

Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios

Antonio Janyr Dall'Agnol Junior
Desembargador. Professor de Direito
Processual Civil na Escola Superior da
Magistratura (RS).

Sumário: 1. Introdução. Noção de ônus. 2. A regra do art. 333 do CPC. 3. A superveniência do CDC. 4. A teoria das cargas processuais dinâmicas. 5. Visão solidarista do encargo de provar. Precedentes doutrinários. 6. A teoria e sua recepcionabilidade no direito brasileiro. 7. À guisa de conclusão.

1. Introdução. Noção de ônus - Não se ressentem nossa Língua de vocábulo expressivo do que seja *oneroso*, contrariamente ao que ocorre com as línguas francesa e espanhola, deficiência bem registrada por SANTIAGO SENTÍS MELENDO na apresentação que faz ao *Tratado das Provas Judiciais*, de BENTHAM, na tradução, para o espanhol, de Manuel Ossorio Florit¹.

Pelo contrário, o termo ônus (do latim *onus*) é de uso corrente - e não só na linguagem do jurista -, a significar, em caráter principal, carga, peso².

Embora na linguagem comum possa, por vezes, confundir-se com o expressado pelo termo obrigação, na técnico-jurídica serve esse (o vocábulo obrigação) justamente de contraponto ao conceito de ônus. Quem fala em obrigação supõe poder de outrem, a que o obrigado deve sujeitar-se. Já quem se utiliza do termo ônus está a pretender significação algo diversa: de sujeição, eventualmente, mas agora de interesse do próprio indivíduo a outro de que também seja titular³.

Tem dever, assim, no processo, a parte de comportar-se com lealdade (art. 14, II, do CPC); não na tem, porém, de responder (= contestar, excepcionar, reconvir), senão que simples ônus.

¹ BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959.

² Cf. *Dicionário Aurélio Eletrônico*, verbete **ônus**.

³ PONTES DE MIRANDA prefere guardar o termo *sujeição* para a hipótese de dever: "*Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3^a ed., 1996, tomo IV, p. 253).

Também é esta a idéia que orienta ALFREDO BUZAID, lembrando FRANCESCO CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal*. Buenos Aires: UTEHA, 1944, vol. I, p. 63 e segs.), quando assinala que correlativa à idéia de ônus é a idéia de risco, e não a de subordinação ou sujeição (Do ônus da prova, *in Revista de Direito Processual Civil*, 1961, vol. 4, p. 14).

Com efeito, o demandado que não responda terá contra si o peso de ver reputados "*como verdadeiros os atos afirmados pelo autor*" (art. 319, do CPC), segundo a severa regra sobre o efeito material da revelia hoje acolhida pelo nosso Código de Processo Civil.

Pois quem diz ônus probatórios - expressão eleita pelos organizadores deste Simpósio - diz encargo, e não obrigação, de provar.

Na sempre lembrada lição de CARNELUTTI, "*falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a fruição de um interesse. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem no elemento substancial, porquanto, quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se trata do ônus*"⁴.

O pressuposto, pois, está assentado, não obstante pudesse ele mesmo merecer, hoje, uma reavaliação, pelo menos para explicar regra como a do art. 339, do CPC, que não distingue entre partes e terceiros⁵.

2. A regra do art. 333 do CPC - Na linha do entendimento clássico sobre a distribuição do encargo da prova, o CPC de 1973, em muito não destoando do disposto pelo art. 209, do CPC de 1939⁶, entendeu de estabelecer, aparentemente de modo rígido - daí, a visão "estática" - que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu (alegado) direito, enquanto que ao réu pesará o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo (art. 333, do CPC).

Conforme se observa, nada mais expressa a norma do que a evolução da tradicional regra de que *semper onus*

⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, ob. e loc. cit., p. 65. ROLAND ARAZI, para quem o ônus constitui instituto autônomo, não se subsumindo, assim, aos conceitos de dever ou de direito, "*la carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podría ocasionarle su omisión*" (*La Prueba em el Proceso Civil*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca1998, p. 87).

⁵ Se "*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*", difícil, por vezes, sustentar-se a ausência de dever da própria parte para o alcance desse desiderato.

À perspicácia de BARBOSA MOREIRA não escapou a previsão legal do art. 17, III, do CPC, registrando haver "*um dever de esclarecimento, que não corre apenas à parte interessada*" (Julgamento e ônus da prova, *in Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 77).

