

Processo e Constituição

Estudos em homenagem ao Professor

José Carlos Barbosa Moreira



Caricaturado por

Luiz Fux

Nelson Nery Jr.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

© desta edição [2006]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite nosso site **0472**

www.rt.com.br

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo

São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil

[04-2006]

Atualizado até

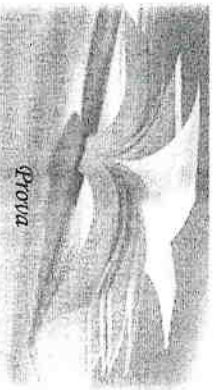
[02-2006]

ISBN 85-203-2891-1



Participam desta publicação

- Accácio Cambi
Ada Pellegrini Grinover
Adriano Perácio de Paula
Antonio Janyr Dall'Agnol Junior
Araken de Assis
Arruda Alvim
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Carlos Alberto de Salles
Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá
Carmen Tiburcio
Cássio Mesquita Barros
Cássio Scarpinella Bueno
Castro Filho
Cláudio Cintra Zorzi
Daniilo Kirjnik
Eduardo F. Ricci
Edson Ribas Malachini
Eduardo Cambi
Eduardo Talamini
Evaristo Aragão Santos
Fabrício Carvalho
Fátima Nancy Andrichi
Fernando Sacco Neto
Flávio Luiz Yarsheli
Francisco Glauber Pessoa Alves
Frede Didier Jr.
Galeno Lacerda
Gilson Delgado Miranda
Gisele Heloisa Cunha
Gisele Santos Fernandes Côas
Gleydson Kleber Lopes de Oliveira
Gustavo de Medeiros Melo
Henrique Fagundes Filho
Horácio Wandertini Rodrigues
Ilaio Augusto Andolina
Izabela Rucker Curti
Izabelle Albuquerque Costa Maia
J. E. Carreira Alvim
João Batista Lopes
José Alexandre Manzano Otiani
José Carlos Baptista Paoli
José Miguel Garcia Medina
José Roberto dos Santos Bedaque
Leonardo Ferraz da Silva Ribeiro
Leonardo José Carneiro da Cunha
Luigi Paolo Comoglio
Luís Roberto Barroso
Luiz Fernando Bellinati
Luiz Fux
Luiz Guilherme Marioni
Luiz Manoel Gomes Junior
Luiz Paulo da Silva Araújo Filho
Luiz Rodrigues Wambier
Manoel de Souza Mendes Junior
Marcelo Lima Guerra
Marcos Afonso Borges
Maria Elizabeth de Castro Lopes
Maria Elizabeth Queijo
Maria Lucia L. C. de Medeiros
Mario Villani
Maurício José Nogueira
Milton Paulo de Carvalho
Nelson Nery Jr.
Patrícia Gomes Teixeira
Patrícia Miranda Pizzol
Paulo César Pinheiro Carneiro
Paulo Henrique dos Santos Lucon
Paulo Hoffmann
Pedro J. Bertolino
Pedro Miranda de Oliveira
Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos
Roberto Omar Berzoina
Robson Carlos de Oliveira
Rodolfo de Camargo Mancuso
Rodrigo Barioni
Rogéria Dotti Doria
Ronald Brites de Carvalho Dias
Rosa Maria de Andrade Nery
Samuel Gilbert Martins
Sérgio Cruz Arenhart
Sérgio Ferraz
Sérgio Gilberto Porto
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Sérgio Shimura
Sidnei Agostinho Beneti
Sidney Palharini Júnior
Teresa Arruda Alvim Wambier
Victor Farin Guillén
William Santos Ferreira
Willis Santiago Guerra Filho



AS (PERIGOSÍSSIMAS) DOUTRINAS DO "ÔNUS DINÂMICO DA PROVA" E DA "SITUAÇÃO DE SENSO COMUM" COMO INSTRUMENTOS PARA ASSEGURAR O ACESSO À JUSTIÇA E SUPERAR A PROBATIO DIABOLICA

DANILO KNUJNIK*

SOMARIO: 1. A importância do direito probatório – 2. A proibição de restrições ocultas à garantia de acesso útil ao Poder Judiciário – 3. A aplicação não-conforme à Constituição Federal do art. 333 do CPC – 4. A dinamização do ônus probatório – 5. A legitimidade da teoria do ônus dinâmico perante o direito brasileiro – 6. A doutrina do senso comum – Conclusões.

1. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO

De um ponto de vista histórico, a doutrina processual vislumbra três sistemas de avaliação das provas – íntima convicção, prova legal e persuasão racional –, enaltecendo-se, viade regra, a excelência do último, fundado que é na liberdade do julgador. Afirma-se, inclusive, que "prova é liberdade" e que, "sem liberdade, não há prova".¹

Nesse sentido, o clássico Nobili registrava, com inerte acerto, que "a justiça não tem outro instrumento e outro órgão, senão o homem mesmo; logo, é necessário pesquisar a verdade, mais no convencimento de seu espírito, do que em deduções extraiadas de regras definidas na lei".² E, de nossa parte, artiscamo-nos a afirmar que dificilmente se poderá conceber sistema mais próprio que este, fundado na razão, tino e inteligência do julgador. Assim prescrevem nossas leis de processo, declarando que o juiz formará "sua convicção pela livre aprecação da prova"³ e apreciará "livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias con- stantes dos autos".⁴

* Mestre pela UFRGS. Doutor pela USP. Professor do programa de pós-graduação em Direito da UFRGS, Advogado.

- 1 SENTISMELENDO, Santiago. *Lapruéba*. Buenos Aires: EJEA, 1979, p. 29.
- 2 NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento*. Napoli: Giuffrè, 1974, p. 206.
- 3 Art. 157 do CPC.
- 4 Art. 129 do CFC.

Sem embargo, não se podem fechar os olhos à experiência, da qual se extrai que nem tudo é perfeito no âmbito do princípio da livre convicção do magistrado. Pode até ser trivial, mas o que "para uns é claro, para outros é incompreensível, e o que a uns parece justo, a outros, injusto",⁵ e por aí se insinuam, ao lado dos benefícios, certos ônus do princípio, como, por exemplo, o risco do subjetivismo, circunstância que levou alguns juristas a defenderem a "necessidade de ser prescrito, pela lei, o maior número de regras para a investigação da verdade através das provas, para se subtrair aos juízes, quanto se possa, a possibilidade de errarem e de proferirem decisões menos justas".⁶

Que o imprevisível desenvolvimento do processo pode levar a um resultado disforme da situação jurídica substancial é uma constatação até mesmo banal, sendo que os equívocos podem derivar "de um erro decisorio ou dos infinitos acidentes que são disseminados na vida do processo (a mentira de uma testemunha, a falsidade de uma perícia, a impossibilidade objetiva de fornecer a prova)".⁷ Diante disso, o sistema e o aplicador devem estar condicionados à evitação do erro, mormente em se tratando da análise da prova.

- 5 NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. São Paulo: Servanda, 2000, p. 38.
- 6 Idem, p. 38.
- 7 CORDERO, Franco. *Il giudizio d'onore*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 76.

Cavallone, por exemplo, referiu-se a um uso "aberrante que nossa jurisprudência faz do princípio do livre convencimento, excluindo a existência de garantias racionais na formulação do juiz de fato".⁸ E, exagerada ou não a contumelente assertiva, certo é que "as leis e jurisprudências de todas as épocas e de todas as nações têm estabelecido preceitos e regras que servem de luz aos juízes, a fim de que as suas decisões sejam o menos arbitrárias possível e o mais conformes com a justiça e com a verdade".⁹

Porém, "o tema da prova constitui um dos temas aprofundados pela ciência do direito e, não obstante, o estudo da prova é um dos mais interessantes e frutíferos do direito processual, enquanto que não apenas constitui a essência do processo, mas abarca com maior ou menor influência todo o âmbito do processo".¹⁰ Vê-se, pois, a enorme responsabilidade do jurista, ao lidar com os fenômenos do direito probatório, de resto altamente problemáticos.

