CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSITIVAÇÃO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS NO NOVO CPC¹

Célio Marcio do Nascimento²

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar os principais objetivos da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, sua origem e incorporação no novo Código de Processo Civil, bem como investigar os elementos e pressupostos para a sua aplicação. Para tanto, utilizaremos o método da revisão bibliográfica, de forma a visualizar, primeiramente, algumas noções sobre a prova, perpassando pela Teoria da Carga Estática da Prova, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, para desaguar, finalmente, na Teoria da Carga Dinâmica das Provas adotada no novo Código de Processo Civil. No novo *Códex*, estudaremos a forma de aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, analisando, *a priori*, os pressupostos formais e materiais que devem ser observados para aplicação da referida teoria. Analisaremos, ainda, se a inversão do ônus da prova será uma regra de procedimento ou de julgamento, revelando qual o momento processual em que o deslocamento do encargo da prova deverá ser procedido. São assuntos polêmicos que o novo Estatuto Processual Civil encerra definitivamente.

Palavras-Chave: Teoria da Carga Dinâmica das Provas – Teoria da Carga Estática das Provas – Novo Código de Processo Civil

Introdução

O novo Código de Processo Civil não apenas procurou reorganizar o tão remendado Código de 1973, como também trouxe diversas inovações em seu texto, transformando-o essencialmente em um Código hodierno.

Dentre as inovações, temos a inserção da chamada Teoria da Carga Dinâmica das Provas, que visa alterar, na análise do caso concreto pelo juiz, o ônus da prova previamente estabelecido pela lei.

Essa teoria já há muito tempo vem sendo aplicada para corrigir situações em que se fosse adotada a distribuição estática do ônus da prova, certamente o deslinde da ação não alcançaria um resultado justo.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Seminário de Monografia no curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

² Acadêmico do curso de Direito do IPTAN.

Temos que ter em mente, que dentre os objetivos de um Estado Democrático de Direito está a busca pela pacificação social e a efetivação da justiça, e o Direito é o instrumento pelo qual o Estado procura realizar tal desiderato.

O Direito é uma ciência dinâmica que procura acompanhar a evolução da sociedade, e no campo do Direito Processual não é diferente.

A incorporação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas no novo CPC demonstra justamente essa evolução. Ela é fruto de uma marcha dialética em que ficou evidente a distância entre o Direito Processual e o Direito Material no que se refere às provas em alguns casos concretos, nos quais a antiga teoria que regia a distribuição do ônus da prova era incapaz de satisfazer a pretensão resistida em juízo de forma justa.

Com a incorporação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas pelo novo Código de Processo Civil, muitas discussões que até então permeavam esta teoria acabaram.

Assim, justifica-se o presente estudo, haja vista a necessidade da análise dos elementos e pressupostos de aplicação dessa nova teoria à luz do novo Código.

Trata-se de uma pesquisa eminentemente teórica, sendo realizada através do método de revisão bibliográfica. Serão utilizados como fontes secundárias manuais de Direito Processual Civil de autores renomados e obras específicas sobre o tema tratado, bem como artigos científicos colhidos na internet relacionados ao tema. Como fonte primária, será utilizada a pesquisa jurisprudencial de forma a constatar em quais casos vem sendo aplicada a Teoria da Carga Dinâmica das Provas recentemente.

O trabalho abordará, primeiramente, algumas noções jurídicas sobre a prova e de como se procede à valoração dela pelo magistrado, analisando os poderes instrutórios a ele conferidos ao perquirir a prova. Depois, será analisada a questão do ônus da prova, e a sua regulamentação no Código de Processo Civil de 1973. Falaremos ainda um pouco sobre a origem da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, e de como se dava a sua aplicação antes da positivação dela no novo *Códex*, fazendo, de forma sucinta, uma correlação com a Teoria da Inversão do Ônus da Prova regida pelo Código de Defesa do Consumidor. E, por fim, averiguaremos os requisitos e pressupostos que deverão ser analisados pelo magistrado, no caso concreto, ao optar distribuir de forma diversa o ônus da prova, com fundamento nas regras estatuídas no novo CPC.

