



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LÍVERSON AGUIAR SENRA DELGADO

**O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA NO
PROCESSO CIVIL**

JUIZ DE FORA/MG

2008

LI 004
110 00034

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

LÍVERSON AGUIAR SENRA DELGADO

**O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA NO
PROCESSO CIVIL**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos-
UNIPAC , como exigência para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Aloysio Libano de Paula Júnior

JUIZ DE FORA/MG

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

LIVERSON AGUIAR SENRA DEGGADO

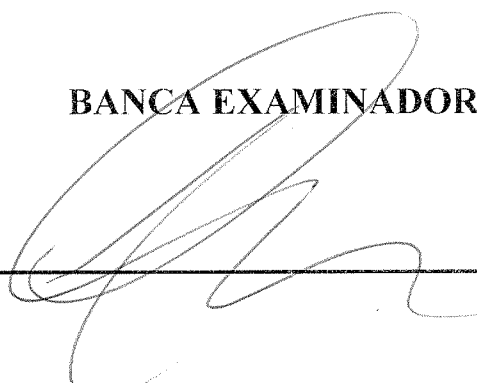
Aluno

O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA
NO PROCESSO CIVIL.

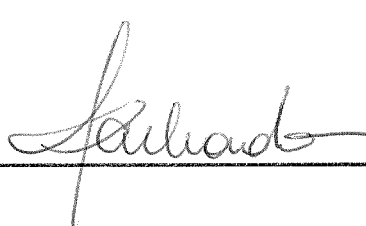
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA



Laura B. Vieira



Aprovada em 02 / 12 / 2008.

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Francisco Senra Delgado (in memorian) e
Ana Vilma Delgado, por serem a razão da
minha existência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter nunca ter me deixado desamparado, por ter me abençoado durante meu curso, por ter me encorajado para os desafios e me dado vitória nas batalhas enfrentadas.

Agradeço também aos meus familiares, principalmente a minha mãe Ana Vilma e a minha irmã Lucélia, pois sem elas esta tarefa não seria possível.

Agradeço a todos os professores que se empenharam em nos passar seus conhecimentos e principalmente ao meu orientador, Prof. Aloysio, pela dedicação não só às aulas ministradas, mas também no processo de orientação deste trabalho.

Igualmente, estendo os meus agradecimentos à Coordenação pelo empenho em atender as necessidades do curso, aos funcionários da secretaria e biblioteca pela atenção, aos colegas do fórum de Lima Duarte, que me receberam muito bem em meu estágio colaborando para o meu amadurecimento.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que contribuíram e me incentivaram nesse caminho, às vezes fácil e outras vezes trilhado com muitas dificuldades.

RESUMO

O presente trabalho, tem o escopo de enfatizar a importância da aplicação do critério do ônus e sua inversão na solução dos litígios.

Além disso, ressaltar a importância da teoria da Carga dinâmica acerca da distribuição do *onus probandi*, onde o magistrado de acordo com o caso concreto, deve fugir à regra estática trazida pela lei, atribuindo o encargo de provar àquele que se encontra em melhores condições de assim proceder, impedindo que questões formais superem as questões de fundo.

Palavras-chave:

Ônus, prova, processo civil, julgamento, carga dinâmica, verdade real.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. O ÔNUS DA PROVA.....	09
1.1. ETIMOLOGIA DA PALAVRA.....	09
1.2. CONVENÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA.....	11
2. PROVA DIABÓLICA.....	13
3. ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO.....	14
4. DIFEIRENÇA ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÃO	17
5. ORIGEM DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA	19
5.1. TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	20
6. RECEPCIONALIDADE DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	25
6.1. O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .	28
7. CONCLUSÃO	31
8. BIBLIOGRAFIA	33

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, a dissertação que ora se esboça, inserida na linha de pesquisa *Ônus da prova e a teoria da carga dinâmica*, da conclusão do Curso de direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos, buscará enfatizar a importância da aplicação do critério do ônus da prova no processo.

