

ÔNUS DA PROVA: TEORIA DINÂMICA E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Tatiana Yumi HASAI¹

RESUMO: Será uma tendência aceitável, no direito processual pátrio a relativização do ônus da prova com a aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, principalmente se aprovado o Projeto de Lei que preconiza o novel Código de Processo Civil? Será que a sociedade jurídica e os que necessitam do Poder Judiciário, estará preparada suficientemente para atender ao novo comando, no que tange ao *ônus probandi*? É o que se pretende abordar no presente trabalho.

Palavras-chave: Ônus da prova. Teoria da Carga Dinâmica. Relativização do ônus da prova

1 INTRODUÇÃO

A fim de que possamos entender melhor a aplicação da Teoria Dinâmica, ou a relativização do ônus da prova, por alguns assim compreendidos, necessário se faz, conceituar “prova”.

No entanto, na legislação processual pátria, não se encontra um conceito, mas apenas uma alusão, de que *todos os meios legais (...) são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

Desta feita, de tal tarefa ficou incumbida a doutrina, e segundo o i. doutrinador Luiz Rodrigues Wambier (2010, p. 475):

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual (embora haja certa dose de discussão na doutrina a esse respeito), pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais, embora o Código Civil tenha tangencialmente cuidado da matéria, como por exemplo quando prevê que a prova do pagamento é a quitação. Mas é de todo evidente que essa prova só adquire integral relevância jurídica, e autoridade de intervir na esfera de disponibilidade do ser humano, quando a dívida é questionada em juízo e a sentença afirma ser ou não a quitação válida, mediante a prova que tenha sido produzida.

¹ A Autora é Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil, pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada militante na área cível no Escritório Teruya e Ferreira – Advogados e Consultores Jurídicos.

Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.

Ainda no conceito de prova, o prof. Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 373):

Denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova.

Ou seja, consoante visto nos dois conceitos trazidos acima (bem como o que se encontra nas demais doutrinas), verifica-se nitidamente que a prova, serve para contribuir a formação de convicção do magistrado quando da análise da causa a ele levada a julgamento, seja ele de qual natureza for (se de cunho declaratório, condenatório...). E mais, tratam-se exclusivamente de questões fáticas.

De outra sorte, ainda há que se ponderar a natureza jurídica da prova. Este ponto ainda é muito polêmico na doutrina, sendo o entendimento majoritário, de que a prova, possui a natureza processual.

Justificando o entendimento majoritário da doutrina, acerca da natureza processual, paira no sentido de que esta regula a forma pelo qual o magistrado irá formar sua convicção, sendo tal ponto a função primordial, da norma processual. Sem contar ainda que, a maior parte da disciplina sobre prova é tratada no Código de Processo Civil.

No entanto, em que pese o entendimento majoritário, ainda há entendimentos outros, que assim não entendem, atribuindo à prova, a natureza jurídica substancial, ou ainda outra posição mista.

Adotemos para o presente trabalho, o entendimento majoritário da doutrina, que atribui à prova, a natureza jurídica processual, considerando que se trata de meio de formação da convicção do julgador. E, como toda boa norma processual, regula os instrumentos para que o Estado possa exercer a jurisdição. Respeitando ainda que o Código Civil atual tenha trazido em seu bojo, um título específico e totalmente dedicado à regulamentação do direito probatório. É o que se encontra entre os artigos 212 a 232, contudo, não é objeto do presente trabalho.

Ademais, convém ainda ressaltar que há distinção entre “prova” e “meios de prova”.

O primeiro acabou-se de explanar e conceituar acima, e quanto ao segundo, trata-se da modalidade e/ou forma, em que a prova será produzida. Tal distinção se faz necessária, uma vez que a própria legislação processual pátria, por exemplo, não admite a prova produzida exclusivamente pelo meio testemunhal, nos casos em que envolvem contratos cujo valor exceda ao décuplo do salário mínimo (artigo 401).

Dentre os meios de prova, via de regra, não há hierarquia entre as mesmas, considerando que o sistema pátrio tem como princípio base, o livre convencimento do juiz motivado. É o que se encontra preconizado no art. 131, do Código de Processo Civil. Desta feita, caberá a análise pelo magistrado em cada caso concreto.