1. Noções sobre prova

1.1 Conceito

O conceito de prova é bastante complexo. E isso se deve a multiplicidade de situações em que a palavra “prova” pode ser aplicada. Não é um termo adstrito apenas à esfera jurídica, sendo utilizado também por aqueles que labutam em outras ciências, bem como ainda manejado pelo povo em geral em suas rotinas diárias. Delimitando o termo “prova” à esfera do Direito, Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 250) afirmam que para aqueles em que a prova exerce um papel regulativo, a função dela será a de justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Já para aqueles que acreditam que a prova exerce um papel discursivo do conhecimento, ainda na esteira do entendimento dos autores retromencionados, a prova tem uma função retórica, que desempenha um papel no discurso processual de forma a produzir o conhecimento. Para dificultar ainda mais a possibilidade de unificar o conceito de prova, aduz Oliveira (2014, p. 8) que a prova ainda pode ser observada sobre o aspecto objetivo, que se revela na atividade exercida para comprovar as alegações fáticas deduzidas em juízo, bem como no aspecto subjetivo que considera o resultado gerado por esta atividade, ou seja, a prova estaria relacionada à convicção do julgador ao final, atestando ou não a veracidade e/ou existência das alegações de fato trazidas aos autos do processo.

Diante das diversas tentativas e dificuldades dos autores em conceituar o termo prova, podemos compreender, para fins deste trabalho, consoante entendimento de Câmara (2010, p. 401) que prova é “todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”. Isso significa que todo e qualquer elemento, seja documento, testemunha, objeto, perícia, entre outros, que a parte traz aos autos, de forma a influenciar na convicção do juiz a respeito de determinadas alegações de fato, são considerados provas.

1.2 Objeto, Meios e Fontes de Prova

De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 52) quaisquer espécies de fatos podem ser objeto de prova, contudo, o fato a ser provado “precisa ser controvertido, relevante e determinado”. Controvertidos são os fatos refutados, questionados, impugnados e contestados pela parte adversa. Fatos relevantes são aqueles ligados à causa, capazes de

influir na decisão do julgador. E, por fim, devem os fatos ser determinados. Isso significa que os fatos devem ser específicos e delimitados, podendo ser facilmente distinguidos de outros fatos, dando a eles individualidade de clara constatação.

Observamos que apenas os fatos controvertidos, relevantes e determinados são objetos de prova. Dessarte, logicamente, não poderão ser objeto de prova os fatos incontroversos, irrelevantes e indetermináveis. Além desses mencionados, o art. 374 da Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) traz as hipóteses legais nas quais os fatos não necessitarão de prova. Reza o citado dispositivo legal:

Art. 374. Não dependem de provas os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

Conforme elucidação trazida por Gonçalves (2015, p. 425), fatos notórios “são aqueles de conhecimento geral da comunidade em que o processo tramita”. Já o inciso II, isto é, fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, de acordo como o referido autor é “o que foi confessado pela parte contrária, seja expressamente, seja por falta de impugnação específica, não se tornou controvertido, e apenas sobre o que há controvérsia exige-se prova”, pressupondo, contudo, que o fato admita confissão. No inciso III, que fala dos fatos admitidos no processo como incontroversos, são, pois, fatos em que as partes chegaram a um consenso, dispensando, assim, a dilação probatória sobre eles. Por derradeiro, o inciso IV concebe a dispensa de prova sobre os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade. Sobre esse inciso o já reportado doutrinador aduz que:

Há dois tipos de presunção que podem ser estabelecidas por lei: a absoluta (*juris et de jure*) e a relativa (*juris tantum*). Se houver a primeira, nenhuma prova se admitirá que seja contrária ao fato alegado; se for a segunda, aquele que alegou o fato não precisará comprová-lo, mas o seu adversário poderá fazer prova em contrário. A revelia é um exemplo em que há presunção relativa dos fatos alegados na petição inicial. (GONÇALVES, 2015, p. 425).

