



100

Revista Jurídica

Ano 48 - Fevereiro de 2001 - Nº 280

Repositório Autorizado de Jurisprudência:

Supremo Tribunal Federal: 03/85
Superior Tribunal de Justiça: 09/90
Tribunais Regionais Federais 1ª e 4ª Regiões

FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquelel

DIRETORES

Marco Antônio Coutinho Paixão
Luiz Antônio Duarte Aiquelel

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Jauyr Dall'Agnol Jr. - Araken de Assis
Cezar Roberto Bitencourt - Fábio Luiz Gomes - Luiz Edson Fachin
Luiz Guilherme Marnoni - Ovídio Araújo Baptista da Silva - Sérgio Gilberto Porto

COLABORADORES

Ada Pellegrini Grinover - Athemar Ferreira Maciel - Amir José Fincochiano Sarti
Antonio de Pádua Ribeiro - Antônio Vital Ramos de Vasconcelos - Aristóteles Atheniense
Arnoldo Wald - Athos Gusmão Carneiro - Cândido Rangel Dinamarco - Carlos Alberto Gonçalves Ferreira
Carlos Ernani Constantino - Carlos M. S. Velloso - Cláudia Lima Marques - Cláudio Santos
Cristiano Paixão Araújo Pinto - Damásio E. de Jesus - Dilson Carlos Eduardo França
Eduardo de Oliveira Leite - Eliana Calmon - Elisete de Cresci Sobrinho - Elísio de Assis Costa
Eulámpio Rodrigues Filho - Felipe Moreira de Oliveira - Felton Teodoro Reis
Fernando da Costa Tomunho Filho - Francisco de Assis Toledo - Gelson Amaral de Souza
Gerardo Batista de Siqueira - Geraldo Gonçalves da Costa - Gerson Fischmann - Gustavo Tepeдино
Heraldo A. Mossin - Hugo Nigro Mazzilli - Humberto Theodoro Jr. - Ilmar Galvão
J. Nascimento Franco - Jader Marques - José Augusto Delgado - José Carlos Barbosa Moreira
José Maria Tescheiner - José Rogério Cruz e Tucci - Jharez Freitas - Luiz Felipe Salomão
Luiz Flávio Borges D'Urso - Luiz Paulo Sirvinskas - Luiz A. Soares Hentz - Luiz Vicente Cernicchiaro
Luiz Mello Casado - Miguel B. de Siqueira Filho - Ney Fayer - Omar Corrêia Lima
Márcio César Salomão - Paulo César Scanavez - Paulo Roberto S. da Costa Leite
Paulo Sérgio Praia Rezende - Pedro dos Santos Barcellos - Raimundo Gomes da Cruz
Reivaldo de Souza Marques—Rogério Lauria Tucci - Rolf Madaleno
Ronald Batista Pinto - S. O. Castro Filho
Salvo de Figueiredo Teixeira - Sérgio Resende - Sydney Sanchez
Teoni Albino Zawaski - Theotônio Negão - Trujinhani Miguel Castro do Nascimento
Voltaire Marensi - Wagner Guerreiro - Washington Epanimondas Nunes



7. Tribunal de Alçada de Minas Gerais	123
8. Ementário Cível	127

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

1. Supremo Tribunal Federal	140
2. Superior Tribunal de Justiça	144
3. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	148
4. Tribunal de Justiça de Minas Gerais	152
5. Tribunal Regional Federal da 4ª Região	155
6. Ementário Criminal	159

SINOPSE LEGISLATIVA

1. Legislação Relevante de Janeiro de 2001 (ementário)	166
--	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

1. Cível	167
2. Criminal	173

Erramos: Na Revista Jurídica n° 278, página 66, o autor do artigo "Prisão e Liberdade", Geraldo Prado, é Juiz de Direito no Rio de Janeiro, e não Advogado em Porto Alegre.

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS

Antonio Janyr Dall'Agnol Junior

Desembargador
Professor de Direito Processual Civil na Escola Superior da Magistratura/RJ

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 ressenste nossa Língua de vocábulo expressivo do que seja *oneroso*, contrariamente ao 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 *onus* (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 *onus*. Quem fala em obrigação supõe poder de outrem, a que o obrigado deve sujeitar-se. Já quem se utiliza do termo *onus* 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. Com efeito, o demandado que não responde terá contra si o peso de ver reputados "*como verdadeiros os atos afirmados pelo autor*" (art. 319 do CPC), segundo a

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

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

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, 3ª ed., 1996, tomo IV, p. 253).