Assim, os meios de prova, previstos de forma expressa, na legislação processual, são – depoimento pessoal (artigos 355 a 363); documental (artigos 364 a 399); testemunhal (artigos 400 a 419); pericial (artigos 420 a 439) e inspeção judicial (artigos 440 a 443).

Há ainda, na abordagem geral, sobre a prova, a classificação desta, mas se trata de discussão doutrinária e acadêmica, devendo ser adotada aquela que mais convier ao operador do direito, não sendo o objetivo do presente, esgotar esse ponto.

Conclui-se assim que, conforme o exposto até o momento, o objeto da prova, são exclusivamente os fatos. Contudo, há que se ressaltar que nem todos os fatos serão necessários a produção de prova, considerando ainda que, nem tudo o que se discute em um processo, necessita ser provado.

Destarte, o direito não precisa ser comprovado, uma vez que, esta é de conhecimento do magistrado, mas os fatos não os são.

Nesse contexto, os fatos que deverão ser comprovados, são aqueles que são considerados como relevantes e que influenciarão no julgamento do pedido.

E, ainda assim, na sistemática processual atual, nos termos do artigo 334, CPC, há alguns fatos relevantes das quais não precisam ser comprovados, ou seja – *os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e admitidos, no processo, como incontroversos.*

Isto é, a prova é produzida para comprovar os fatos relevantes que influenciam no julgamento, mas mesmo assim haverá situações em que, mesmo sendo fatos relevantes, não precisam ser comprovados.

2 DO ÔNUS DA PROVA NO CPC

A legislação processual pátria atual, preconiza em seu artigo 333 que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I – recair sobre direito indisponível da parte;
II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Ou seja, resumindo o que se tem na legislação e em termos práticos, a prova incumbe a quem alega – ao autor para comprovar o direito que alega ter, e ao réu, provar fato que modifique, extinga ou impeça o direito do autor.

Tecnicamente falando, referido ônus, trata-se de uma conduta da parte, que se exige no processo, na busca da verdade dos fatos apresentados e postos ao magistrado para julgamento.

Aqui, importante esclarecer que o ônus, não se trata de um dever, isto é, não há dever de qualquer das partes litigantes em produzir prova.

Há sim, um ônus, na qual a parte que assim não o considerar, assume o risco de que não seja comprovado os fatos por ele alegado, e ao final, de não ter a demanda julgada a seu favor.

Nesse contexto, leciona o i. prof. Humberto Theodoro Junior (2010, p. 430):

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com a falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito e não provado, ou contra o réu se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.

E, para clarear melhor a situação do ônus, ensina o prof. Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2101, p.393):

Ônus são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se se omitirem, sofrerão as conseqüências da ausência disso.

Antes do ônus de provar, as partes têm o de alegar. Incumbe ao autor, na petição inicial, mencionar os fatos que são constitutivos do seu direito; e ao réu, na contestação, invocar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Isso é de suma importância, porque o juiz fica adstrito, ao proferir o julgamento, aos fatos alegados pelas partes. Ele não pode tomar em consideração fatos que não tenham sido invocados por elas.

Esse ônus precede o provar, porque o objeto da prova se circunscreverá aos fatos alegados. Não poderão ser objeto de instrução aqueles que não tenham sido trazidos ao processo pelas partes.

Em regra, compete àquele que formula uma alegação o ônus de prová-la. A prova de um fato, em princípio, compete a quem o alegou. Como ao autor cabe alegar os fatos constitutivos de seu direito, será seu ônus de prová-los. E será do réu o de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

Contudo, importante destacar que, o magistrado ao analisar a demanda para julgá-la, em tese, deverá recorrer ao ônus da prova, apenas em último caso, posto que, anterior ao julgamento, deverá elucidar todos os fatos, a fim de que não paire dúvidas, para formar sua convicção.

É nesse contexto, que o ônus da prova deve ser entendido e aplicado, haja vista que, sua aplicação de forma imoderada e irrestrita, passaria ao campo subjetivo, o que não é o intuito da norma.