Importante ressaltar a diferenciação entre meios e fontes de prova. Meios de prova, nas palavras de Oliveira (2014, p. 10), “consiste no exercício a qual o julgador busca a verossimilhança do fato a ser provado”, enquanto que fonte de prova “direciona-se

ao fato do qual se serve o juiz para deduzir a própria verdade”. Dessa forma, extraindo exemplo fornecido pelo aludido autor, a testemunha seria uma fonte de prova antes de seu testemunho ser colhido e juntado aos autos, já que uma vez juntado aos autos se converteria em depoimento, tornando-se, por conseguinte, meio de prova.

Há meios de provas típicos ou nominados que são aqueles elencados na Lei como, por exemplo: o depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, testemunhas, perícia entre outras. Como há também meios de provas que são atípicos ou inominados, não constando no rol legal, bastando, contudo, que tais meios não sejam ilícitos nem moralmente inadmissíveis. (WAMBIER; TALAMINI; ALMEIDA, 2008, p. 451).

1.3 Valoração das provas e o poder de instrução do juiz

O artigo 371 do novo CPC estabelece que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Nota-se que o sistema adotado no Brasil é o da persuasão racional da prova. Observa-se, contudo, que o novo Código suprimiu a palavra livremente, ficando claro agora que o juiz não poderá apreciar a prova como ele bem entender, como fazia referência o antigo CPC em seu artigo 131. Ele deverá apreciar a prova de forma racional, expressando, assim, o seu convencimento. É esse o entendimento de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p.102), que assim dispõem:

Não é mais correta, então, a referência ao “livre convencimento motivado”, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões judiciais. A mudança, uma das mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC, não pode passar despercebida – ela foi claramente inspirada nas provocações de Lênio Streck.

De acordo com esse sistema, e diante de todo arcabouço processual trazido aos autos, o juiz pode, ao proceder à análise das provas, valorá-las, contanto que indique as razões de seu convencimento de forma racional na decisão, apontando para as partes de forma objetiva em quais provas ele se estribou para formar logicamente a sua convicção. Isso visa oportunizar que elas recorram do *decisum*, impugnando de forma concreta os pontos da sentença nos quais foram sucumbentes ou não foram completamente atendidas.

Outra questão que é relevante levantar é a respeito dos poderes instrutórios do juiz. Cabe a ele, de ofício ou a requerimento das partes, determinar quais provas serão

necessárias à instrução do feito, e quais delas serão consideradas inúteis ou meramente protelatórias, ficando a cargo dele indeferi-las. Tal regramento vem consubstanciado nos artigos 130 do CPC/73, sendo em essência repetido no artigo 370 do novo CPC. Assim, em respeito ao princípio da inércia da jurisdição, o juiz atuará somente quando provocado. No entanto, havendo a referida provocação pelas partes, caberá a ele dar o impulso oficial no processo, podendo, inclusive de ofício, determinar a produção de provas, com intuito de buscar a melhor elucidação da causa, de forma a dar uma decisão o mais próximo possível da justiça.

De acordo com o entendimento de Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 286), cabe ao juiz o dever de esclarecer as situações fáticas ocorridas no processo, se preciso atuando de ofício, aplicando o artigo 370 do novo CPC, para, somente depois, no caso de dúvida, aplicar as regras atinentes ao ônus da prova.

1.4 Ônus da prova

Produzidas as provas, ou esgotados os meios pelos quais as partes e/ou juiz de ofício poderiam produzi-la, terá o julgador o duro trabalho de encarar o processo e decidir a lide, julgando procedente ou improcedente o pedido. Sendo o arcabouço probatório suficiente para a convicção lógica do juiz, a tarefa fica simples, basta fundamentar a sua decisão nas provas colhidas, de forma a atestar a veracidade ou não da(s) alegação(ões) de fato(s) deduzidas em juízo, pondo fim ao trabalho de cognição. Agora, a questão mostra-se delicada quando não se encontram à disposição do magistrado prova alguma, ou as que foram produzidas revelam-se insuficientes ou inadequadas, fazendo com que persista na mente do julgador um estado de dúvida. Nesse caso, terá ele que julgar com base nas regras que estabelecem o ônus da prova, que a seguir passaremos a discutir.