2. A PROIBIÇÃO DE RESTRIÇÕES OCULTAS À GARANTIA DE ACESSO ÚTL AO PODER JUDICIÁRIO

Essa importância está consagrada já na própria Constituição Federal, que assegura o acesso à justiça (art. 5.º, XXXV), o contraditório, a ampla defesa (LV) e o direito à prova lícita (LIV e LVI). Nesse sentido, o denominado "direito de agir em juízo" não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou simplesmente em movimentar a máquina judiciária, compreendendo, isto sim, uma "atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem (...), envolvendo conteúdos ativos e positivos",¹¹ dentre os quais avulta um procedimento probatório adequado.

Nesse diapasão, eventual vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova disponibilizados aos litigantes pode caracterizar-se como aplicação institucional de normas processuais civis, por redundarem na chamada inutilidade da ação judiciária. Nesse sentido, anotou Tosj que uma das formas de negar-se acesso à jurisdição – flagrantemente contrária à Constituição Federal – ocorre quando "se impede

ao interessado de valer-se dos instrumentos de prova garantidos em geral à quem é parte em juízo", argumento que teria levado a Corte Constitucional italiana a declarar a inconstitucionalidade de certas limitações do direito à prova em litígios contra o fisco, por serem "ilegítimas aquelas normas que estabelecem limitações probatórias em relação a somente uma parte do processo, quando não haja para tanto justificação racional e de direito substancial".¹² Assim, a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta¹³ à garantia de acesso útil à justiça.

3. A APLICAÇÃO NÃO-CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO ART. 333 DO CPC

Essa perspectiva conduz-nos a certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5.º, XXXV, da CF:

Com efeito, o direito brasileiro, na esteira da maioria das legislações da *civil law*, utiliza-se de critério fixo para distribuir o ônus probatório, como se sabe o *ultimum refugium* para evitar o *non liquet*. Assim, conforme disposto no art. 333 do CPC, "o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". Em contexto tal, "a consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo)",¹⁴ distribuindo-se deste modo as cargas de prova.

O dispositivo em análise, vale recordar, consagra a chamada teoria das normas, cujo postulado repousa na "técnica de descobrir a repartição do *onus probandi* na sintaxe da lei".¹⁵ Desimportando

- 8 CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: Cedam, 1997, p. 396.
- 9 NEVES E CASTRO, Op. cit., p. 38.
- 10 SIERRA DOMÍNGUEZ, Apud BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 15.
- 11 DITTRICH, Lotario. *I limiti soggettivi della prova testimoniale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 53.
- 12 TOSI, Loris. *La predeterminazione normativa nell'imposizione reattiva*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 153.
- 13 A expressão "violación oculta" é tomada de empréstimo, aqui, a Marco Gambardella. *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 158-161, que a define em relação à retroatividade, como "um conjunto heterogêneo de situações em que o caráter absoluto do princípio de irretroatividade é diminuído, já que de modo não explícito este é derogado".
- 14 Dall'AgnoI Junior, Distribuição dos ônus probatórios, RT 788/93, jun. 2001, num dos belos e precurosos estudos a respeito do assunto no direito brasileiro.
- 15 MURIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundada mentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 51.

as consequências daí advindas quanto à maior ou menor dificuldade de provar, juízo que o Código reservou, exclusivamente, para as convenções ou contratos probatórios (art. 333, parágrafo único, II).¹⁶ Assim, o legislador reputa "nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando *tomar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*".¹⁷

Logo, pela letra da lei, distribuição probatória que tome excessivamente difícil o "exercício do direito" poderá ser controlada pelo juiz, caso esta-belecida em convenção. Fora disso, em tese deveria prevalecer a visão tradicional, segundo a qual "a incidência do art. 333 do CPC orientar-se-ia inex-orável, essencial, porque de resolução em abstrato, sem consideração para com o caso concreto".¹⁸

Contudo, o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça. Em outros termos, em inúmeros casos, verifica-se que também a aplicação das regras consagradas no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, II.