O processualista moderno é aquele preocupado com a efetividade do processo. Hodiernamente, fala-se que processo deve dar à parte aquilo e, exatamente, aquilo a que ela teria direito se a obrigação fosse cumprida de forma espontânea. Durante décadas luta-se em busca da garantia do acesso efetivo à justiça.

Qualquer que seja a decisão judicial, ela sempre se fundará em fatos. Sabe-se que o que orienta o processo é a busca da verdade real, pois a decisão judicial será tanto mais justa quanto mais se aproximar da realidade fenomênica.

Se a sociedade moderna deseja um processo justo e efetivo, ela deve se preocupar, e bastante, com o sistema probatório. Somente haverá uma abertura à ordem jurídica justa se houver possibilidade das partes de reconstruírem os fatos como eles realmente aconteceram.

O poder jurisdicional do Estado, exercido por meio do processo e provocado pela ação, tem por objetivo precípua alcançar a paz social. Quando ocorre um conflito intersubjetivo de interesses e este é levado à apreciação jurisdicional, o Estado deverá compô-lo, pondo fim à discórdia e restabelecendo, dessa forma, a tão almejada harmonia da vida em sociedade.

Para julgar, o órgão judicial precisa, de um lado, identificar a norma de direito aplicável ao caso concreto; e, de outro, reconstituir o fato (ou fatos) cuja existência as partes afirmam em suas alegações.

Pode-se dizer que a norma e o fato sempre constituem pontos de referência no processo mental do julgador.

O direito é de conhecimento do órgão judicial (*iura novit curia*) e, salvo exceções, não exige prova. Ao se defrontar com uma lacuna, obscuridade ou contradição do ordenamento jurídico, poderá, o juiz, afastá-las utilizando técnicas que lhe são conhecidas.

Os fatos ao contrário, quase sempre exigem prova para que o espírito do julgador se convença da sua existência.

Não formando o julgador, sua convicção sobre fato relevante do qual depende o desfecho do processo, a decisão da controvérsia é inafastável e deve ocorrer mesmo nesse caso, já que o juiz exerce o *munus* público por meio do qual o Estado objetiva alcançar relevantíssimos escopos.

Sendo as provas produzidas insuficientes para revelar o ocorrido, ainda assim, impõe-se ao juiz o dever de julgar, tendo em vista a vedação do *non liquet*.

Assim sendo, observa-se que o ônus da prova tem como essência precisa, a de autorizar o pronunciamento judicial (no mérito) em semelhante hipótese, indicando o conteúdo da decisão.

Sobre o tema, é extremamente relevante considerar-se a *teoria da carga dinâmica*, que em apertada síntese consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, e impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

Destarte, é de se notar que a flexibilização do ônus da prova, deve ser aplicada em casos de relações assimétricas ou fatos onde, não obstante seja o ônus, pela regra geral, carreado a uma das partes, esteja a parte *ex adversa* em melhores condições de produzir a prova. Cuida-se de prestigiar a verdade real também no processo civil, impedindo que questões formais superem as questões de fundo.

Portanto, tais questões em comento serão analisadas ao longo deste trabalho, mostrando a importância de se dinamizar as regras de aplicação do ônus da prova para a solução dos litígios.

Serão apreciadas as possibilidades de se convencionar a distribuição do ônus da prova entre as partes e os casos em que tais convenções são vedadas.

Além disso, será possível observar os casos em que o ônus de provar da parte será subjetivo, buscando-se esclarecer quem deverá provar e o quê deverá ser provado, e os casos em que o ônus se torna objetivo, em que as regras sobre este ônus são vistas como regras de julgamento pelo órgão jurisdicional.

Serão apontadas também, as principais diferenças entre ônus e obrigação.

Quanto à citada teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, veremos os casos que demonstram a sua recepionalidade no direito processual civil brasileiro, e no código de defesa do consumidor.

