, regras explícitas a respeito da repartição da responsabilidade probatória de maneira dinâmica.

Deste modo, pelas sugestões legislativas existentes acima transcritas, bem como pela reprodução supra de arestos que enfrentam, expressamente, a questão ora discutida, é de se concluir que a teoria da carga dinâmica das provas, apesar do seu incipiente desenvolvimento, já possui significativa importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Espera-se, assim, que aumentem o número de estudiosos dedicados ao tema, bem como que surjam outras propostas legislativas sobre o assunto, a fim de que, com as suas respectivas conversões em lei, a sociedade como um todo possa, mais seguramente, usufruir dos benefícios que a teoria possibilita.

¹⁴⁰ DIDIER JR, Fredie et al. op. cit., p.301-302. Nota 138.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo do tema, ficou evidente, após uma análise dos principais institutos inerentes à teoria geral da prova, que esta, entendida como todos os meios destinados ao esclarecimento dos fatos, a fim de que o magistrado forme a sua convicção acerca da matéria fática posta sob sua apreciação, tem por objeto as alegações dos sujeitos processuais acerca dos fatos relevantes e controvertidos em determinada relação processual.

O magistrado, ao formar seu convencimento com base nos esclarecimentos desses fatos, consoante bem detalhado no presente trabalho, é livre, já que o sistema adotado hodiernamente pelo nosso direito positivo é do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o juiz, na apreciação dos fatos e das suas respectivas provas, encontra-se livre para formar seu entendimento, desde que este seja racional, bem como motivado de acordo com as provas constantes nos autos.

A responsabilidade pela produção dessas provas foi distribuída previamente pelo legislador, de uma maneira rígida e estática, no art. 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual tal dever incumbe ao autor em relação ao fato constitutivo do seu direito, enquanto que, ao réu, compete o encargo de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

No entanto, no decorrer deste trabalho, foi demonstrada a inadequação desse modelo estanque de repartição do ônus probatório, já que o mesmo não conduz, em muitos casos, a uma prestação jurisdicional equânime e justa.

Em uma primeira análise, foram examinados alguns dispositivos legais que expressamente permitem, ou simplesmente determinam, uma modificação naquela regra geral estabelecida no corpo do artigo 333 do Código de Processo Civil, o que resultou em uma tímida relativização das regras deste artigo que repartem a responsabilidade.

Tímida e restrita, pois essas alterações nas regras sobre a responsabilidade probatória somente se aplicam aos casos previstos de forma expressa pelo legislador. Tais modificações foram intituladas de inversões do ônus da prova, sendo consenso a referência a três delas: as inversões convencionais, as inversões legais e as inversões judiciais do ônus da prova.

Ocorre que os doutrinadores, embasados em observações extraídas da prática forense, observaram que a regra normal de repartição da responsabilidade probatória e as normas sobre inversões previstas pelo legislador não solucionavam, de maneira justa, todas as questões postas sob apreciação do Poder Judiciário, visto que a dificuldade para a produção prova (ou simplesmente a sua colação ao processo) por alguma das partes ainda persistia em certos casos, o que requeria (e ainda requer) uma atuação mais positiva do magistrado no intuito de reequilibrar a relação processual formada em juízo.

Foi nesse contexto que a doutrina avistou uma nova forma de repartição do encargo probatório diversa daquela estabelecida estaticamente pelo art. 333 do CPC, extensível, em tese, a todos os casos postos sob apreciação do Poder Judiciário, propugnando que a distribuição da responsabilidade probatória seja realizada com base numa análise pontual de cada caso posto sob apreciação do magistrado.

Essa extensão é defendida, conforme amplamente detalhado neste trabalho, pela Teoria da Carga Dinâmica das Provas que, embora não recuse validade à teoria clássica do ônus da prova, impõe que esta não seja aplicada a determinados casos, pois se assim ocorresse, o julgamento proferido pelo magistrado mostrar-se-ia injusto e inadequado.

A teoria propõe uma relativização do ônus da prova de uma forma mais genérica, possibilitando que o magistrado, ao analisar o caso concreto sob sua apreciação, não esteja obrigado a aplicar fria e objetivamente aquela regra estática sobre a repartição probatória preceituada no caput do art. 333 do CPC, já que poderá impor o ônus probatório sobre a comprovação de determinado fato àquela parte que detiver melhores possibilidades de satisfazê-la, mesmo que tal determinação contrarie, em tese, o disposto no aludido artigo do CPC.

O moderno Processo Civil, que tem por escopo maior garantir o direito a quem realmente o titule, exige tal comportamento do julgador, que não pode ficar apegado a formalismos exacerbados, permitindo que uma parte permaneça omissa, quando, realmente, possui condições reais de elucidar a matéria fática controvertida do processo.

A teoria da carga dinâmica das provas ou teoria das cargas processuais dinâmicas (como preferem os argentinos) tem por objetivo atribuir uma maior efetividade ao processo, buscando solucionar a questão posta sob o manto do

Poder Judiciário de uma maneira mais justa e equânime, na medida em que objetiva impedir o insucesso de certa demanda em decorrência, quase que exclusiva, da hipossuficiência de uma parte em produzir certa prova.

Cria-se uma nova concepção acerca da repartição do ônus probatório, relativizando-o, na medida em que possibilita ao magistrado, por intermédio de um exame preciso e pontual realizado sobre a matéria fática controvertida e relevante para o julgamento, a remoção, com razoabilidade, da responsabilidade probatória da parte sensivelmente impossibilitada de suportá-la, atribuindo-a ao sujeito processual que se encontra em melhores condições de satisfazê-la, observando-se, sempre, os princípios constitucionais atinentes à matéria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3 ed. ver. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985-1986.

Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. 2007. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: março de 2008.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: março de 2008.

_____. Lei 5.869, de 11 janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: março de 2008.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: março de 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. V. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Direito do Consumidor: Coleção Roteiros Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Podivm, 2007. V. II.

_____ **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Podivm, 2007. V. IV.

DALL`AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. V.III.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed., rev., atual, amp. São Paulo: Forense Universitária.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Manual do Processo do Conhecimento**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. V. I.

NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2000. V. I.

_____. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.