Também é esta a idéia que orienta ALFREDO BUZAD, lembrando FRANCESCO CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal*, Buenos Aires : UTTEHA, 1944, vol. 1, pp. 63 e ss.), 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).

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 terceiros.⁵

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 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 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.

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 Rocca 1998, 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. A 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 verdade se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

⁷ *Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.*

⁸ *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.*

⁹ *Prova Judiciária no Civil e Comercial*, São Paulo: Saraiva, 5.ª ed., 1983, vol. 1, p. 153).

Semelhante posicionamento do legislador pátrio, no entanto, ignora os avanços que já se desenvolveram, 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 partes⁸.

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 impeditivo⁹.

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"¹⁰.

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.

MICHELLI, em monografia clássica sobre o tema, depois de criticar posicionamentos antecedentes da doutrina, assinala 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, em críticaável exegese, só no disposto pelo art. 333 do CPC, a distribuição dos ônus probatórios exibir-se-ia prévia e abstrata.

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 p. 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 70, dirigiu à solução alvirada pelo art. 333 do CPC, em seu trabalho *Do ônus da prova*, publicado na Revista *AJURIS*, 16, pp. 41-51.

¹⁰ HERNANDO DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires: Victor P. de Zavalla, 1970, t. 1, 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).

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

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 desestinação 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 MICHELLI – 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 regra de distribuição do ônus da prova – que deve ser lembrada quando do julgamento¹⁴ –, os poderes conferidos, no direito brasileiro, ao juiz. Com efeito, dispõe o art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (...)”¹⁵.

No sistema pátrio, pois, e independentemente de sua feição inicial dispositiva (arts. 2º e 262 do CPC), reconhece-se ao julgador, quanto à instrução, inclusive poderes de iniciativa. Veda-se-lhe o dar início à demanda ou o ampliar o objeto litigioso, mas é falso o entendimento de que lhe é proibido determinar a produção de prova.

A observação é de importância, na medida em que “*pode diminuir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos*”¹⁵.

Mas, por isso mesmo, porque não elimina a necessidade de utilização da regra de julgamento, permanece a questão, se, apesar dos esforços desenvolvidos *também* pelo magistrado, fato relevante ainda permaneça sem demonstração (ou insatisfatoriamente demonstrado, o que, em processo, é o mesmo).

Na visão tradicional, a incidência do art. 333, do CPC ostentava-se inelutável e aséptica, porque de resolução em abstrato, sem consideração para com o caso concreto.

3 – A SUPERVENIÊNCIA DO CDC

A instituição, entre os “direitos básicos do consumidor”, da “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 experiência” (art. 6º, VIII), exibiu-se, à primeira vista, como elemento perturbador do sistema, ao menos para a visão clássica da distribuição dos encargos da prova.

Com efeito, segundo a visão estratificada (ao menos aparentemente) no art. 333 do CPC, apenas a vontade das partes, e com restrições, pode distribuir “de maneira diversa o ônus da prova” (art. 333, parágrafo único, do CPC).

Ora, com isso rompendo, o CDC, segundo leitura realista do que ordinariamente ocorre, não apenas conferiu poderes ao juiz como o fez admitindo a consideração para com dados que fogem ao controle do legislador. Trata-se agora de, *no caso concreto*, ignorar a distribuição abstratamente prevista na lei processual civil, para, em estima à *verossimilhança da alegação* do consumidor ou em atenção à sua *hipossuficiência*, admitir que o julgador inverta o ônus de provar. Em outros termos e apenas para exemplificar, presente um dos dois requisitos, em se cuidando de relação de consumo, possível é que ao demandado confira o juiz o encargo de demonstrar a inexistência de fato constitutivo do direito alegado pelo autor (talvez melhor, positivamente, a ocorrência de circunstâncias fáticas que inviabilizam a conformação da espécie com o suporte fático abstrato invocado pelo proponente da 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 anuíde, 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, provisorio 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 nada, 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 provedor. O desequilíbrio é, como se usa dizer por vezes, de ordem

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 apóia 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, solidaria 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.