⁶ Assim dispunha o art. 209, do CPC de 1939: *O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

§ 1º *Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.*

§ 2º *Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste os efeitos a ele incumbirá provar a alegação.*

probandi ei incumbit qui dicit - em que o termo dizer, ou alegar, apreende o agir (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*).

O grande tratadista da prova no Brasil, MOACYR AMARAL SANTOS, quando da análise da regra abrigada pelo art. 333, do CPC, ensina: "*A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e ao réu, em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito*"^{7 8}.

Semelhante posicionamento do legislador pátrio, no entanto, ignora os avanços que já se desenvolvera, na doutrina, quanto aos critérios de distribuição do encargo da prova.

A circunstância não passou despercebida à doutrina mais atenta, que, de pronto, assinalou a insuficiência da consideração para com as espécies de fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), por ausência de precisão, bem como para com a posição processual das partes⁹.

Com efeito, conforme reconhecido tratadista da prova, "*un hecho puede ser constitutivo para el derecho pretendido por una parte y extintivo respecto del alegado por la otra*", recordando o exemplo da ação declarativa cuja pretensão pode estar fundada em fato extintivo, modificativo ou impeditivo¹⁰.

De outro lado, é o mesmo autor quem ensina que "*ningún criterio que pretenda distribuir la carga de probar según la posición procesal de las partes, puede servir de regla general*"¹¹.

Impulsionada que é a parte pelo interesse de obter êxito - na pretensão ou na resistência - a incumbência, em regra geral, resolve-se segundo este mesmo interesse. O encargo é da parte que objetiva ver demonstrado determinado fato, por ser este necessário (e eventualmente suficiente), à composição do suporte para a formação da convicção judicial¹².

MICHELI, em monografia clássica sobre o tema, depois de criticar posicionamentos antecedentes da doutrina, assinala

⁷ *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1983, vol. 1, p. 153).

⁸ Assinalo apenas, por ora, a relatividade que se insere, no texto doutrinário, com o uso da expressão "em regra". Esta relativização foi-se impondo ao longo da história do instituto, conforme bem o demonstram os melhores tratadistas do tema. O Próprio MOACYR AMARAL SANTOS, na citada obra, à pág. 157, afirma: "*Sempre será conveniente, entretanto, lembrar-se de que não se trata de uma regra absoluta, que abraça inexoravelmente todas as lides*". É verdade, porém, que a conclusão termina por ligar-se com esta outra: "*Sobre a regra prepondera o princípio de que a cada uma das partes incumbe fornecer a prova das alegações que fizer*".

⁹ Cf., com proveito, a crítica que JOSÉ FRANCISCO PELLEGRINI, ainda na década de setenta, dirigiu à solução alvitada pelo art. 333 do CPC, em seu trabalho *Do ônus da prova*, publicado na Revista *AJURIS*, 16, pp. 41-51.

¹⁰ HERNANDO DEVIS ECHANDIA. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970, t. I, pp. 468 e 469.

¹¹ ECHANDIA, ob. e loc. cit., p. 469.

¹² Como observado anteriormente, ARAZI prefere falar em "conveniência", e não em necessidade (Ob. cit., p. 87).

que, "do ponto de vista processual, é necessário ter-se presente não tanto a abstrata hipótese legal, mas, antes, a concreta pretensão", definindo-se o encargo da prova "na proporção do efeito jurídico pretendido pela parte"¹³.

O que releva, porém, é que, segundo o direito positivo brasileiro, a fixarmos-nos, em criticável exegese, só no disposto pelo art. 333, do CPC, a distribuição dos ônus probatórios exibir-se-ia prévia e abstrata.

A consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou se réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).

Com isso, e premido pela regra que veda o *non liquet*, ver-se-ia o juiz na contingência de, à falta de demonstração do fato constitutivo pelo autor, emitir juízo de desestimação da demanda. De outro lado, pela só circunstância de não ter o réu demonstrado o fato extintivo, impeditivo ou modificativo, na de acolhê-la integralmente. A observação de MICHELI - e mesmo a ressalva de AGUIAR DIAS ("de regra") - permaneceria no vazio: nenhuma consideração para com o caso concreto.

Lamentavelmente, não raro oferecem os repositórios de jurisprudência decisões que, em tudo, se ostentam como exemplares dessa solução.