1. O ÔNUS DA PROVA

1.1. Etimologia da palavra:

Ônus deriva do latim *onus*, significando carga, peso.

Onus probandi tem como tradução o encargo de provar, no aspecto de necessidade de provar. Leia-se encargo no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do magistrado, no que tange aos fatos alegados.

Tema de principal enfoque deste trabalho, consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

No processo civil, tem forte influência o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Pode-se dizer que há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

O art. 333, fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira:

"Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I. ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II. ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O instituto do ônus da prova possui três princípios prévios:

- 1) O juiz não pode deixar de proferir uma decisão;
- 2) As partes possuem a iniciativa da ação da prova, ou seja, possuem o encargo de produzir as provas para o julgamento do juiz;
- 3) O juiz deve decidir segundo o princípio da persuasão racional, ou seja, segundo o alegado e comprovado nos autos e não segundo sua convicção pessoal.

Percebemos que os incisos I e II do Art. 333 do CPC instituem o ônus da prova para autor e réu, respectivamente.

Assim sendo, fatos constitutivos são os fatos afirmados na petição inicial pelo autor, cabendo-lhe prová-los. Em contrapartida, ao réu cabe provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Sobre o tema ensina o doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretense direito.

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo.¹

Diante do acima disposto, cabe destacar que para a correta aplicação do conflito de versões sobre o fato constitutivo do direito do autor, deve-se levar em conta que não é defesa indireta aquela em que o réu nega a veracidade do autor e indica outra versão para o fato invocado na petição inicial. Se o autor, por exemplo, afirma que seu veículo foi abalroado pelo do réu, e este contesta afirmando ter sido o veí-

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil" – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 464.

culo do autor que abalroou o seu, não se pode dizer que o contestante teria invocado fato extintivo ou modificativo do direito do autor. O promovente da ação continua com o ônus de provar que seu automóvel foi abalroado, para lograr êxito na ação intentada.

Na verdade, ao descrever o ocorrido de maneira diferente, o réu negou o fato constitutivo do direito do autor.

Para ter-se o fato extintivo ou modificativo que, segundo o art. 333, II, desloca o *onus probandi* para os réus, é necessário o confronto de dois fatos sucessivos: o primeiro, alegado pelo autor, e o segundo, que parte da aceitação do primeiro, mas desloca na defesa um evento superveniente, cujo efeito anula ou altera as consequências jurídicas do fato incontroverso apontado na exordial.

Deste modo, observa-se que havendo um simples conflito de versões para um só fato, o encargo de provar o fato constitutivo continua inteiramente na responsabilidade do autor, mesmo que o réu nada prove em sua versão.

Também neste sentido, leciona Humberto Teodoro Júnior: *"O importante é que o fato fundamental da causa de pedir não foi aceito pelo réu e, portanto terá necessariamente de ser comprovado pelo autor, nos termos do art. 333, I.²"*

1.2. CONVENÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Permite o CPC, no parágrafo único do art. 333, às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova mediante convenção, formada antes ou no curso do processo.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção, que distribui de maneira diversa o ônus da prova, quando: a) recair sobre direito indisponível da parte; b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O art. 51, VI, do CDC cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de uma norma que complementa o disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC, que expressamente permite negociação da distribuição do ônus da prova, limitando-a nos dois incisos previstos neste dispositivo. É como se houvesse um terceiro inciso no parágrafo

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 464.

único do art. 333 do CPC. Esse dispositivo não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor³.

³ NERY JR., Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 416.

2. PROVA DIABÓLICA

Trata-se daquela prova que é impossível, senão muito difícil de ser produzida, sendo a expressão encontrada na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.

Um bom exemplo deste tipo de prova é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo.

3. ÔNUS SUBJETIVO E OBJETIVO:

Alguns doutrinadores separam ônus subjetivo de objetivo.