Pe-se em debate, assim, o problema de saber se a regra capitulada no inc. I do parágrafo único do art. 333 do CPC (mitigação do ônus da prova em face de *probatio diabolica*) é também aplicável às hipóteses dos incs. I e II de seu *caput* (regras legais do ônus probatório).

4. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Acelosão de resultados indesejáveis, quando da aplicação do *caput* do art. 333 do CPC, tem sido considerada pelos processualistas de longa

data, já o processo civil romano clássico intentou obviar a chamada *probatio diabolica* por meio da ação publiciana.¹⁹ Em síntese, questiona-se, fundamentalmente, se a regra em análise é fixa ou pode admitir aplicação móvel; se pode alterá-la o juiz, no caso concreto, afirmando-se iniqua sua aplicação, ou seja, quando tornar "excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito".

A discussão é antiga. Rosenberg afirmava pe-remporriamente que as regras sobre o ônus da prova deveriam ser fixas e prévias em nome da segurança jurídica. Para o autor, "o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence ao fundamento das exceções", pois "a regulação do ônus da prova deve fazer-se mediante normas jurídicas cuja aplicação deve estar submetida à revisão pelo tribunal correspondente, e esta regulação deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz (...). Uma distribuição livre do ônus da prova não é a liberdade com que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é um postulado de segurança jurídica".²⁰

Tal imobilidade tem por premissas um processo civil liberal, tanto que justificada por Rosenberg nos termos seguintes: "assim o quer a finalidade do processo civil: por mais que procure avertigar a verdade, mais do que isto o que importa é esta-belecer e assegurar a paz jurídica, eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes",²¹ distribuído-se clara a sintonia entre a fixidez da distribuição do ônus probatório e a idéia de que o escopo da jurisdição é apenas pacificar (e, não, como modernamente se entende, pacificar com justiça²²).

Por isso, não espanta que a defesa da eventual mobilidade dessas mesmas regras tenha premissas

substancialmente diversas, em especial a idéia segundo a qual "o processo judicial não pode seguir aplicando regras inflexíveis sobre a auto-responsabilidade probatória",²³ argumento a final assente em outros setores do processo civil, como, por exemplo, no âmbito dos poderes instrutórios do juiz.²⁴

É sob tal pano de fundo, para fazer frente à eventual iniquidade a que a aplicação do art. 333, *caput*, do CPC poderia conduzir, que se insinuou a teoria do ônus dinâmico da prova, "uma nova doutrina que tratou de flexibilizar a rigidez em que haviam incidido as regras sobre o ônus da prova e a consequente dificuldade que sua aplicação apresentava em certos casos".²⁵

De fato, parte-se da compreensão segundo a qual a regra consagrada no art. 333 do CPC estabeleceu uma distribuição estática do ônus probatório, construída em atenção à sintaxe da norma e independentemente das circunstâncias do caso concreto, o que não excluiu, porém, a distribuição dinâmica, na qual haveria um "giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, em que o mesmo é visto da perspectiva da finalidade do processo e do valor justa, e não sob o ângulo do mero cumprimento de formas processuais abstratas".²⁶ Não resta dúvida de que a construção em análise pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo.²⁷

23 TORRES, Carlos Bernardo Medina. *Pruebas en derecho comercial*, 3. ed. Bogotá: Legis, 2004, p. 26.

24 V., sobre isso: MATTOS, Sérgio Luis Weitzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92 e ss.

25 WHITE, Inés Lepori. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge. *W. Cargas probatorias dinámicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 60 e ss.