Primeiramente, faz-se necessário discernir os sentidos de ônus e dever. “Ônus”, no sentido processual do termo, está ligado a encargo, enquanto que “dever” corresponde a uma obrigação. Conforme elucida Oliveira (2014, p. 45):

Cumpra aduzir que o ônus difere de dever, uma vez que este implica em uma atitude prevista em lei que visa garantir o interesse de outrem e que seu não exercício acarretaria em penalidade, enquanto que, àquele, dispõe no próprio interesse do detentor da carga e seu não cumprimento lhe resultaria na perda da oportunidade de exercer a atividade probatória a seu favor.

Nesse sentido, ao deixar a parte de exercer o ônus da prova que lhe cabe, ela estará deixando de produzir provas que dariam sustentação às alegações fáticas deduzidas por ela em juízo. Ao fazer isso, ela estará correndo risco de ver a sua pretensão rejeitada, ou seja, ela assume o risco de perder a demanda caso não se desincumba do ônus da prova que lhe é atribuído. Se considerássemos o ônus como um dever/obrigação, a parte onerada não correria apenas um risco, mas seria fatalmente penalizada, vendo seu pedido ou impugnação sucumbir plenamente ante a sua inércia em produzir a prova adequada.

Outro aspecto a ser trabalhado é as duas facetas do ônus da prova, ou seja, seu lado subjetivo e objetivo. Ao falarmos em ônus da prova subjetivo, estamos nos referindo às regras positivas destinadas às partes orientando-as no sentido de quando e quem deverá arcar com o ônus da prova. São as regras insculpidas nos artigos 333 do CPC/73 e 373 do CPC/2015. Ao falarmos no sentido objetivo do ônus da prova, tal aspecto é destinado ao julgador, que, na ausência de provas e na permanência do estado de dúvida e diante da vedação do *non liquet*, outra opção não terá senão julgar o feito de acordo com as regras consubstanciadas nos dispositivos retromencionados, restando, por fim, sucumbente a parte à qual cabia o encargo de provar. Em resumo ao exposto afirmam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 107):

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (ônus subjetivo), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo) – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

2. Teoria da Carga Estática da Prova adotada pelo Código de Processo Civil de 1973

Segundo a Teoria da Carga Estática da Prova, adotada pelo Código Buzaid no artigo 333, ao autor cabe o ônus de provar as alegações de fato constitutivas de seu direito, e ao réu provar as alegações de fato que impedem, modifiquem ou extinguem o direito do autor. Nesse caminho, Theodoro (2004, p. 387) complementa que “Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio”.

Essa teoria, conforme a clara Oliveira (2014, p.52), foi sintetizada através de diversas outras teorias que preconizavam a distribuição estática do ônus da prova. Contudo, segundo o retromencionado autor (2014, p.56):

A distribuição do ônus da prova no ordenamento processual civil brasileiro seguiu, em regra, as teorias estampadas acima, em especial a de Giuseppe Chiovenda, pois levou principalmente em consideração a natureza dos fatos, o pólo em que se encontram os demandantes em uma lide e seu interesse na atividade probatória.

A regra então é a do ônus cabe a quem alega. Seja o encargo atribuído ao autor nas alegações de fato introduzidas na petição inicial, ou nas alegações inseridas numa eventual contestação à reconvenção, hipótese em que caberá ao autor, agora reconvinde, provar as alegações fáticas que impedem, modificam ou extinguem o direito do réu/reconvinte; seja o encargo atribuído ao réu de provar as alegações enxertadas na contestação, de forma a impedir, modificar ou extinguir o direito do autor. Caso o réu ofereça reconvenção juntamente com a contestação, caberá também a ele provar as alegações que constituem agora o seu direito.

Não exercendo a parte onerada o ônus que lhe foi atribuído, poderá, como já dito alhures, o juiz determinar de ofício a produção de provas, com base nos artigos 130 e 370 do CPC/73 e CPC/2015, respectivamente, caso persista o estado de dúvida. Somente depois poderá ele proceder ao julgamento da causa com base nas regras legais do ônus da prova. Oliveira (2014, p. 68) entende ser um dever do juiz determinar as provas de ofício antes que ele proceda ao julgamento, utilizando-se das regras de ônus da prova. Nessa perspectiva assinala o autor:

Acautela-se o julgador em empregar tal medida, quando os demandantes não produzem provas bastantes para formar o seu convencimento, não se admitindo, nos dias atuais, por ausência de provas, aplicar o artigo 333 do Código de Processo Civil como regra de julgamento. Não pode o julgador se apoiar em mero tecnicismo, devendo de ofício determinar a realização de provas que considerar importantes para o deslinde do processo. (OLIVEIRA, 2014, p. 68).