Ignora ela, é bom que se tenha presente de logo, e antes de qualquer consideração para com a

¹³ GIAN ANTONIO MICHELI. *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1966, p. 494. Cf., no direito brasileiro, resumo e apreciação da doutrina levados a efeito por ALFREDO BUZAID no trabalho citado à nota 3, pp.22/23.

bjbjóWóW - ' = ' = P -
Í 7 ÿ ÿ
ÿ ÿ] Æ
Æ Æ B Ü Ç Ç Ç
H H H H 8
T i ≠ Á Y ç ; Ò

¹⁴ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: RT, 2ª ed., p. 86.

ação) ou, hipótese corrente, a determinação de exibição de prova documental, que ordinariamente se haveria de exigir do demandante, pelo demandado.

A inversão, nessas hipóteses, como se tem dito amiúde, opera-se *ope iudicis*, e não *ope legis*, motivo pelo qual indispensável o pronunciamento do juiz, independentemente da circunstância de que se cuide de regra de julgamento a da distribuição do encargo de provar. Essa, não obstante a resistência de parcela da doutrina¹⁶, parece ser a melhor interpretação diante dos termos do dispositivo legal: ao magistrado conferiu-se poder de apreciar as circunstâncias e, com base nela, decidir¹⁷.

A primeira das hipóteses - a da verossimilhança da alegação do consumidor - termina por alimentar, por parte do juiz, um juízo de probabilidade. As afirmações são de tal natureza que permitem, ainda na fase de alegações, a formação de convencimento judicial, provisório embora, de que verazes.

Aqui, importa, talvez, mais a segunda das hipóteses, justamente pelo que de comum tem com o tema a que me propus desenvolver¹⁸.

Antes de mais, é necessário, de uma vez por todas, romper com a idéia de que a hipossuficiência do consumidor seja idéia que esteja ligada apenas com a deficiência econômico-financeira. É certo que pode isso se dar, mas, se alguma idéia merece generalização, é a de que o desequilíbrio que se tem em conta, quando se cuida de vulnerabilidade do consumidor, situa-se no campo do conhecimento. Protege a lei o consumidor porque ordinariamente se encontra, do ponto de vista da ciência, em pior situação do que o fornecedor. O desequilíbrio é, como se usa dizer por vezes, de ordem técnica ou científica¹⁹. A verdade, porém, é que se trata de tutelar o insciente²⁰, isto é, o *non-sachant*, de que fala FRANÇOIS CHABAS²¹.

¹⁶ Cf., v.g., NELSON e ROSA MARIA NERY. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 3ª ed., p. 614.

¹⁷ Cf., v.g., CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. *Revista de Processo*, 86/295, esp. p. 299.

Na Argentina, ROLAND ARAZI apoia a tese do dever do juiz de antecipar "*su criterio respecto la distribución de la prueba, de modo que la parte sobre quien recae la carga sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio - dinámico, solidarista y de colaboración exigida - bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contraria*" (*La Prueba en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 109).

¹⁸ Não há como olvidar, porém, que à *verossimilhança* tem recorrido os juízes que, ampla ou restritamente, aplicam a doutrina da carga dinâmica das provas, para solucionar hipóteses de insuficiência de prova. Cf. ROLAND ARAZI, ob. cit., p. 105.

¹⁹ Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, desde a 1ª edição (São Paulo: RT, 1992, pp. 72/73).

²⁰ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, jurista atento, bem apreendeu a idéia, embora o tenha feito em visão demasiado estrita: "*A meu ver, a hipossuficiência aí preconizada* (subentenda-se: no art. 6º, VIII, do CDC) *não diz com aspecto de natureza econômica, mas como o monopólio da informação*".

bjbjóWóW-==P-

Isso assentado, impõe-se ao juiz decisão de inversão, em favor do consumidor, sempre que se evidencie mais fácil ao fornecedor a produção da prova. Destarte, não se há de exigir do autor, que se afirma vítima de erro médico, que prove a culpa do cirurgião, senão que a este cumprirá demonstrar de que se utilizou de todos os meios adequados da técnica e da ciência, no momento de relevo. O cirurgião está em situação inequivocamente superior, não apenas em razão de seus conhecimentos técnico-científicos, mas também porque, em determinadas circunstâncias (como quando sob anestésico o paciente), apenas ele, dentre os figurantes da relação, tem condições de alguma demonstração.

Ora, como haveremos de ver, é exatamente nesse ponto que se aproxima a solução positiva brasileira da denominada "teoria das cargas dinâmicas da prova".