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

¹⁵ SANTOS BEDAQUE, *ob. cit.*, p. 88.

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 nº 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 invalidade de cláusula²².

4 - A TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS

A denominada teoria das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por JORGE W. PEYRANO, ilustre jurista argentino, foi sem dúvida por ele desenvolvida em obras que mereceram ampla divulgação no meio hispano-americano²³.

²⁰ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUVCCI, jurista alento, bem apreendeu a idéia, embora o tenha feito em visão demasiado estrita: "A meu ver, a hipossuficiência aí preconizada (subentendida-se: no art. 6º, VII, do CDC) não diz com aspecto de natureza econômica, mas como o monopólio da informação" (*Código do consumidor e processo civil*, Revista dos Tribunais, 67/132, esp. p. 35).

²¹ Cf. anotações de CHABAS às *Leçons de Droit Civil*, 1991, t. II, vol. 1, pp. 28 e ss., dos MAZEAUD: "Celui qu'il faut protéger, ce n'est pas le non-professionnel ou consommateur en tant que tel, c'est le 'non-sachant', celui que ses connaissances juridiques, économiques, techniques, mettent en position d'infériorité par rapport au spécialiste ou au puissant".

²² Cf., v.g., GIUSEPPE CHIOVENDA, Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, t. II, pp. 283 e ss., relativamente à distinção entre condições específicas e condições gerais da relação jurídica. Apenas as da segunda espécie podem constituir fatos imputativos da relação ou dar lugar a uma exceção em sentido próprio, por isso, em linha de princípio, ao que alega contra a regularidade incumbirá a prova.

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*, Rosário: Juris, 1991, t. I, pp. 77 e ss.; *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, pp. 261 e ss.

Se for possível reduzir a tese a um mínimo de termos, prefero fazê-lo utilizando-me dos preferidos-pelo jurista, em um desse trabalhos a que me referi: "En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva"²⁴.

A tese, aparentemente singela, rompe com a concepção "demasiado rígida y apriorística" da doutrina clássica, que adotava uma "visión exclusivamente estática" da questão relativa às regras da distribuição dos ônus da prova.

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

A aludida doutrina, em que pese tentativa de restringi-la²⁵, logrou êxito em diversos campos na Argentina²⁶, precipuamente no da responsabilidade profissional, *a fortiori* na médica, de algum modo aliviando o peso que ordinariamente atinge o autor da ação ressarcitória.

Como o ensina ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, "estas reglas de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a un resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas: en una palabra, que obró sin culpa"²⁷.

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.

Releva, isto sim: a) o caso em sua concreitude e b) a "natureza" do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.

Como ensina ARAZI, asseverando que o critério tem sido aplicado "com freqüência" pela jurisprudência, "é importante que o juiz valore as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontrava em melhores condições para

²⁴ *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, cit., p. 263.

²⁵ Cf., v.g., DORA MARIANA GESUALDI, La prueba de la culpa en la responsabilidad profesional, artigo publicado na obra coletiva *Las Responsabilidades Profesionales*, cit. à nota 22.

²⁶ Reconhece sua difusão na doutrina argentina, RICARDO LUIS LORENZETTI, *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, tomo II, pp. 195 e ss.

²⁷ *Prueba de la Culpa Médica*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 110.

comprovar o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem tinha o ônus de provar não produziu a prova”²⁸.

Mais adiante, 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 tinha.

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 celebrado *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 tomem 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.

Há mesmo quem pretenda recuar ao Direito Romano, como é o caso de AUGENTTI³².

²⁸ ROLAND ARAZI, *ob. cit.*, p. 106.

²⁹ *Ob. cit.*, p. 107.

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

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

³² A afirmativa é de VALENTIN SILVA MELERO (*La Prueba Procesal*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, t. I, p. 82) em referência à obra *L'Onere della Prova* (Roma: Ed. Foro Italiano, 1932, pp. 12 e ss.), de GIACOMO PRIMO AUGENTI. Esse jurista italiano tenta 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 soresse um dano”. Na

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 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 accentuado rigor* – àquela 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 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 colaboração”³⁶.