Assim, a regra do ônus da prova, para julgamento, deverá ser aplicada, tão somente, em casos de dúvida que não foram sanadas, vencidas no curso da demanda, considerando o poder instrutório do magistrado, no bojo do art. 130, do Código de Processo Civil.

Há que se salientar ainda que, o ônus da prova, será também de fundamental relevância, se não houver prova nos autos, de determinado fato que precisa ser esclarecido.

Destarte, como a prova produzida nos autos, não pertence à parte que a produziu (princípio da comunhão da prova), caberá a essa, manuseá-la de forma que mais lhe for benéfica, na tentativa de demonstrar ao juiz, a conseqüência jurídica que almeja.

Nesse contexto, importante frisar ainda que, nos termos do art. 339, CPC, *ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.*

Assim, sendo parte no processo, com interesse em vencer a demanda apresentada, não lhe será dado a vantagem de não contribuir para a busca da verdade, deixando de colaborar com a Justiça, considerando ainda o dever de lealdade das partes, quando em litígio. Pelo menos, é essa a atitude que se espera das partes envolvidas, e de seus patronos, além de outros que poderão participar do processo, que ingressarão no curso da demanda!!!

Ademais, o que se busca com um processo, não é apenas resolver questões de ordem pessoal, mas sim, principalmente em atribuir razão para quem efetivamente o possui.

Desta feita, é essa a concepção que as partes de um processo devem ter em mente, a fim de uma melhor aplicabilidade do que hoje é preconizado como ônus da prova, na legislação processual pátria.

2.1 Da Relativização do Ônus da Prova

Em que pese o comando processual pátrio, necessário frisar que, não se pode levar tal ônus friamente. Há que se considerar a possibilidade de sua relativização, isto é, uma maneira diversificada de se atender ao estabelecido no art. 333, CPC.

Nesse contexto, colaciona-se o exposto por Denis Donoso:

Nem sempre, porém, este sistema deve ser aplicado no caso concreto, vez que em determinadas situações ocorre aquilo que se convencionou chamar de inversão do ônus da prova. As situações que autorizam essa inversão valem mesmo que, como dito, se fale em interesse de provar (e não em ônus de provar). Assim, numa dada situação, apesar do interesse de produzir uma determinada prova ser do autor, as circunstâncias invertem os papéis, transferindo esse interesse ao réu (ou vice-versa), seja porque o fato a ser provado reputa-se verdadeiro, seja porque a posição da parte a quem incumbe a produção da prova é desfavorável em relação ao seu adversário, sob o aspecto de algum critério legal.

Ou seja, não é porque está estabelecido na lei, que há a necessidade de sua aplicação de forma veemente, sem se analisar o contexto geral que se apresenta os fatos.

Destarte, como dito acima, a regra do ônus da prova, deve ser aplicado, tão somente, quando no deslinde da causa, o magistrado não conseguiu visualizar da forma mais correta, os fatos a ele apresentados, havendo a necessidade de melhor clareza, para um julgamento adequado.

O que se tem no sistema, é uma situação rígida, no que tange à imposição da prova tanto para o autor, quanto para o réu.

Nesse contexto, proposição semelhante, ocorre na lei que institui o Código de Defesa do Consumidor, onde preconiza a possibilidade do magistrado distribuir o ônus da prova, de forma diversificada do previsto no Código de Processo Civil, a famigerada “inversão do ônus da prova”. Contudo, não é o objetivo do presente, abordar tal questão na seara consumeirista.

Desta feita, a doutrina contemporânea, vem defendendo a relativização, uma flexibilização dessa distribuição estática do ônus da prova, que por vezes, pode acarretar situações em que não se consegue adequar a regra ao caso concreto, prejudicando o julgamento da causa.

Assim, ao flexibilizar a distribuição estática do ônus da prova, estará se atentando aos preceitos constitucionais, dentre eles, o da isonomia, além de se contribuir a um processo eficaz.

É assim que surge a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, no processo civil que começa a ser trazido pela doutrina e já com aplicabilidade em alguns tribunais, no caso concreto.

3 TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como visto, a aplicação da referida teoria, é uma posição da doutrina contemporânea, a fim de mitigar a distribuição estática do ônus da prova, contida atualmente no art. 333, do Código de Processo Civil, desde que o magistrado assim o faça de forma moderada, e sempre motivando seu posicionamento, quanto à modificação da regra imposta.