Mais recentemente, deu mostras o legislador brasileiro de que não foi única e específica a solução contida no Código de Defesa do Consumidor, quando dispôs sobre o ônus da prova nas *"ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto"* na Medida Provisória n. 1.965.

Registra o art. 2º, da mencionada MP, na versão de 26 de maio de 2000: *"Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação"*.

Observa-se, no dispositivo, o firme liame entre a atribuição do encargo e o poder do juiz. Basta que as circunstâncias do caso demonstrem a verossimilhança da alegação para que ao beneficiário do negócio se impute o ônus de provar a regularidade. É grande a distância aqui da visão tradicional, que impunha ao alegante (*ei qui dicit*) o peso da demonstração, quando se cuidasse do excepcional, como seria o caso de invalidez de cláusula²².

⁸ *Sal Civil*. Madri: Instituto Editorial Reus, s/d, t. II, p. 283 e segs., relativamente à distinção entre condições específicas e condições gerais da relação jurídica. Apenas as da segunda espécie podem constituir fatos impeditivos da relação ou dar lugar a uma exceção em sentido próprio; por isso, em linha de princípio, ao que alega contra a regularidade incumbiria a prova.

4. A teoria das cargas
processuais

bjbjóWóW -'='P-
Î7 yy yy
yy] Æ

Æ□□□Æ□□□B□□□□□□Ü□□□œ□□□□□□œ□□□□□□œ□□□□

²³ JORGE W. PEYRANO e JULIO O. CHIAPPINI, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, em *El Derecho*, t. 107, p. 1.005; JORGE W. PEYRANO, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, em *Procedimiento Civil y Comercial*. Rosario: Juris, 1991, t. I, pp. 77 e segs.; *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in *Las Responsabilidades Profesionales - Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992, p. 261 e segs..

□□8□□□□□□□T□i¥Á□Y□□□□□□□¿□□□□□□□
□□□□□□□□;Ò□□

desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc.

(b) Releva, isto sim, (a) o caso em sua concretude e

bjbjóWóW-='='P-
Í7yyyy

bjbjóWóW - ' = ' = P-
ê7 ÿÿ ÿÿ
ÿÿ J Æ

Æ□□□*Æ*□□□*B*□□□□□□□*Ü*□□□*Œ*□□□□□□□*Œ*□□□□□□□*Œ*□□□□□

²⁸ ROLAND ARAZI, ob. cit., p. 106.

□□□□□T□iante, o mesmo jurista registra que se denominou de "dinâmica" a esta concepção "por sua mobilidade para adaptar-se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma idéia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais"²⁹

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.

5. Visão solidarista do encargo de prova.

Precedentes doutrinários - A questão que se impõe, sobretudo ao operador do direito, é a da possibilidade de utilização de uma tal teoria na prática brasileira.

Convém, antes, assentar alguns elementos históricos de importância.

A tese do abrandamento da visão estática da distribuição do ônus da prova, em realidade, não é nova. Dela cogitou BENTHAM em seu celeberrimo "Tratado das Provas Judiciais", no capítulo a que denominou "Ônus da prova. Sobre Quem Deve Recair?":

"Entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico.

Em um regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil responder.

*A carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames e despesas"*³⁰.

Ensina AMARAL SANTOS, em sua clássica obra sobre prova, que, depois da consideração de BENTHAM, DEMOGUE defendeu uma tal tese, sustentando-se no *princípio da solidariedade* entre as partes: (a) a prova que se impõe é a das condições que tornem verossímil o fato, e não a de todas as condições necessárias à existência do direito (Assim, o que se diz credor não é "obrigado" a provar que o é sem dolo, por ser esse fato excepcional.); (b) "a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc."³¹.

²⁹ Ob. cit., p. 107.

³⁰ *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: EJE, 1959. Tomo II, p. 150.

³¹ *Apud* MOACYR AMARAL SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Saraiva, 5^a ed., 1983. Vol. I, p. 103.

Há mesmo quem pretenda recuar ao Direito Romano, como é o caso de AUGENTI³².

Vê-se, pois, que ao menos o abrandamento da visão "estática" da distribuição do ônus probatório tem sido uma constante na criação intelectual de alguns filósofos e juristas.

Mais recentemente, AUGUSTO M. MORELLO, processualista argentino, atento às questões de seu tempo, propugnou por uma visão solidarista do encargo de provar, superando-se a de feição individualista, ainda a mais moderna, retirando-se de posição demasiado subalterna valores que merecem ser resgatados.