6 - A TEORIA E SUA RECEPCIONABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Não restando dúvida de que se tem por superada, em nosso 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

análise de diversos textos, inferiu a solução segundo “critérios práticos em cada caso”, bem como “uma idéia bastante generalizada que, pouco mais ou menos, vinha 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-Abelardo Perrot, 1991, p. 58.

³⁴ *Aur. e ob. cit.*, p. 58.

³⁵ *Idem*, *ibidem*, pp. 58/59.

³⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 60.

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

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 apartamenta 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 juiz, 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 adotados, pois dispunham dos meios para elucidar as circunstâncias do fato. Constatou 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. 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

³⁸ Tenho por insuperável a visão tridimensional ("concreta e dinâmica", como o quer o ilustre jurista) 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 Responsabilidade Civil del Médico, em Los Derechos del Hombre, Mendoza: EJC, 1997, pp. 75-114, esp. pp. 86/87. No vernáculo, em *Revista Jurídica*, 231/129.

probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus" (REsp nº 69.309, 4ª Turma, 18.06.96)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 exerto do voto:

"Não se ignora a dificuldade de obtenção de prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado e equívocado 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 compactua com láticas ou esperetas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica, em que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (senão a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade da sua atuação⁴¹."

Mas não é só no campo da responsabilidade profissional, porém, que se observa a difusão da teoria, digamos, "flexibilizadora". No campo das relações contratuais, particularmente no das bancárias e securitárias, existe-se manifesta a utilização, e não apenas em caráter de reforço, embora nem sempre com fidelidade aos seus limites, conforme se observa do exame de diversos casos judiciais.

Assim, em meu Estado, o do Rio Grande do Sul, sistematicamente, em nome da teoria da carga dinâmica, entendia o extinto 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 nº 196253504, da 4ª Câmara Cível, julgado a 27.03.97, 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".

⁴⁰ Aplicou a teoria, com explícita invocação do acórdão relatado pelo Min. RUY ROSADO e sustentação doutrinária, a 9ª Câmara Cível do TRS, na AC nº 598450401, de 12.05.99, relatora a ilustre Desª. RELIANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS.

⁴¹ AC nº 597083534, 1ª Câmara Cível, TRS, de 03.12.97.

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 nº 196254932, de 03.04.97, pela 6ª 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 nº 192219190, TARS, 6ª Câmara, Civ., 12.12.96).

No Tribunal de Justiça, com inexecutível clareza, tem aplicado a doutrina o Desembargador JORGE LUIS 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 aquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova" (AI nº 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 aquele 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 do 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,

⁴² Neste diapasão, AC nº 599489945, de 30.09.99; AC nº 599489705, 27.10.99; ACs nºs. 700000618561, 700000703306, 700000706473 e 700000619924, todas de 09.03.00.

momento quando a atividade por ela desenvolvida recomenda a permanência, em seus arquivos, de cópia de contratos e documentos referentes às operações realizadas".

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, a 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.

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?

⁴³ V. g., AI nºs 197124670, de 30.07.97; 599320462, de 04.08.99; AC nº 599229721, de 30.06.99, todas da 11ª Câmara Cível. Nessa linha, AI nº 197231244, 11.12.97, Rel. Des. CARLOS ALBERTO ALVES MARQUES.

⁴⁴ AI nº 700002217612, 11ª Câmara Cível, 10.11.99, Rel. Des. ROQUE MIGUEL FANK.

⁴⁵ EI nº 598450971, TJRS, 3º Grupo Cível, 04.12.98, Rel. Des. DECIO ANTONIO ERPEN.

A solução, penso, obvia 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 nº 597037472, TJRS, 4ª Câmara, Civ., 10.12.97. Entre outras frases que apresentou, o ínclito Magistrado gaúcho entendeu inaplicável, na espécie, o art. 6º, VIII, do CDC, ao contrato 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.

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 admitir o duplo aspecto do ônus probatório (regra de julgamento e regra de comportamento⁴⁶), defende o entendimento de que “as modernas teorias (PEYRANO: cargas probatórias dinâmicas; MORELLO: visão solidária da carga da prova) referidas à distribuição do ônus da prova no processo civil poderão ser aplicadas por nossos magistrados, já que nosso Código tacitamente as recepcionou como critério sucedâneo no art. 139.2⁴⁷ enquanto faculto ao Magistrado apreciar conforme as regras da crítica são as omissões ou deficiências da prova”⁴⁸.