O parágrafo único do artigo 333 do CPC/73 e o parágrafo terceiro do art. 373 do CPC/2015 apontam a possibilidade das partes convencionarem de forma diversa o ônus da prova que é atribuído a elas. Restringe, no entanto, a convenção que recaia sobre direito indisponível da parte, bem como na convenção que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Cabe mencionar, que foi introduzido o parágrafo quarto no artigo 373 do CPC/2015 que estabelece que a convenção sobre o ônus da prova pode ser celebrada antes ou durante o processo.

3. Teoria da Carga Dinâmica da Prova: origem e aplicação

De forma a atender alguns casos concretos em que a Teoria da Carga Estática da Prova era insuficiente para solucionar a lide, parte da doutrina e da jurisprudência passou a adotar a Teoria da Carga Dinâmica das Provas. Essa teoria que teve origem entre os doutrinadores argentinos, introduzida, principalmente, segundo Azevedo (2007, p. 7), por Jorge W. Peyrano. A Teoria da Carga Dinâmica veio ganhando força ao possibilitar a distribuição de forma diversa do ônus da prova. O objetivo é conferir à parte que, no caso concreto possua mais condições de produzir determinada prova, o ônus de produzi-la, sob pena de acarretar-lhe uma decisão desfavorável, caso a onerada não se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído.

Essa nova teoria veio atender a situações em que as regras inflexíveis constantes no diploma de 1973 eram insuficientes para efetivar a justiça no caso concreto. Não poucos casos, o juiz se deparava com situações em que a parte demandante não possuía as mínimas condições de produzir a prova necessária para que lhe fosse concedida uma decisão favorável, sendo que, a prova que poderia decidir a demanda de forma justa, poderia ser mais facilmente produzida pela parte contrária. Mas diante das regras do artigo 333 do CPC/73, o juiz, na ausência de prova e diante da vedação do *non liquet*, via-se obrigado a decidir contra o demandante, tornando-o sucumbente.

Nesse ínterim, até que o novo Código de Processo Civil entrasse em vigor, ficou a cargo da jurisprudência, com base nos ensinamentos doutrinários e através de uma interpretação sistemática de dispositivos e princípios, deslocar o ônus de provar para a parte que, na lide, tinha mais condições de produzir determinada prova. Entretanto, conforme pesquisa jurisprudencial realizada por Oliveira (2014, p. 94), ainda era tímida a aplicação da referida teoria, registrando mais ocorrências de aplicação nos estados da Região Sul em direção a Minas Gerais e pequenas ocorrências nos estados do Pará e Ceará. Cabe ressaltar, segundo o retrocitado autor (2014, p.98), que foi também encontrada jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça deslocando o ônus da para o réu, ao

determinar que ele provasse que a penhora realizada em sua conta tratava-se de verba de cunho salarial, RESP 200302319623³.

Ainda, nesse trilhar, conforme dispõe Neves (2015, p. 532), em seu recente Manual de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça também vem aplicando a mencionada teoria em ações civis por danos ambientais, bem como na tutela do idoso, em respeito ao Estatuto do Idoso, assegurando aos longevos maior facilidade na produção de provas para efetivação concreta de seus direitos. Ainda, segundo Neves, o STJ em decisões mais recentes, vem adotando a tese de forma mais ampla ao flexibilizar o sistema rígido, valendo-se de uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive à luz de princípios constitucionais, bem como diante da insuficiência da regra geral. Contudo, em alguns tribunais, até a edição da obra de Oliveira, como ele mesmo aduz, não foram encontradas jurisprudências que aplicassem a Teoria da Carga Dinâmica, como em Piauí, Bahia, Pernambuco, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Acre, Rondônia, Rorâima, Distrito Federal, Amazonas, Maranhão, Sergipe, Rio Grande do Norte, Alagoas, Paraíba e Espírito Santo (OLIVEIRA, 2014, p. 94).