26 RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge. *W. Cargas probatorias...*, cit., p. 33 e ss.

27 Ainda persiste controversa a questão de saber se vigora, no processo civil, um próprio e verdadeiro dever geral de verdade: "a questão do dever de dizer a verdade (também muitas vezes designada pela forma negativa de proibição de falsas alegações) é das matérias mais discutidas na ciência processualística", sendo "inúmeros os estudos e as investigações que na doutrina estrangeira abordam o tema do dever de dizer a verdade" (SOARES, Lusio. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 169).

Todavia, parece certo que o direito brasileiro tende a configurar, em seu limite máximo, a existência do dever de colaboração e revelação da verdade (art. 14, I, do CPC). Outrossim, não se pode desconhecer, como

A propósito, a teoria tem encontrado duas ordens de fundamentação. Com efeito, de um lado, pode-se derivar o ônus dinâmico do princípio da igualdade das partes em bases materiais. Sobre isso, leciona Inés Lepori White que, "muitas vezes, este ideal [de igualdade] não se alcança quando as partes que são beneficiadas por ele não se encontram em igualdade de condições",²⁸ por isso que "a aplicação da doutrina em exame pressupõe uma situação de desigualdade. Desigualdade que (...) deve ser transcendente em relação às possibilidades probatórias. Uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas diante de outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la",²⁹ como, por exemplo, dá-se com os erros cirúrgicos, em que o paciente está inclusive anestesiado no curso dos acontecimentos depois introduzidos no processo.^{30, 31}

Outra ordem de fundamentação radica nos deveres de lealdade e colaboração das partes, ou seja, no "dever que as partes têm de conduzir-se com lealdade no processo, probando e boafé, no dever de colaborar entre si para desentranhar a verdade dos fatos e no dever de cooperar para com o órgão jurisdicional, para averiguar como ocorreram os fatos para que o

bem anota Carlos Alberto Alvarado Oliveira, que, no processo contemporâneo, "recupera-se assim o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e dese com as partes, segundo as regras formais do processo" (A garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1997, p. 137).

28 WHITE, Inés Lepori. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge. *W. Cargas probatorias...*, cit., p. 65.

29 BARBERIO, Sérgio José. *Cargas probatorias dinámicas*: que se debe probar que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge. *W. Cargas probatorias...*, cit., p. 105.

30 Mas a teoria também pode recolher outras situações derivadas do comportamento extraprocessual das partes. Nesse sentido, pense-se em ação aforada no último dia do prazo prescricional, em situação de *vincit contra factum proprium*, quando, para o réu, sejam inalcargáveis as provas outora disponíveis. Nesse caso, parece legítimo redistribuir o ônus, a partir da impossibilidade imposta ao demandante diante do comportamento da outra parte.

31 Assim, por exemplo, decidiu o STJ: "Responsabilidade civil. Médico. Culpa. Prova. Não viola regra sobre a prova o ocorrido que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus (...). Inexistência de ofensa à lei e divergência não-demonstrada. Recurso especial não conhecido" (STJ, 4.º T., Resp. 69.309/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

juiz possa ditar uma sentença justa”,³² observando-se, é claro, que ninguém pode ser compelido a produzir prova *contra se*.³³

Nessa constelação, ônus estático e dinâmico parecem representar dois pontos de partida diversos, ao mesmo tempo válidos, na distribuição da prova. No primeiro, o critério é a natureza do fato a ser provado (constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo), a despeito de quem se encontre em melhores condições de fazê-lo; no segundo, as possibilidades de oferecer a prova do fato, segundo a posição dos litigantes no episódio, o acesso às provas relevantes ou algum comportamento que tenha inviabilizado a prova pela parte onerada.