Como já analisado anteriormente, pode-se afirmar em primeiro sentido, que o ônus da prova é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar. Este seria o chamado ônus subjetivo ou formal, segundo alguns autores. Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar o ocorrido. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar, afinal, vedado é o *non liquet*.

Daí dizer que, em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o ônus da prova objetivo (ou material).

Sobre tal entendimento elucida Alexandre Freitas Câmara:

A análise do ônus da prova pode ser dividida em duas partes: uma primeira, em que se pesquisa o chamado ônus subjetivo da prova, e onde se busca responder à pergunta "quem deve provar o quê?"; e uma segunda, onde se estuda o denominado ônus objetivo da prova, onde as regras sobre este ônus são vistas como regras de julgamento, a serem aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento de julgar a pretensão do autor⁴.

Acerca do tema também explica, BARBOSA MOREIRA:

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. "LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL". 16. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 415

... o desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).

E segue comentando o ônus objetivo:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido. (ônus objetivo ou material)⁵.

Diz-se, em síntese, que o ônus subjetivo é a regra de conduta para as partes, enquanto que o ônus objetivo é a regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência das provas produzidas, sendo este o último refúgio para se evitar o *non liquet*.

Questiona-se, contudo, a utilidade da distinção. Afinal, pouco importa quem no curso da instrução, produziu a prova trazida aos autos: se a parte que atendeu ao seu ônus, se a parte adversária ou mesmo o magistrado.

Neste sentido pondera Freddie Didier:

Não interessa uma análise subjetiva da prova, de qual sujeito se originou. Deve estar atento o juiz, ao final da instrução, para as provas que foram objetivamente produzidas, independente de quem as produziu, e aquelas outras que não o foram, para atribuir as consequências devidas àquele que não se desincumbiu do seu ônus⁶.

Na realidade, ao julgador é suficiente que se verifique se o resultado da instrução foi completo ou não. Se completo, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova. O magistrado não deve se ater ao aspecto subjetivo do ônus probatório, não importando quem foi o responsável pela produção da prova, se o titular do ônus de produzi-la ou, eventualmente, a contraparte. Uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarra daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo, é o que dispõe o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.74-75.

⁶ DIDIER JR. Freddie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2 Ed. PODIVM, 2008, p.73.

Por outro lado, se incompleto o resultado da instrução, ater-se-á ao caráter objetivo do ônus probatório, investigando qual das partes foi responsável pela sua incompletude, para que suporte os prejuízos da inexatidão fática que permaneceu nos autos.

Também neste aspecto dispõe Freddie Didier:

Importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o quê se provou e sua análise pelo magistrado.

E segue:

(...) A expressão "ônus da prova" sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais (regra de conduta); as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado (regra de julgamento). Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido⁷.

Portanto, conclui-se que no ônus subjetivo o autor sabe o que ele tem que provar assim como o réu. Autor sabe que tem que provar fato constitutivo. No meio do caminho pode acontecer a questão da comunhão da prova, ou princípio da aquisição da prova, a prova é do juízo não importa quem a apresente, podendo acontecer da parte até apresentar prova contrária a seu pedido. Por conta deste princípio chegamos ao ônus objetivo onde o magistrado vai utilizar a prova que quiser sem saber de onde ela veio e sim a quem cabia. Se for prova que cabia ao autor e não estava nos autos ganha o réu, e vice versa, pois como já dito, trata-se de uma regra de julgamento, assumindo o risco da perda aquele a que incumbia produzir e ficou-se inerte.

⁷ DIDIER JR. Freddie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2 Ed. PODIVM, 2008, p.73.

4. DIFERENÇA ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÃO

Atualmente, a doutrina é unânime em dotar o ônus de autonomia conceitual, não o confundindo com a obrigação, com o direito subjetivo ou com outras situações jurídicas, além de afirmar que se trata de uma noção fundamental, quer para a teoria geral do direito, quer para a ciência do processo.