Para alcançar essa conclusão, revisitou LANDONI SOSA a legislação processual uruguaia, segundo a sua moderna versão, observando que os deveres de litigar com probidade e o de colaboração com o tribunal evidenciavam-se como uma constante no Código Geral de Processo. No art. 5º estão consagrados os princípios da boa-fé e o da lealdade processual, a indicar que todos os participantes do processo devem ajustar sua conduta à dignidade da Justiça: no mesmo dispositivo legal, no inciso 2º, vê-se a imposição ao tribunal de coibição de fraude processual, de colusão e de conduta ilícita ou dilatória; no art. 63, observa-se a exigência de que os atos processuais, além de lícitos, pertinentes e úteis, devem ser realizados “con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo”⁴⁹. Ademais, embora sem expressão entre os princípios gerais, consagrado está o da colaboração com o tribunal em diversos dispositivos, tais como os arts. 6º, 14, 5º, 10º, 56, 117, etc.

Ora, não é necessário muito esforço para demonstrar que no Código de Processo Civil brasileiro adotados foram princípios, em muito identificados com os lembrados por

⁴⁶ Por mais que se resista, parece inegável a necessidade de visualizar o ônus da prova por seu duplo aspecto, dito, por vezes, ônus subjetivo e ônus objetivo. LINO PALACIO leciona: “Las reglas sobre la carga de la prueba, em síntesis, sólo revisitan importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial em un caso concreto, indicando por um lado al juez cuál deve ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia y preveniendo por outro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen em el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga” (*Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, t. IV, p. 363).

⁴⁷ Dispõe o art. 139.2, do *Código General del Proceso* uruguaio: “A distribución do ônus da prova não obstará a iniciativa probatoria do tribunal nem a sua apreciação, conforme com as regras da crítica são (reglas de la sana crítica), das omissões ou deficiências da prova”.

Conforme o ensina ARAZI, “apesar de seu uso, nenhuma lei indica quais são as regras da crítica são”, entendendo-se esta como “o sistema que concede ao juiz a faculdade de apreciar livremente a prova, mas respeitando as regras da lógica e as máximas da experiência” (*Ob. cit.*, p. 145).

Ora, esse sistema em nada difere daquele que, no País, temos denominado de *persuasão racional* ou de *convencimento racional*, conforme se observa em MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio-SP: Forense, 1976, vol. IV, p. 20. Cf., também, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. I, p. 450. Recentemente, ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. IV, p. 8.

⁴⁸ *Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba*, em *Revista de Processo*, 88/209-227, esp. 226.

⁴⁹ *Revista cit.*, p. 216.

LANDONI SOSA, os quais permitem inferir, com segurança, a possibilidade de utilização da 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 compreendem, inacusavelmente, no campo da prova, o cuidado com a sua realização, seja por quem for. O princípio da solidariedade preside o processo civil moderno, inclusive o nosso.

O art. 129 reforça a idéia de coibição à improbidade no processo, igualmente, o art. 130, *in fine*.

Duas regras, porém, parecem alcançar um relevo desigual. Refiro-me às abrigadas pelos arts. 130⁵⁰ e 339, aquele a conferir poderes de direção material do processo ao juiz, inclusive com iniciativa em matéria probatória, e esse a instituir largo dever de colaboração: *Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*⁵¹.

Não é preciso ir adiante, posto que se o fôssemos esbarraríamos com várias outras regras denunciadoras de que infensa não é a legislação processual civil brasileira às ditas modernas teorias.

O que parece inegável, a estas alturas da história do processo civil, é que não mais se pode estabelecer aprioristicamente a própria distribuição do encargo de provar. E uso conscientemente o termo *encargo*, com o objetivo de fazer realçar o que MORELLO denomina de “uma conciliação funcional mais intensa entre os deveres e os ônus, no sentido de comunhão de propósitos, mas com um desdobramento mais afinado de seus conteúdos (...)”⁵².

7 - À GUIZA DE CONCLUSÃO

Este rápido passeio pelo preocupante assunto do ônus da prova tem como objeto, não o de convencer, senão que o de estimular os estudiosos em geral a uma meditação, uma revisão crítica e uma interpretação sistemática.