Conforme o observa o jurista, está a referir-se *"obviamente, ao princípio da solidariedade que 'obriga' - dito isso em seu sabor próprio, dentro do quadrante do processo, isto é, como ônus técnico de um mais acentuado rigor - à aquela parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova"*³³.

A experiência mesma demonstra que, ao menos em algumas matérias (contratual, vícios do ato jurídico, prestação de serviços), a uma das partes, e não à outra - ou mesmo ao órgão judicial - , é mais cômodo realizar a prova. Por via de consequência, é aquela que *"deveria" desenvolver "a conduta diligente e útil ao resultado eficaz"*³⁴.

Tudo isso desemboca *"em uma bem entendida funcionalidade do princípio de cooperação (ou de efetiva colaboração), que, a sua vez, radica no mais compreensivo e de maior força operativa, que é o da solidariedade. E ambos no da boa-fé"*³⁵.

Diante de um tal quadro, que tem em vista a dimensão social do direito, há de o juiz levar em conta no julgamento, atento às particularidades do caso, eventual quebra do dever de colaboração³⁶.

6. A teoria e sua recepcionabilidade no direito brasileiro - Não restando dúvida de que se tem por superada, em nosso

³² A afirmativa é de VALENTIN SILVA MELERO (*La Prueba Procesal*, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. T. I, p. 82) em referência à obra *L'Onere della Prova* (Roma: Ed. Foro Italiano, 1932, p. 12 e segs.), de GIACOMO PRIMO AUGENTI. Esse jurista italiano teria estudado a evolução do ônus da prova a partir do período formulário do processo romano, concluindo negativamente quanto à existência de uma visão do instituto *"no sentido de atividade necessária e indispensável para que a parte não sofresse um dano"*. Na análise de diversos textos, inferiu a solução segundo *"critério práticos em cada caso"*, bem como *"uma idéia bastante generalizada que, pouco mais ou menos, viria a significar que deveria provar a parte que estava em melhor situação"* de produzi-la. *"Eram, pois, critérios de experiência e de equidade, que tinham como base comum a livre apreciação por parte do órgão judicial. Posteriormente, já na época de JUSTINIANO, converteram-se as diversas formulações em princípios de Direito"*.

³³ AUGUSTO M. MORELLO. *La prueba. Tendencias Modernas*. Buenos Aires: Libreria Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991, p. 58.

³⁴ Aut. e ob. cit., p. 58.

³⁵ *Idem, ibidem*, pp. 58/59.

³⁶ *Id., ibid.*, p. 60.

processo, uma visão estritamente individualista, a questão que se impõe, pontualmente é a seguinte: em que medida logram êxito doutrinas como essas no direito brasileiro?

Tomada a locução - *direito brasileiro* - em seu amplo sentido, compreendendo legislação, doutrina e jurisprudência, observa-se que, bem ou mal, inseriu-se ela na primeira, ao menos na especial, concernente às relações de consumo, conforme tivemos oportunidade de ver³⁷, e também na última, segundo o demonstra facilmente pesquisa que se faça nos repositórios.

Alguns tribunais pátrios, indiscutivelmente, deixaram-se contaminar por esta *flexibilização* da doutrina clássica da distribuição dos ônus de provar, circunstância que se explica pelo fato de que os juízes, assim como os demais operadores do direito, não restringem seu exame ao formal. Ao encharcarem-se de realidade, os magistrados percebem, cotidianamente, a insuficiência da doutrina tradicional, exatamente pelo que apresenta de abstração. Apenas a consideração do fenômeno jurídico em sua inteireza permite ao intérprete real e eficaz exame. É na simultânea análise de norma, valor e fato³⁸ que o intérprete se aparamenta para compreender o direito, inclusive, naturalmente, o subjetivado.

Assim, o que se observa é a solução de compromisso com o caso, mas com explícita referência à doutrina da carga dinâmica das provas, quando se inverte a mera antecipação de despesa necessária à realização do meio de prova ou quando se impõe ao demandado, por "senhor do elemento de prova" a sua apresentação a juízo, posto se cuidasse de encargo que se deveria dirigir ao demandante, a aplicar-se estritamente a regra do art. 333 do CPC.