Saliente-se que no linguajar rotineiro, tal termo por muitas vezes pode vir a ser confundido com a definição de obrigação. Porém, em termos jurídicos, ônus significa dizer escolher entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse.

Saber o significado da expressão “ônus da prova” permite, objetivamente, dar conhecimento de quem assumirá a responsabilidade pela ausência de prova de determinado fato.

A obrigação, pode-se dizer que é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma pretensão em proveito de outra.

De maneira mais sucinta define Caio Mário da Silva ... *“obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra, prestação economicamente apreciável”*⁸.

O termo obrigação, em regra está ligado ao direito material, e requer uma conduta de adimplemento ou cumprimento, certo que a omissão do devedor poderá resultar na sua coerção para que cumpra a obrigação.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL.- Teoria Geral das Obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 7.

Ônus, bastante empregado na esfera processual, é uma faculdade que a parte tem, logo, não está sujeita à coerção, mas, sim, aos efeitos que da passividade ou inércia resultarão, como por exemplo, a revelia (art. 319 do CPC, porque contestar não é obrigação, nem dever processual, mas apenas um ônus do réu ou do interessado que foi citado para responder aos termos de uma ação).

Além do acima exposto, para a distinção entre os conceitos de ônus e de obrigação, é de supina relevância, além das diferenças já apontadas, a ilicitude da violação desta e a licitude do descumprimento daquele. No ônus, o sujeito se encontra livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua auto-responsabilidade.

Na obrigação, inexiste semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e coerção: o titular do direito subjetivo pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação da sanção jurídica, traduzida pela necessidade de reparar prejuízos, se esquecer a possibilidade do cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer.

Desta feita, pode-se concluir que os conceitos de ônus e de obrigação são heterogêneos, sendo inaceitáveis as teorias que os aproximam.

5. ORIGEM DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA

A chamada Teoria de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova tem suas raízes fincadas especialmente na Argentina, lá com a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Naquele país e em outros, como Espanha e Uruguai, vem sendo vastamente difundida e muito bem aceita no meio jurídico, sobretudo no campo da responsabilidade profissional. A mencionada teoria tem como principais mentores os argentinos Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morelo.

Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa⁹.

⁹ SOUZA, Wilson Alves de. "Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das carga probatórias dinâmicas". *Revista Jurídica do Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n.6, p. 243-244.

5.1 . TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA:

Na dicção do art. 333, do Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova, em regra geral, se dá, como já dito, nos seguintes moldes: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador.

Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto.

Existem situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa "*sub judice*".

Por tudo isso, a doutrina contemporânea vem pugnando pela flexibilização destas regras de distribuição do ônus da prova, no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, determinando que este ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

Assim sendo, a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo.

Denota-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do "*onus probandi*" tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente. No dizer dessa teoria, não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária. Com efeito, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a

fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

As regras que determina a posição da parte litigante - autor ou réu, nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico.

É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, ao juiz é dada uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus, colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional, como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros.

Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que, pelos mandamentos da lei, o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras de jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente.

Vale frisar que esta discricionariedade do juiz não é igual à discricionariedade do administrador. Por óbvio, toda atuação do juiz deve ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade. O juiz poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes e, com isso, tentar evitar a derrota da parte que possivelmente tem o melhor direito, mas que não está em melhores condições de prová-lo.

Sobre a idéia de flexibilização, sustenta-se que as regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime.

Assim, servem as regras de distribuição do ônus da prova como ferramentas ao julgador para quando, no momento de prolatar a sua decisão, não detiver prova do fato que está sendo examinado.

A linha de raciocínio esposada no mencionado art. 333 do CPC, implica a teoria de que a parte que pretende se ver beneficiada por determinados efeitos de uma norma deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação.