Convido, a ideia de um ônus dinâmico não afasta, *de per si*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiu o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico

entruaria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzir a uma *probatio diabólica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdicção.

A propósito, bem anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”.³⁴ Tal ensinamento pode muito bem fornecer as bases para a relativização do art. 333 do CPC.

Tendo em vista os objetivos do ônus dinâmico, alguns autores optam, de outra banda, por aludir a uma “teoria da facilidade probatória”, combinando as tradicionais regras com a ideia de uma *favor probatorius*: “se bem que é certa a vigência da conhecida regra *incumbit probatio*..., a mesma não tem um valor absoluto e axiomático, matizando a moderna doutrina o alcance do princípio do ônus probatório, no sentido de que incumbe ao autor a prova dos fatos normalmente constitutivos de sua pretensão (...) e, finalmente, que a norma distributiva da carga da prova não responde a um princípio inflexível, senão que se deve adaptar a cada caso, segundo a natureza dos fatos afirmados ou negados e a disponibilidade ou facilidade para provar que cada parte tenha”.³⁵⁻³⁶

34 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66.
35 CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad civil médica*. Madrid: Aranzadi, 2005. p. 131.
36 Combasse no *favor probatorius*, veja-se Ag 70013615687, 14.ª Cam. Civ. do TJRS, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, verbis: “A instituição financeira está obrigada à exibição do contrato celebrado entre as partes, bem como dos extratos relativos à relação contratual *sub iudice*, ante o princípio da carga dinâmica da prova. Exceções arts. 6.º, VIII do CDC, 355 e 381 do CPC”. No mesmo sentido: TJRS, 9.ª Cam. Civ., ApCiv 599306537, rel. Des. Maria Larsen Chelchi. (“...”) Princípio da carga dinâmica da prova. Nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento (...). TJRS, 9.ª Cam. Cível, ApCiv 70005145378, rel. Des. Adão Cassiano. (“...”) Independentemente da inversão do ônus da prova com base no CDC, deve-se naturalmente aplicar o princípio processual da carga dinâmica da prova, de modo a imputar o ônus respectivo àquele que está em melhores condições de realizar a prova. (...).”

Foi assim que doutrina e jurisprudência passaram a vislumbrar dois pontos de partida para a solução de um mesmo problema, qual seja, a fixação das regras sobre o ônus probatório.

5. A LEGITIMIDADE DA TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO

Vistos, lado a lado, ambos os enfoques, urge questionar: seria legítima, no direito brasileiro, a teoria do ônus dinâmico? E, caso afirmativo, em que termos e condições?

A resposta ao primeiro questionamento parece-nos positiva, a começar pela circunstância de que o direito brasileiro, de há muito, reconhece ao juiz iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não havendo porque essa mesma igualdade não se refletir no plano do ônus probatório.³⁷

Há, porém, limites imanentes à dinamização afirmada, materiais e formais.

Com efeito, de um lado, faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em *posição privilegiada*. José Barbero, a propósito disso, questiona: “o que implica estar em melhores condições de produzir prova?”. A seguir, responde que tal pressuposto configura-se quando o “sujeito a quem se atribui a carga probatória revisa uma posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controversia, por estar de posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria”.³⁸ É o caso típico do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia.

Esse limite material, porém, deve sofrer rigoroso escrutínio processual: o ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recaí sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma. Assim, “não bastará sustentar ou provar que uma parte se encontra em melhor posição para a produção da prova se, assim mesmo, não se tiver evidenciado que quem o invoca não tem modos de produzi-la”.³⁹ Em outros termos, continua em vigor o *ultimum refugium* previsto no art. 333 do CPC.

Outras duas circunstâncias devem ser consideradas: a inviabilização da prova (i) *por fato culposo da parte contrária* ou (ii) *por violação dos deveres de cooperação por um dos litigantes*.