É, sem dúvida, tal e qual ocorre na Argentina, no campo da responsabilidade civil profissional, particularmente na médica, que se vê a inserção da teoria, como é exemplo conspícuo o julgamento levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, através da talentosa pena do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR³⁹. Ali, o juiz e o jurista, braços dados, depois de rebater arguição de prestação jurisdicional inadequada, por defeito de julgamento, observa:

"(...) o v. acórdão apontou para a falta de provas dos réus, quanto à regularidade dos procedimentos

³⁷ Com caráter de maior generalidade, também na MP n. 1.965, conforme examinado no item 3 deste trabalho.

³⁸ Tenho por insuperável a visão tridimensional ("*concreta e dinâmica*", como o quer o ilustre jusfilósofo) que nos é oferecida por MIGUEL REALE: "Fato, valor e norma *estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica*" em correlação "*de natureza funcional e dialética, dada a 'implicação-polaridade' existente entre fato e valor de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrantes nos limites circunstanciais de lugar e de tempo*" (*Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968, pp. 73/74.

³⁹ Da teoria já cuidara RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR em seu conhecido trabalho sobre a *Responsabilidad Civil del Medico*, em *Los Derechos del Hombre*. Mendoza: EJC, 1997, pp. 75-114, esp. pp. 86/87. No vernáculo, em *Revista Jurídica*, 231/129.

adotados, pois dispunham dos meios para elucidar as circunstâncias do fato. Constou do acórdão, por transcrição: 'A prova da regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada caso'.

Assim ponderando, sem deixar de fundamentar sua conclusão na prova existente nos autos sobre os requisitos da responsabilidade civil, que analisou, o v. acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a da teoria dinâmica da (carga da) prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica".

No ponto que releva, ficou assim ementado o v. acórdão: *"Responsabilidade Civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus"* (REsp n. 69.309, 4ª Turma, 18.6.96).⁴⁰

Não obstante afastando, no caso, a ocorrência de erro médico, nessa mesma linha de entendimento se pronunciou, na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, conforme se vê deste excerto do voto:

"Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado, e equivocado, conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência das demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada 'Teoria da Carga Dinâmica da Prova', que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais

⁴⁰ Aplicou a teoria, com explícita invocação do acórdão relatado pelo Min. RUY ROSADO e sustentação doutrinária, a 9ª Câmara Cível do TJRS, na AC n. 598450401, de 12.5.99, relatora a ilustre Des. REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS.

bjbjóWóW -'='P-
Î7 yy yy
yy] Æ
Æ Æ B Ü Æ Æ Æ
H H H H 8
T iÁ Y ¿ ;Ò

bjbjóWóW -'='P-
î7 yy yy

8^o Tribunal de Alçada que o ônus da produção da prova documental relativa à relação contratual que se pretendia revisar judicialmente era da instituição bancária. Disso é exemplar o acórdão proferido no AI n. 196253504, da 4^a Câmara Cível, julgado a 27.3.97, relator o Juiz BERTRAN ROQUE LEDUR: "*Negócios bancários de adesão. Ônus da instituição bancária na produção da respectiva prova documental. Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, em vista da efetividade da jurisdição, ante a prevalência da parte no negócio de adesão, com a habitualidade da sonegação de cópias dos instrumentos e execução extraprocessual unilateral. Aplicação do art. 130 do CPC*". Notável o liame que se faz, no caso, entre a teoria da carga dinâmica e o ativismo judicial, segundo sua expressão positivada. Do acórdão se extrai: "*Nas ações relativas a contratos bancários, em que toda a documentação se encontra em poder da instituição financeira, a ela cabe o ônus de provar a legalidade das cláusulas e de sua execução. Isso não tanto com base no Código de Defesa do Consumidor mas em nome do princípio da carga dinâmica da prova, explicitação do princípio geral que impõe a efetividade ao processo*".

Nesta mesma linha, decisão proferida no AI n. 196254932, de 03.4.97, pela 6^a Câmara Cível daquele Tribunal, relator o então Juiz JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS: "*É razoável, em sede da teoria da carga dinâmica da prova, decisão que determina à entidade bancária, juntada de demonstrativos correspondentes ao prazo de vigência do contrato de abertura de crédito em conta, pois os anteriores negócios já se acham cobertos pelo pagamento, transação ou novação*".

Esse mesmo Juiz, embora afastando a solução no caso que examinava, à teoria considerou ao efeito apenas de "*carregar as despesas ao hipersuficiente*" (AI n. 192219190, TARS, 6^a Câm. Cív., 12.12.96).