A teoria em estudo, torna a regra rígida e estática, em uma regra dinâmica e flexível, que poderá ser aplicado de forma mais coerente em cada caso concreto.

Nesse contexto, apresenta Antonio Danilo Moura de Azevedo que:

... essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa "sub judice". Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova, no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento. Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. Para esta corrente doutrinária, estas regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso proferir uma decisão mais justa e equânime.

Assim, nos dizeres do i. prof. Humberto Theodoro Junior (2010, p. 432):

Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo. É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, § 2º), defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção.

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, esse abrandamento do rigor da literalidade do art. 333 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo.

(...)

Não se presta esta teoria – advirta-se – a dispensar totalmente do ônus da prova aquela parte que, segundo o art. 333, tem o encargo legal de provar a base fática de sua pretensão, mas apenas de aliviá-la de algum aspecto do evento probando, para o qual não tem acesso ou condições de investigação satisfatória, ao passo que o adversário se acha em situação de fazê-lo.

Resta evidente que, a teoria em estudo, é perfeitamente aplicável ao caso concreto, ainda que a norma rígida esteja em vigor, como no sistema atual, bastando apenas a dosagem certa do magistrado ao aplicá-la. Talvez atualmente, esse seja o ponto crucial da aplicação dessa teoria no caso concreto.

Outrossim, ainda há que se ressaltar que não se trata de imparcialidade do juiz, mas sim, uma peça chave para se equilibrar os ônus entre as partes litigantes.

Aqui, imperioso se faz, trazer à baila, o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Wambier apud Antonio Danilo Moura de Azevedo:

O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar lato sensu o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possui. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.

Verifica-se, portanto, que a teoria em estudo, se presta única e exclusivamente em auxiliar a parte que, embora tenha o ônus da produção de determinada prova, para a elucidação de um fato por ela trazida aos autos, por algum motivo justo e plausível, não conseguirá produzi-la, sendo a parte adversa, a que mais tem condições de assim fazer.

É nesse contexto que os tribunais pátrios, vêm aplicando a referida teoria:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA.

Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potência financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples “afirmação” da pobreza, também a “comprovação” da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à “teoria da distribuição dinâmica da prova”, fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência. APELO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Relator Jose Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 16.03.2005)

APELAÇÃO CÍVEL. COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATAS. CAUSA DEBENDI. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORA IN RE IPSA. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. PROTESTO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROTESTOS. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JUROS. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. Não se pode bloquear justa pretensão de direito material por um simples equívoco processual, quando se sabe que o processo somente se justifica na exata medida em que serve à efetividade e à realização dos direitos materiais das partes e, para o Estado-Juiz, serve à realização da justiça do caso concreto, finalidade última e superior da atividade jurisdicional. Não há óbice a que se conheça um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, pois o que define a natureza jurídica da postulação é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomem juris* que a parte circunstancialmente tenha atribuído em sua petição. Não há a tipicidade de ações no Direito brasileiro. Preliminar de extinção da ação cautelar rejeitada. A duplicata mercantil, como título causal que é, representativa de operação comercial entre sacador e sacado, vincula-se ao negócio jurídico subjacente, podendo ser elidida a presunção de liquidez e certeza inerente aos títulos de crédito mediante a demonstração, por parte do sacado, de que a relação negocial, seja a prestação de serviço, seja a entrega de mercadoria, não se efetivou. *Tendo a sacada negado a existência da relação jurídica que teria dado ensejo à emissão das duplicatas protestadas, cabia à apresentante dos títulos a prova de protesto a prova em contrário. Não se poderia exigir da sacada a prova da inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. Caso de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la.* A existência de outros protestos em nome da autora é situação que deve ser considerada quando da fixação do quantum indenizatório, não afastando a obrigação de a ré responder pelos prejuízos causados à autora. O endosso do título transmitido às empresas de factoring não é considerado como endosso cambiário, o qual exige o protesto do título endossado para fins de preservação do direito de regresso. A empresa de factoring cobra deságio das duplicatas que negocia com a faturizada, ocasião em que assume o risco pelo não-pagamento do título pela sacada. Em se tratando de protesto indevido, não é necessária a prova do dano moral, pois trata-se de dano in re ipsa. O cadastramento da autora em órgão de restrição creditícia ocorrido posteriormente à propositura da ação pode e deve ser levado em consideração pelo juízo quando da prolação da sentença. Exegese do art. 462 do CPC. Por óbvio que não poderia a demandante fazer referência na peça inicial da ação ao cadastramento efetuado após o ajuizamento da ação. Sentença ultra petita que não se caracteriza. Os juros nas ações indenizatórias por dano moral devem incidir desde o evento danoso (Súmula