⁵⁰ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA tem examinado, em diversos trabalhos, a questão da iniciativa do juiz em tema de prova, preocupado não apenas com o que está assentado na lei, senão que, também, com a ausência de aplicação mais ampla do disposto pelo art. 130 do CPC, assim como da colaboração entre partes e juiz. Cf., v.g., *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo*, em *Temas de Direito Processual Civil - Terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984; *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos: Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, *Sobre a participação do juiz no processo civil*, em *Temas de Direito Processual Civil - Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989.

⁵¹ *Hacia una vision solidaria de la carga de la prueba*, na *ob. cit.*, à p. 64.

O art. 333 do CPC não pode ser examinado isoladamente (como poucos dispositivos legais o podem ser de resto), mas em conjunto com as demais regras – e sobretudo considerados os princípios que informam o processo civil na sua feição atual, menos individualista e mais solidária.

A regra assentada naquele artigo deve ser vista como o derradeiro método⁵² de solução de pendenga judicial em sistema de direito positivo, como o nosso, em que a iniciativa judicial se impõe. O processo brasileiro se desenvolve por impulso do juiz (art. 263 do CPC), a quem se confere poderes de iniciativa em tema de prova (art. 130 do CPC).

É, assim, verdadeiro dever do juiz o comportar-se com dinamismo. Não se lhe pede que realize pela parte a prova, mas seguramente que envie todos os esforços para que o litígio se resolva 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 amíde, 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 indicare debet secundum allegata et probata a partibus* deve ser substituída pela seguinte: *judex indicare 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.

⁵² "As regras sobre o ônus da prova constituem a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir" – ensina o Prof. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Ob. cit., p. 88).

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).

MANDADO DE SEGURANÇA E A INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA

Gelson Amaro de Souza

Mestre em Direito
Professor de Direito Processual
Procurador do Estado aposentado
Advogado em Presidente Prudente/SP

Sumário: 1 – Noções preliminares; 2 – Da indicação da autoridade coatora; 3 – Carência da ação; 4 – Indicação errônea da autoridade coatora; 5 – Consequências da indicação errada da autoridade coatora; 6 – Indicação errada e carência da ação; 7 – A petição inicial do mandado de segurança; 8 – Indicação equivocada e inépcia da inicial; 9 – Diferença entre carência da ação e defeito da inicial; 10 – Conclusão.

1 – NOÇÕES PRELIMINARES

A questão relacionada à parte passiva no mandado de segurança vem de longe e pelo que se percebe não será solucionada proximamente. Se a parte passiva é a autoridade apontada como coatora e/ou se é a Pessoa Jurídica de Direito Público à qual está vinculada a autoridade coatora ainda permanece sob discussão e certamente levará ainda muito tempo para chegar-se a uma unanimidade.

Em épocas mais remotas, predominava o entendimento de que a parte passiva na ação especial de mandado de segurança era a própria autoridade apontada como coatora. Com o passar dos tempos, começaram a surgir novos pensamentos e nestes apareceu o entendimento de que em ação de mandado de segurança a parte passiva é a Pessoa Jurídica à qual está vinculada a autoridade ou em nome do qual se pratica o ato coator.

A questão em saber qual é a parte passiva na ação de mandado de segurança, se é a autoridade coatora ou se é o Órgão Público para o qual atua a autoridade coatora, é de relevante importância para a verificação e identificação de vários fenômenos, tais como litispendência, coisa julgada, legitimidade passiva, competência, entre outros.

Nada obstante os entendimentos mais antigos que apontam no sentido de que a autoridade coatora é que é a parte passiva no mandado de segurança atualmente, são inúmeros os autores que já manifestaram entendimento de que a parte passiva é a Pessoa Jurídica de Direito Público em nome da qual o ato foi praticado¹.

¹ SOUZA, Gelson Amaro de. *Parte passiva no mandado de segurança*. RT 763, p. 115; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade e o sujeito passivo do mandado de segurança*. São Paulo : Editora RT, 1991; GRECO, Marco Aurélio. *Revista de Direito Processual Civil* 5/343, apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.* 39; SILVA, Aivaldo Perrone da. RT 682/260; GUSMÃO CARNEIRO, Aulos. *Revista Jurídica da Assembléia*