No Tribunal de Justiça, com inexecedível clareza, tem aplicado a doutrina o Desembargador JORGE LUÍS DALL'AGNOL, conforme se observa, *verbi gratia*, da seguinte ementa:

"Negócio jurídico bancário. Ação revisional de contrato. Inicial desacompanhada dos contratos. Ônus da prova. Distribuição dinâmica da carga probatória.

Deixando o autor de trazer aos autos os contratos objetos da ação revisional, pode, o juiz, determinar que a instituição financeira os forneça, invertendo-se o ônus da prova, sem que tenha de extinguir o feito por ausência de pressuposto de constituição.

Aplicabilidade, in casu, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontre no controle dos meios

de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova" (AI n. 70000004028, 2ª Câmara Cível de Férias, 13.10.99)⁴².

Do corpo do acórdão, após explícita referência à doutrina que tem cuidado do tema, observa o Magistrado que *"a idéia geral, nesse contexto, é distribuir o encargo de provar àquele que se encontra em condições mais favoráveis em subministrar o material probatório". (...). A alteração do ônus da prova, aqui, se opera ope iudicis e não ope legis. Ao juiz cumpre determinar o encargo probatório, variar a carga da prova consoante se mostre, a atividade probatória, mais fácil, mais acessível, mormente por se encontrar, aquele a quem se onera, no controle dos meios probatórios".*

Termina por observar que *"é cediço que cumpre ao juiz, entendendo necessário, de ofício (art. 130, CPC) ou a pedido de qualquer dos litigantes determinar diligência no sentido de que a parte junte aos autos documento que se encontre sob seu poder, mormente quando a atividade por ela desenvolvida recomenda a permanência, em seus arquivos, de cópia de contratos e documentos referentes às operações realizada".*

Pelo mesmo caminho, trilham diversas decisões do Desembargador ROQUE MIGUEL FANK⁴³, permitindo-me transcrever excerto do voto, por parecer-me preciso no respeitante à circunstância de que se cuida de atribuição, e não de inversão:

"O recurso pretende a reforma da decisão que atribuiu à entidade bancária, ora agravante, o encargo de juntar documentos tidos como essenciais ao deslinde do feito.

Com efeito, o magistrado deve valer-se de todos os elementos indispensáveis à constatação da existência ou não de novação entre as partes, precipuamente, de apresentação de todos os contratos realizados.

Não se trata de inversão do ônus da prova, mas de mera aplicação do princípio de que à parte que a detém não é lícito negá-la por necessária ao processo, princípio nominado como carga dinâmica da prova.

Assim, à juntada de cópia do contrato cabe fazê-lo a entidade bancária, pois que tem o instrumento à sua disposição, não havendo dificuldade para fazê-lo (trazê-lo?)⁴⁴.

⁴² Neste diapasão, AC n. 599489945, de 30.9.99; AC n. 599489705, 27.10.99; ACs ns. 70000618561, 70000703306, 70000706473 e 70000619924, todas de 09.3.00.

⁴³ V. g., AI ns. 197124670, de 30.7.97; 599320462, de 04.8.99; AC n. 599229721, de 30.6.99, todas da 11ª Câmara Cível. Nessa linha, AI n. 197231244, 11.12.97, rel. Des. CARLOS ALBERTO ALVES MARQUES.

⁴⁴ AI n. 700002217612, 11ª Câmara Cível, 10.11.99, rel. Des. ROQUE MIGUEL FANK.

Pessoalmente, à doutrina da carga dinâmica da prova já invoquei, em voto que, na qualidade de revisor, proferi em embargos infringentes. Cuidava-se, ali, de reconhecer que, nas ações mandamentais propostas pelo consumidor contra serviço de proteção ao crédito, o ônus de comprovar a natureza do título (importante para resolver a questão relativa ao "tempo de vida" do registro, segundo concepção que vigora no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) se haveria de impor ao demandado, por em melhores condições de realizá-la⁴⁵. Na oportunidade, registrei: "*Estou de acordo com o ilustre Relator, permitindo-me apenas realçar que o art. 333 do CPC está a exigir interpretação mais consentânea com os tempos que correm, retirando-se o que de estático ainda se observa na distribuição dos ônus de provar*", passando, a seguir, a recordar lições doutrinárias

Independentemente do que se desenvolve no foro, insisto, haveria lugar para a doutrina da distribuição dinâmica dos ônus probatórios no direito brasileiro?