54, STJ) e não a partir da citação. Termo inicial de incidência dos juro que não se altera em face do princípio da impossibilidade de *reformatio in pejus*. APELO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Relator Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 15.12.2004)

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.

2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.

Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 69309/SC, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgamento em 18.06.1996).

Nota-se nitidamente a aplicação da teoria em análise ao caso concreto, pelos tribunais, sendo perfeitamente aceita na prática, não encontrando óbices para sua aplicação. Do contrário, com a aplicação desta teoria, buscou-se o equilíbrio entre as partes, na solução do litígio.

Outrossim, como se não bastasse o reconhecimento dessa teoria pela doutrina contemporânea e sua aplicação perante os tribunais pátrios, há que se ressaltar a sua previsão no Projeto de Lei nº 8046/2010, que trata do novo Código de Processo Civil.

No projeto do Código de Processo Civil, encontra-se disposição semelhante ao atual disposto no art. 333 e incisos, mas com uma disposição inovadora (art. 358), no qual preconiza que, o magistrado, dependendo das circunstâncias e peculiaridades da causa, do fato a ser comprovado, poderá em decisão fundamentada distribuir de forma diversa o ônus da prova, impondo à parte que melhor tiver condições de produzi-la, desde que observado o contraditório.

Ou seja, essa é a tendência que se encontra no que tange ao ônus da prova no processo civil, no direito brasileiro.

Relativo ao preconizado no Projeto do Código de Processo Civil, há quem entenda que tal disposição que abarca a Teoria em análise, poderá ser vetada, considerando os *lobies* das empresas de grande porte, em especial as instituições financeiras.

Mas... a teoria está compreendida na doutrina contemporânea, aplicada pelos Tribunais pátrios e com previsão expressa no novo Código de Processo Civil. E, assim, trata-se de uma novidade no mundo jurídico.

Assim, não há falta de previsão, ou algo discutido apenas em sede doutrinária, mas se trata de algo palpável com aplicações já encontradas em sede de tribunal, na busca de um equilíbrio entre as partes, com uma solução mais equânime dos fatos postos em discussão.

3 CONCLUSÃO

Como visto, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, não pretende aniquilar os ônus que cada parte litigante possui para comprovar os fatos trazidos à discussão. Mas sim, uma forma de equilibrar as partes litigantes, em prestígio ao princípio constitucional da isonomia.

Prova disso, é que no Projeto de Lei que estabelece o novo Código de Processo Civil, a disposição que encontramos atualmente na legislação processual permanece, mas com ressalva dos poderes do juiz. Em seguida, é acrescido em um dispositivo logo em seguida, que permite o magistrado em flexibilizar a distribuição do ônus da prova, para aquele que entender, estar em melhores condições de produzir tal prova.

No entanto, o magistrado não poderá fazê-lo ao seu bel prazer. Mas sim, deverá se atentar às peculiaridades do fato a ser provado e as circunstâncias da causa, além de fundamentar sua decisão quando manejar de forma diversa o ônus da prova.

Com efeito. Tudo isso é visto sob a ótica da teoria, no sentido literal da palavra. Mas, será que a comunidade jurídica e as pessoas que ingressarem no Poder Judiciário, para uma demanda, estarão de fato, preparadas para enfrentar essa flexibilização da distribuição do ônus da prova, na mais absoluta boa-fé, e no intuito de solucionar e contribuir com o deslinde da causa?