No primeiro caso, pode-se convocar a dinamização do ônus, atendendo-se par as circunstâncias do caso (no sentido de evitar a criação de uma *probatio diabólica reversa*), sendo digno de nota que a doutrina inclusive autoriza o juiz a hieralmente inverter o ônus probatório.⁴⁰⁻⁴¹

Já no segundo caso, convém distinguir: se a desobediência aos deveres de cooperação apenas *dificultou*, mas não *impediu* a produção da prova pela parte onerada, ou seja, se a recusa a colaborar visa dificultar a posição da outra parte na produção da prova, a solução parece estar na cominação das sanções por comportamento processual impróprio; porém, se a recusa inviabiliza a produção da prova, novamente se está no campo próprio da dinamização, passando-se da mitigação do ônus (*sic quae difficultatis sunt probatorius leviores probationes admittuntur*) à inversão propriamente dita,⁴² solução de que o Código Civil brasileiro ocupou-se *incidenter tantum*, ao

37 Nessa ordem de ideias, a *teoria da carga dinâmica* combina-se com o fundamento normalmente adotado para atribuir ao juiz iniciativas probatórias que a rigor não se compadeceriam com a aplicação estática do art. 333 do CPC. Se se pode afirmar que “a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça” (STJ, 3.ª T., AgRg no REsp 738.576/DF, rel. Min. Nancy Andrighi), o mesmo se poderia dizer relativamente ao ônus de produzir prova a ser atribuído, no processo, pelo juiz.

38 BARBERO, Sergio José. *Cargas probatórias dinâmicas: que se deve provar e quem pode provar?* In: PEVRANO, Jorge. *W. Cargos probatorias...*, cit., p. 101.

39 Idem, p. 104.

40 Cf. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *Ônus da prova no processo civil*. Coimbra, Almedina, 2000. p. 182 e ss.

41 No que se refere à prova documental, o art. 359 I do CPC determina que “o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (I) se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357”, daí por que já se decidiu que “eventual extratavo ou inchecamento de parte dos documentos autoriza o reconhecimento da incidência do art. 359 I do CPC” (TJRS, 17.ª Cam. Civ., ApCiv 70010648103, rel. Des. Alexandre Mussol Moreira).
42 Nesse sentido, Lopes do Régio, apud Rui Manuel de Freitas, op. cit., p. 184.

de um artefato cirúrgico no corpo do paciente (um bisturi, por exemplo).⁵⁸ Isso se mostra possível “quando a negligência do profissional ocorreu de uma maneira tão evidente, que a prova pericial é desnecessária”.⁵⁹

Seja, porém, consignado: trata-se de perigosíssima doutrina, a exigir enorme cautela e uma fundamentação apurada, especialmente no âmbito do erro médico e da responsabilidade civil como um todo: “a prática da medicina não é uma ciência exata. Os procedimentos médicos modernos e as medicações implicam riscos inerentes. A doutrina da *res ipsa loquitur*, às vezes, ameaça com responsabilidade ocorrências inexplicáveis que tenham causa inocente”.⁶⁰ É dizer, “a doutrina do senso comum deve ser reservada para casos nos quais é totalmente óbvio, para um julgador leigo, que o dano foi resultado da negligência profissional”,⁶¹ construção que, entre nós, pode ser facilmente deduzida do art. 335 do CPC, ou seja, pelas máximas de experiência do que ordinariamente acontece.⁶²