Não obstante tal regramento, ainda se denota necessário consignar que pode o juiz, de ofício, determinar a realização de provas, determinação esta que deve obedecer às regras sobre o ônus de sua produção. Tal assertiva demonstra que, para a hipótese de ter a parte deixado de produzir determinada prova imprescindível para o deslinde da questão e cuja produção lhe incumbia, pode o juiz determinar ainda que esta seja realizada no curso dos autos, apenas e tão somente para a hipótese em que o mesmo se encontre em estado de dúvida, fulcrado no artigo 130 do Código de Processo Civil.

Todavia, é cediço que, hodiernamente, a visão estática da distribuição do *onus probandi* tal qual prevista pelo legislador do Diploma Processual de 1973 vem sendo enfraquecida, face à impossibilidade de adequação do regime da prova ao caso sob análise.

Destarte, busca-se minimizar-se a rigidez da carga de distribuição de provas, tornando-se possível permitir ao julgador que, ao se ver em situação com desequilíbrio de condições probatórias entre as partes, motivadamente (artigo 93, IX, CF/88), decida por alterar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, e, por via de consequência, determinar que tal ônus recaia sobre a parte que dispuser das melhores condições de provar os fatos submetidos a julgamento.

A título de exemplificação de flexibilização, é necessário destacar que o Diploma Consumerista, implementado no ano de 1990, é muito mais recente e moderno que nosso Código de Processo Civil, datado de 1973, o qual vem lentamente sofrendo atualizações com o escopo de adequá-lo ao dinamismo do mundo atual e a verdadeira realidade.

Já observando a natureza das relações consumeristas, percebeu o legislador que não poderia ser imputado encargo ao consumidor de monta que o mesmo não pudesse suportar. Exemplo clássico de tal afirmativa que pode ser destacado é o ônus de provar defeito de produtos e/ou de serviços, eventuais danos advindos de tais defeitos e, ainda, a demonstração do nexo de causalidade entre todos estes.

Pretendemos, assim, elucidar que a norma contida no artigo 6º, inciso VIII da Lei 8.078/90, muito embora específica para os casos que versam sobre relações

consumeristas, não implica dizer ser a única possibilidade de alteração da carga de distribuição de ônus processuais. Esta decorrerá, na realidade, do direito material, quando constatadas determinadas ocasiões em que o tratamento a ser dado deverá ser diferenciado, em razão da ausência de uniformidade das relações de direito material.

Tal assertiva ganha mais força ainda se observado que, em interpretação a *contrario sensu* do artigo 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que afirma ser nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível ou ainda tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, é possível às partes alterarem a regra geral sobre a distribuição do ônus probatório, não havendo que se falar, portanto, em impossibilidade de igual sorte ao magistrado, objetivando efetivamente aplicar a justiça no caso concreto.

Com o passar do tempo, passou a se verificar que não é sempre que tal rígido encargo probatório pode ser suportado pelas partes, muitas vezes se deparando com situações de fazer prova tipicamente denominada de diabólica, a qual vem a ser aquela impossível, ou então muito difícil de ser produzida. São casos, portanto, em que o juiz acabará por prolatar sentença desfavorável àquele que não se desincumbiu do encargo de provar.

De uma perfunctória leitura da exposição acima realizada, percebe-se que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova nasceu com o objetivo de evitar a existência de julgamentos injustos, atribuindo tal ônus àquele que possui melhores condições de produzir a prova de acordo com o caso concreto, flexibilizando a doutrina tradicional, justamente em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, já que a mesma se funda na garantia de direito a quem realmente seja seu possuidor.

Ressalte-se, ainda, que a terminologia "dinâmica" utilizada para nomear tal teoria se funda na concepção de que ela visa se adequar aos casos particulares, com o fito de opô-la a uma idéia estática igual para todas as hipóteses, sem observância às circunstâncias especiais.

Note-se, pois, que enquanto o ponto nodal que circunda a Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus Probatório está justamente em conceder ao magistrado a flexibilização das regras de ônus probatório em consonância com o seu convencimento e

de acordo com o caso em concreto, na sistemática da Lei Consumerista praticamente não existe a discricionariedade do juiz, que simplesmente vem aplicar critérios anteriormente definidos na lei.