Não é fato distante e desconhecido, inúmeros casos em que vivenciamos a má-fé da parte, em procrastinar a demanda, desfazendo do Poder Judiciário, principalmente quando o demandado se trata de uma empresa de grande porte. Não se trata de ser a regra, mas que presenciamos tal fato no dia a dia, uma vez ou outra, isso ninguém pode negar.

Não há como dar as costas para fatos em que muitas vezes, sofremos por conta da má-fé da parte contrária, que nem sempre é vista dentro do processo.

Ademais, outro ponto que devemos ponderar, é a questão do próprio Judiciário, onde os magistrados estão superlotados de processos, dentre os quais, acabam por delongar o trâmite do processo, postergando a realização de atos, e por alguns momentos, verificamos o receio de um magistrado em reconhecer a litigância de má-fé de determinada parte.

Saliente-se aqui novamente, que não se trata de uma regra, mas que também não é fato que deve ser ignorado, considerando que tal fato ocorre sim, na realidade do Judiciário.

Outro destaque importante, é dado à própria parte, que muitas vezes, incute em seu pensamento que, uma vez que ela tenha produzido uma prova, para esclarecimento de determinado fato, contra ela, a demanda não poderá ser prejudicial.

E, além disso, a parte terá que ter em mente que, não se está discutindo um fato perante o Poder Judiciário para apenas, em um linguajar mais popular, “resolver pendengas pessoais”, mas sim, para que seja dado razão a quem efetivamente o tem, independentemente de quem tenha produzido a prova que levou ao esclarecimento do fato obscuro.

Ademais, ainda haverá que ser ressaltado que uma flexibilização na distribuição do ônus da prova, não poderá ser de imediato pleiteado pela parte, que quer se ver ganhadora da demanda, mas não possui a prova necessária para tanto, no intuito de prejudicar a parte contrária.

Ou seja, se com a sanção da Lei que instituir o novo Código de Processo Civil, e o dispositivo que abarca a teoria em análise, não for vetado, não poderá ocorrer a banalização do instituto, como podemos verificar em inúmeras situações quando se trata de questões de consumidor.

No Código de Defesa do Consumidor, há previsão legal, da inversão do ônus da prova, que diverge do preconizado no Código de Processo Civil atualizado.

Em tais situações, verifica-se de plano que, um consumidor, ao demandar em face de um fabricante e/ou fornecedor, ou qualquer outro desta cadeia, já se pleiteia a inversão do ônus da prova, sem se saber a fundo, quais as questões que deverão ser comprovadas, ou melhor esclarecidas.

Nas demandas consumeiristas, há casos já vistos que, no próprio despacho inicial, já é determinado a inversão do ônus da prova, simplesmente por se tratar de consumidor demandando em face de fornecedor. Isto é, casos estes que o magistrado não considera o ônus da prova como uma regra de julgamento, a ser aplicada em última análise, nos casos em que determinado fato, não conseguiu ser aclarado no curso da demanda.

Essas situações apresentam claramente, uma afronta aos princípios constitucionais da isonomia e devido processo legal, além do contraditório e ampla defesa, além de poder estar sendo o magistrado, parcial, dependendo da situação em tela.

Assim, verifica-se que, na teoria, a flexibilização da distribuição do ônus da prova, é muito boa, de uma eficácia certa, mas que na realidade, deverá ser aplicada com muita cautela, e com consciência por todos que estiverem na relação jurídico processual, na busca de um processo mais equânime possível.

Essa, apesar de ser uma tendência, posto que as normas processuais, também devem se atualizar com o mundo contemporâneo e a nova sociedade que surge dia a dia, necessário se faz a conscientização de todos e a prática dos bons costumes, com o objetivo de garantir o direito a quem realmente a detém.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, A. D. M. **A Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro**. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em 04 out. 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 12. ed. São Paulo: RT, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. I. vol. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. vol. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

DONOSO, Denis. **A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo.** Revista Dialética de Direito Processual nº 51, jun/2007. FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** 1. vol. São Paulo, 2010.

NAZARENO, C. M. R. **A relativização do ônus da prova e a Justiça Constitucional: uma breve reflexão sobre a concretização de valores constitucionais em face da inércia legislativa.** Disponível em <<http://www.jusnavigandi.com.br>> Acesso em 13 ago. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 2. vol. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** I. vol. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 1. vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010