4. Correlação da Teoria da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor e a Teoria da Carga Dinâmica da Prova

Importante distinção há que ser feita entre a Teoria da Carga Dinâmica da Prova e a Teoria da Inversão do Ônus da Prova consubstanciada no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Assim dispõe o retromencionado dispositivo:

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.

³ Trata-se do Recurso Especial nº 619.148 – MG (2003/0231962-3) que reformou parcialmente o acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, contra decisão proferida em ação de execução de título executivo extrajudicial, na qual o juiz de 1ª instância indeferiu o bloqueio de saldo disponível em contas correntes do Executado, sob o fundamento de que cabia ao Exequente provar que os valores nas contas do Executado eram provenientes de salário. O Tribunal julgou improcedente o agravo de instrumento. No STJ, ao prover parcialmente o recurso, um dos argumentos que prevaleceu foi o do relator ministro Luis Felipe Salomão, ao aduzir que, à luz da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, o ônus da prova poderia ser deslocado para o Executado, já que ele teria muito mais facilidade de provar que os valores disponíveis em suas contas eram valores provenientes de salário.

Nota-se, com base no dispositivo em apreço, que poderá o juiz realizar a inversão do ônus da prova desde que, e este ponto merece destaque, ele constate, nas lides envolvendo relações de consumo, que o consumidor é hipossuficiente ou quando for verossímil as alegações de fato deduzidas por ele em juízo. Aí sim opera-se a inversão *ope judicis* do ônus da prova, mas apenas nessas duas hipóteses, e sempre em favor do consumidor (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 129).

Constata-se claramente as diferenças entre as duas teorias, como por exemplo: a) a Teoria da Inversão do Ônus da Prova se aplica às relações consumeristas, enquanto que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova se aplica às relações privadas regidas pelo Código de Processo Civil, podendo, de forma subsidiária, ser utilizada em outros feitos regidos pela legislação extravagante, a exemplo da Lei que rege a Ação Civil Pública, como fornecido no exemplo alhures, referente a jurisprudência do STJ que inverteu o ônus da prova no caso de ação envolvendo danos ambientais; b) a teoria consubstanciada no artigo 6º, inciso VIII do CDC aplica-se apenas nos casos em que o juiz constatar a hipossuficiência do consumidor ou quando perceber que são verossímeis as alegações dele. Ela deve ser considerada, portanto, apenas nessas duas hipóteses e sempre em prol do consumidor. Já a Teoria da Carga Dinâmica da Prova aplica-se às relações privadas *lato sensu*. A inversão pode ocorrer em prol de qualquer um dos polos da demanda, independentemente da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência da parte. Basta apenas que o juiz constate que para a parte onerada é muito difícil produzir a prova de que necessita, ou mesmo impossível, ou constate ainda que para parte contrária é mais fácil a produção da prova necessária.

5. Análise da Teoria da Carga Dinâmica da Prova no Novo Código de Processo Civil

Depois de tramitar por cinco anos no Congresso Nacional, a presidente Dilma Rousseff sancionou no dia 16 de março de 2015 a Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. Dentre as diversas mudanças trazidas pelo novo Código, foi incorporada através do artigo 373, §1º, a Teoria da Carga Dinâmica da Prova. Acabaram, assim, diversas discussões que permeavam esta teoria. Não só acabou a discussão que girava em torno da aplicação dela no caso concreto, como também se encerraram diversos debates sobre como aplicá-la. Nas próximas linhas, pretendemos, de forma sucinta, abordar algumas das características que delineam essa inovação no novo CPC.

A Teoria da Carga Dinâmica da Prova foi positivada no novo CPC no artigo 373, § 1º, que assim dispõe:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

Ao analisarmos o artigo, chegamos à conclusão, juntamente com Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 127), de que o legislador destacou dois pressupostos materiais que devem estar presentes, para que só então possa o julgador realizar a inversão do ônus da prova. São eles: 1) a existência de prova diabólica ou; 2) a maior facilidade de obtenção da prova do fato.