A questão já mereceu enfrentamento no Uruguai - país que se encontra, neste assunto, em situação em todo assemelhada à nossa - pela mão segura do Professor ANGEL LANDONI SOSA, em trabalho que apresentou nas *IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal*, realizadas em Rivera, de 11 a 13 de abril de 1997.

Nesse, o processualista, nas pegadas de tese afirmativa desenvolvida por seu conterrâneo LESLIE VAN RAMPEY, e depois de admiti

⁴⁵ EI n. 598450971, TJRS, 3º Grupo Cível, 4.12.98, rel. Des. DECIO ANTONIO ERPEN.

A solução, penso, óbvia crítica que fora feita a entendimento que expressei em artigo doutrinário (*Cadastros de Consumidores*) publicado na Revista *AJURIS*, 51/196-200, esp. pp. 198/199, pelo ilustre Des. IRINEU MARIANI, na condição de relator, na AC n. 597037472, TJRS, 4ª Câm. Cív., 10.12.97. Entre outras razões que apresentou, o ínclito Magistrado gaúcho entendeu inaplicável, na espécie, o art. 6º, VIII, do CDC, ao contrário do que eu defendera, "*pois não existe relação de consumo entre a empresa cadastradora e o cadastrado*". À tese se poderia opor a de que o direito básico é reconhecido ao consumidor, independentemente da circunstância de liame direto com o fornecedor. Superiormente, talvez, e nisso está de acordo o Relator ("*Diga-se de passagem que, sendo o depositário da informação, pode-se até aplicar o princípio da carga dinâmica da prova*"), invocável a doutrina da carga dinâmica da prova.

Assim, o disposto no art. 14, consagrador dos "*deveres das partes*", deveres esses que expressam justamente o princípio da probidade processual e o do dever de colaboração para com o julgador.

O art. 125, por sua vez, especialmente incisos I e III, quando impõe ao juiz "*assegurar às partes igualdade de tratamento*" e "*prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça*", reforça o cuidado do legislador. Só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza. Aliás, o disposto no art. 131, primeira parte, não permite dúvida quanto à preocupação com resultado da atividade probatória, e não para com quem tenha realizado a demonstração. A repressão aos atos atentatórios à dignidade da Justiça compri

bjbjóW6W - '= = P-
Í7 yy yy

□□□□□□□□ŷŷ□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□]□□□□□Æ□□□□□□□□

□□□□Ü□□□œ□□□□□□□□œ□□□□□□□□œ□□□□
□□□□□□□□□□□□□□H□□□□□□□□H□□□□□□□□H□□□□□□□□H□□□□8□□
□□□□□□T□i¥Á□Y□□□□□□□□¿□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□;Ò□□

segundo o alegado e provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC.

O compromisso do juiz, diz-se amiúde, mas nunca é demais repeti-lo, é com o caso concreto. Deve submeter-se à norma jurídica, sem dúvida, mas jamais esquecer-se que ela não se exaure no aspecto formal, na lei, senão que se compõe de elementos outros, que, as mais das vezes, só se lhe oferece com o processo.

A doutrina da carga dinâmica da prova, assim, vem a ser um instrumento a mais, para a correta solução do caso, encontrando plena realização em sistemas que operam com o princípio da persuasão racional, segundo os termos do art. 131 do CPC: *"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"*.

Os limites do exame judicial são estabelecidos pelos limites da própria demanda, mas a solução há de oferecer o juiz com base no que se encontra nos autos demonstrado, independentemente de onde se originou a demonstração, admissível que é, inclusive, a sua própria iniciativa (art. 130 do CPC).

Conforme lição de ELÍCIO DE CRESCI SOBRINHO, em obra que merece leitura meditada, *"a antiga máxima 'judex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus' deve ser substituída pela seguinte: 'judex iudicare debet secundum allegata - a partibus', pois, no processo civil, ideologicamente 'social', não mais se justifica que toda a prova resulte do monopólio das partes.*

Para o aperfeiçoamento do direito - prossegue o ilustre jurista -, considerado o processo como 'instrumentum', está o aumento dos poderes do juiz, não só na direção geral do processo, mas também na colheita do material"⁵³.

⁵³ *O Juiz - seus poderes no novo CPC*, São Carlos: Revistas Técnicas Ltda., 1977, p. 39.

Convém assinalar que, para o jurista de São Paulo, *"por numerosas razões, encontradas em vários artigos do novo Código de Processo Civil Brasileiro, pode ser ele considerado como instaurador de um modelo, ideologicamente, social"* (Ob. cit., p. 55).