58 Nesse sentido, em *Laws v. Harter*, 534, S.W. 2d., segundo o qual o esquecimento de um objeto no corpo do paciente constitui-se em prova da culpa *per se*.
59 BOUMIL, Marcia. *The law of medical malpractice*. Minnesota: West Pb., 1995, p. 44.
60 KING, Joseph. *The law...*, cit. p. 113.
61 BOUMIL, Marcia. *The law...*, cit. p. 46.
62 Coube a Stein, em obra de 1893, enunciar o conceito – consagrado como verdadeira norma de sobriedade processual pelo CPC. Seguindo as considerações do citado autor, o juiz, em todos os casos, depara-se com afirmações a respeito de um fato em relação ao qual se impõe um juízo, uma reflexão. Até mesmo a testemunha mais confiável exige do julgador a formulação de uma estrutura de raciocínio em que uma máxima da experiência é aplicada. Dai dizer Stein que os juízos fácticos são sempre o resultado de uma conclusão que nunca pode falar, conclusão que usa de premissas maiores (por exemplo, a testemunha prova diz a verdade: essa testemunha disse “x”, logo “x” ocorreu). Essas premissas são as máximas da experiência, na sua maioria teses hipotéticas que expressam o que é esperável diante de certas ocorrências; previsões, a que se chega pela indução de inúmeros casos particulares, mas que não se vinculam a nenhum caso em especial. Nos dizeres do autor, “são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos casos individuais julgados no processo, procedentes da experiência e independentes dos casos particulares que foram observados, e que abrangem ter validade para outros novos casos” (STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramón Areces, 1990, p. 22).

É mister, porém, registrar que a só circunstância de sobrevirem danos significativos não autoriza, *ipso facto*, aplicar-se a doutrina do senso comum,⁶³ destacando-se, dentre outros, dois requisitos fundamentais: *primero*, a existência de um dano

causado em razão de algo que está sob o controle exclusivo do réu; *segundo*, a superveniência de danos incompatíveis com uma operação cuidadosa da coisa sob a posse deste.⁶⁴ Nesse sentido, o STJ afastou a tese segundo a qual “a responsabilidade pela reparação dos danos sofridos pelo paciente surge da comparação entre a situação física anterior à cirurgia e a dela decorrente, presumindo-se a culpa, à míngua de outra causa excludente”, já que isso implicaria “decorrer a responsabilidade do médico de obrigação de resultado, quando, na verdade, a doutrina dominante caminha em sentido contrário, ou seja, a obrigação é de meio, resolvendo-se no campo da subjetividade, na comprovação de culpa (imperícia, negligência ou imprudência) que, se não caracterizada, impede o reconhecimento do dever de indenizar”.⁶⁵

Dai por que, não obstante legítima a doutrina do senso comum à luz do art. 335 do CPC, sua aplicação deve ser reservada para casos excepcionaisíssimos.

CONCLUSÕES

Em conclusão, a doutrina do ônus dinâmico é legítima perante o direito brasileiro, nos casos em que a aplicação estática do art. 333, I e II, do CPC se revele desconforme à Constituição Federal, acarretando a inutilidade da ação judicial e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário. Em isso ocorrendo, deve-se aplicar ao *caput* do art. 333 do CPC seu parágrafo único, inc. II, dinamizando, pois, o ônus probatório.

São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em *probatio diabolica*, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controverso, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes.

63 Cf. CARPENTER, Charles. The doctrine of *res ipsa loquitur*. *The University of Chicago Law Review*, v. 520, ano 1, p. 1.933-1.934, p. 519.

64 Idem, p. 520. O autor arroia igualmente como pressuposto da teoria a inexistência de uma ação voluntária do réu, tendente a causar o dano, porque, logicamente, nesse caso, estaria provado inclusive o dolo.

65 STJ, 4.ª T., Resp. 196.306/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves.

res. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.

A teoria tem por limite a configuração de uma *probatio diabolica* reversa, sendo que, do ponto de vista formal, exige prévia e fundamentada decisão, facultando-se a produção de prova à luz desse

pressuposto, para acautelar as partes dos perigos inerentes à sua aplicação e como um postulado de segurança jurídica.

De resto, não se há confundir a teoria do ônus dinâmico com a doutrina senso comum. Enquanto a primeira opera no plano do art. 333, *caput*, do CPC, a segunda opera no âmbito dos arts. 131 e 335 do mesmo Código, ou seja, diretamente no plano da valoração das provas.