Certo é, obviamente, que toda atuação do juiz deve ser abarcada pelos princípios processuais da legalidade, motivação, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade. O juiz não apenas poderá, como deverá, modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, à luz dos princípios acima elencados, as desigualdades das partes e, por via de consequência, evitar a perda da parte que possivelmente tem o melhor direito, mas que não está em melhores condições de prová-lo.

Verificamos então que não apenas a doutrina, mas também a própria jurisprudência já vem se inclinando para a aceitação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, uma vez que esta pretende tão-somente a estrita observância do princípio da boa-fé no campo probatório, em que caberá a produção da prova a quem tiver condições melhores para tal, não se permitindo mais que este deixe de produzir tal prova, em razão de espertezas procedimentais com tentativas de aplicação estática da regra do artigo 333 do Código Processual.

6. RECEPCIONALIDADE DA TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

Paira no ar a dúvida se essa teoria teria sido adotada pelo ordenamento brasileiro. Encontram-se referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O nosso legislador positivou, como já examinado a técnica da inversão do ônus da prova, no art. 6º, VIII, CDC, em favor do consumidor. Trata-se de nítida aplicação desta teoria, embora restrita às causas de consumo, afinal confere-se ao juiz o poder de redistribuição de ônus probatório (sua inversão), em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística (verossimilhança e hipossuficiência). Em síntese, impõe-se ao juiz a decisão pela inversão do ônus *probandi*, sempre que o fornecedor tenha melhores condições que o consumidor de arcar com este encargo.

O CPC não contém regra expressa adotando a teoria, mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual. A distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios:

- a) Princípio da igualdade, previsto no art. 5º caput, CF, e a art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das parte no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) Princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no

intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;

c) Princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;

d) Princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

e) Princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

Analisando o tema, Fredie Didier pondera:

Percebe-se, pois que o art. 333, do CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que informam o processo civil cooperativo e igualitário. Consolida-se, assim, uma visão solidarista do ônus da prova, que viabiliza a justa e adequada tutela do direito material, em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas¹⁰.

Muitos de nossos tribunais, outrossim, têm extraído a regra de nosso sistema processual¹¹. Caso emblemático em que se abraça a tese ora examinada é o da responsabilidade civil de profissional liberal, principalmente do médico, vez que este, quando demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar sua atuação irregular, a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), a ele não cabe esse ônus. Subsistem, ainda, decisões que seguem essa orientação em causas de família, sobretudo nas ações de alimentos, impondo ao alimentante o ônus de provar seus rendimentos¹².

Alexandre Câmara se manifesta acerca do tema:

... a distribuição dinâmica consiste em sistema excepcional, a ser empregado exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada: Não se trata, porém, de fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para os casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tal somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas dia-

¹⁰ DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2 Ed. PODIVM, 2008, pág. 93.

¹¹ Alexandre Freitas Câmara (Doenças Preexistentes e ônus da Prova: O Problema da Prova p. 15 e segs), Antonio Janyr Dall'agnol Jr. ("Distribuição dinâmica do ônus probatório, p. 101 e segs.) e Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância, cit., p. 344 ss.) fazem um bom apanhado jurisprudencial.

¹² Conferir decisão dada na Apelação Cível nº 70005993449, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, e na Apelação Cível nº 70004756425, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.

bólicas. Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atendê-lo¹³.

Importante citar também, o acolhimento desta teoria no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de direito Processual, art. 11, § 1º que prevê que o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Sendo assim, muito embora ainda seja aplicada de forma remota, a mencionada teoria vem se sedimentando em nosso sistema processual, vez que encontra-se implícita nos princípios acima transcritos, e de forma expressa no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo coletivo, também mencionado.