A prova diabólica é aquela que é considerada muito difícil ou mesmo impossível de ser produzida. Um bom exemplo é a prova de fato negativo, como o de provar que fulano nunca esteve em determinado município. Outro exemplo é a posse de determinados documentos pela parte demandada que comprove a relação contratual entre ela e a parte demandante, sendo estes documentos a única maneira da parte demandante provar e, assim, obter a procedência de seu pedido (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 114).

O segundo pressuposto material estampado no dispositivo legal é a ocasião em que há maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, que consiste em, no caso concreto, o juiz verificar que uma das partes possui mais condições de trazer uma determinada prova do que a outra. Nesse sentido, um bom exemplo trazido pelos autores acima mencionados, é o caso das ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgia e tratamentos, já que eles possuiriam, em tese, melhores condições de fazer prova do procedimento usado do que a parte suplicante (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 128).

Nota-se que o juiz, no caso concreto, deve constatar pelo menos um dos pressupostos materiais acima comentados, haja vista o uso da preposição “ou” no dispositivo legal.

Superada a análise dos pressupostos materiais, passaremos agora à análise dos pressupostos formais necessários para a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da

prova pelo julgador, que, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 124) são: 1) decisão motivada; 2) momento da redistribuição e 3) proibição da redistribuição do ônus da prova implicar em prova diabólica reversa.

De acordo com o primeiro pressuposto formal, a decisão que determina a alteração do ônus da prova deve ser devidamente fundamentada, conforme disposto na parte final do parágrafo primeiro do artigo 373 do novo CPC, bem como é um mandamento consagrado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Ela pode ser combatida através de agravo de instrumento, sendo uma das hipóteses de cabimento do referido recurso devidamente expresso na nova redação do CPC/2015 em seu artigo 1.015, inciso XI. Contudo, da decisão que não redistribui o ônus da prova não é cabível agravo de instrumento, já que não foi a hipótese inserida no rol do art. 1.015 do CPC/2015, mais sim apelação por se enquadrar nas hipóteses consubstanciadas no artigo 1.009 do mesmo Código, que assim preceitua:

Art. 1.009, §1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Antes de analisarmos em qual momento deve ser feita a redistribuição do ônus da prova, que configura o segundo pressuposto formal, devemos investigar se a decisão de alterar o encargo da prova é uma regra de julgamento ou de procedimento. Se for uma regra de julgamento, o juiz, ao prolatar a sentença, analisará e decidirá a quem ele atribui o ônus da prova. Decidindo a quem o encargo é atribuído, analisará nos autos se a parte onerada desincumbiu do ônus que lhe é agora cabido. Se ela produziu a prova necessária à convicção do juiz, o pedido é julgado procedente; do contrário, a parte onerada correrá o risco de torna-se sucumbente. Todavia, se se tratar de uma regra de procedimento, o juiz, ao decidir a quem toca o ônus de produzir a prova, deve abrir a oportunidade de a parte onerada obter a prova, para somente depois proceder ao julgamento.

O artigo 357, inciso III do novo CPC soluciona a questão ao definir que na decisão de saneamento e de organização do processo, o magistrado deverá definir a distribuição do ônus da prova. Assim sendo, a decisão que altera a distribuição do ônus da prova é uma regra de procedimento. Nesse trilhar, aduz Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 123):

É importante registrar, finalmente, que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova; a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir a regra que se inverte com a regra que autoriza a inversão. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento.

O último pressuposto formal, conforme podemos constatar no parágrafo segundo do artigo 373, se refere ao fato de que o juiz não pode, ao inverter o ônus da prova, gerar uma situação em que o encargo para a outra parte seja impossível ou extremamente difícil de realizar, caracterizando, pois, uma prova diabólica para ela. É a proibição da prova diabólica reversa.

Há situações em que a obtenção da prova pode resultar impossível ou extremamente difícil para as duas partes, gerando uma situação que, nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 115), é “bilateralmente diabólica”, e que Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 268) chamam de uma situação de “inesclarecibilidade”. À vista disso, o juiz deve julgar pela regra estática da prova. Essa é a posição de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 116). Ou, caso a situação de inescclarecibilidade for causada, por exemplo, pelo réu, pode o juiz na sentença atribuir o ônus da prova ao requerido, desde que o magistrado dê a possibilidade para o onerado produzir a prova, em respeito ao princípio do contraditório. Essa é a posição de Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 268). Esses autores fornecem um exemplo em que uma pessoa vem a falecer na piscina de um clube, que não possuía sinalização indicando que ela era inadequada para quem não sabia nadar. Nesse caso, o autor afirma que a vítima morreu afogada e o réu contesta alegando que a morte teria advindo em virtude de um colapso. Não havendo a possibilidade de demonstrar nem uma coisa nem outra o juiz depara-se com uma situação de inescclarecibilidade. Nesse caso, segundo os autores, poderia ele atribuir o ônus da prova ao réu, pelo fato dele ter assumido o risco da inescclarecibilidade ao não colocar avisos na piscina, dando a ele a oportunidade de produzir a prova antes da sentença (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 268).

Finalmente, restou-nos falar, que a Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova só pode ser aplicada de forma subsidiária. No artigo 373, incisos I e II do novo CPC, foi mantida a Teoria da Carga Estática da Prova, atribuindo ao autor o ônus da prova sobre as alegações dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu o ônus da prova sobre os fatos

impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Isso mostra, em sintonia com o entendimento de Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 267), que a utilização da Teoria da Carga Estática é a regra, enquanto que o deslocamento do ônus da prova é a exceção. O ônus da prova só será deslocado para a outra parte, caso o juiz perceba claramente que o encargo seria muito difícil de ser realizado pela parte alegante e, em contrapartida, a parte demandada poderia desincumbir-se do encargo com mais facilidade.

Considerações finais

Podemos perceber, ao percorrer o presente estudo, que apesar da Teoria da Carga Dinâmica das Provas estar recentemente em vigor através do artigo 373, § 1º do novo Código de Processo Civil, ela já vinha sendo aplicada pela jurisprudência e defendida pela doutrina, através de um trabalho hermenêutico sobre dispositivos e princípios constitucionais. Contudo, vimos também, de acordo com as pesquisas realizadas pelo professor Oliveira (2014, p. 94), boa parte dos estados brasileiros ainda não a aplicavam.

Ao adentrarmos no estudo dos dispositivos do novo Código de Processo Civil, constatamos que, ao decidir pela aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, o magistrado deverá verificar, no caso concreto, a existência de pelo menos um dos pressupostos materiais, ou seja, ele deve verificar a existência de prova diabólica ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato por uma das partes. Foi destacado inclusive, que deve o juiz observar os pressupostos formais antes de proceder à redistribuição do ônus probatório, quais sejam: a decisão que altera o ônus da prova deve ser motivada; o momento adequado para proceder à inversão do ônus da prova é na ocasião do despacho saneador, conforme estabelece o artigo 357, III do novo CPC; e a proibição de redistribuição do ônus da prova, caso essa inversão implique prova diabólica reversa para outra parte.

Verificamos finalmente, que a aplicação de Teoria da Carga Dinâmica das Provas é subsidiária, mantendo-se como regra a Teoria da Carga Estática, consubstanciada no *caput* do artigo 373 do novo CPC.

Com base no exposto e na busca de uma prestação jurisdicional mais justa e eficiente, a tendência é que agora, diante da positivação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas, ela seja mais utilizada pelos julgadores nos casos em que a distribuição estática do ônus da prova revelar-se insuficiente para satisfazer o direito da parte desfavorecida na relação processual.

Assim procedendo, veremos concretizada uma das bases do direito processual, a de não servir apenas como um instrumento em que sua finalidade se encerra em si mesmo, mais sim como uma ferramenta poderosa, realmente instrumental, capaz de efetivar o direito material no caso concreto, contribuindo para efetivação da justiça e pela busca da pacificação social.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**, volume 2: tutela dos direitos mediante o procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 24 out. 2015.

BRASIL (1973). **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL (1990). **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado: Coordenador Pedro Lenza**. 5. ed., de acordo com o Novo CPC, Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes Amorin. **Teoria das cargas processuais dinâmicas: efetividade jurisdicional e expressão do acesso à justiça**. Birigui, São Paulo: Boreal, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.