Verifica-se que o cerne da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova está justamente em permitir ao juiz uma maior flexibilização das regras dos ônus probatório de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Contudo, de "*lege ferenda*", o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no seu art. 11, § 1º, adota puramente o critério dinâmico, pelo qual a prova dos fatos cabe a quem estiver mais próximo dela e tiver maior facilidade para produzi-la. Digna, portanto, é a transcrição do aludido artigo dada a importância da inovação que trará ao ordenamento jurídico brasileiro: "Art. 11. §1º. *o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*".

À guisa de ilustração, visto que o nosso foco de estudo encontra-se limitado ao processo civil, algo muito próximo da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova também vem sendo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho. A doutrina moderna de Direito Processual Trabalhista tem hoje mais um princípio norteador de sua atuação que é o da aptidão para prova, segundo o qual, deve provar aquele que estiver apto a fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu. Poder-se-ia então

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e ônus da Prova: O problema da Prova Diabólica e um Possível solução". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31. cit., p. 14 -15.

testificar que a essência da teoria dinâmica já está sendo posta em prática no nosso país.

Como visto, já se pode afirmar que a moderna teoria aqui defendida está ganhando corpo na doutrina especializada e receptividade em nossos Tribunais, tanto que a discussão de sua aplicação já chegou às mais altas Cortes de julgamento do país.

6.1. O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:

Para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor), conforme prevê o art. 6º, VIII, do CDC.

O Código de defesa do Consumidor trouxe ao direito brasileiro dois dispositivos que possibilitam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor: o inciso VIII do art. 6º. Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo.

Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que deverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal.

Uma alegação torna-se verossímil quando adquire foros de veracidade, quer porque se torna aceitável diante da modalidade de relação de consumo posta em juízo, quer porque, de antemão, em sede de cognição sumária, não enseja o convencimento de que possa ser tida como descabida.

Já a hipossuficiência, não é interpretada sob o aspecto econômico, mas se atrela ao monopólio da informação.

Diz Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

Na primeira hipótese não há propriamente inversão, pois a verossimilhança está compreendida na fase de valoração judicial, antecedente à de julga-

mento. A hipossuficiência está ligada ao monopólio das informações e constitui verdadeira hipótese de inversão¹⁴.

Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.

Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo como o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6, VIII, do CDC exige ao magistrado para carrear o ônus da prova ao réu.

Neste sentido orienta Humberto Theodoro Júnior:

Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa.

O sistema do art. 6º, VIII, do CDC se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido como critério de apreciação das provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. Não pode ser aplicado a partir do nada¹⁵.

Não se trata, pois, de inversão legal, já que não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial. Caberá, assim, ao Juiz dizer se é caso de inversão, ou não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência, ou não, desses pressupostos.

¹⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. "O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL", 1. ed., 2. tir. V. 44. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p. 170.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.464.

Assim sendo, observa-se que a regra expressa uma das mais notáveis mutações do Direito em nosso tempo, na linha da crescente atribuição de poderes ao juiz. O Direito objetivo renuncia à regulação das hipóteses, convocando o juiz a determinar, caso a caso, a existência ou inexistência de direito subjetivo.

7. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto neste trabalho, espera-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente adesão dos estudiosos do direito, mormente dos magistrados.

Extraí-se do estudo realizado, que o ônus da prova é um dos mais importantes princípios norteadores do direito probatório, sendo subsidiário do princípio da verdade real, pois ele informa o processo justamente na falta de prova, caso em que o juiz vai julgar a ação contra quem detinha o encargo e não o exerceu.

Importante ressaltar que aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado, e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro.

Em nome da submissão incontestável à regra advinda do art. 333, do Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lícita Justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário – pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado, enquanto o juiz não faria nada para amenizar essa suposta injustiça, apenas aplicando a regra do ônus da prova se, ao final, do processo em situações em que as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas.

Corrigindo grande parte desses disparates provocados pela adoção de um regramento completamente rígido, que fere tantos princípios constitucionais, consoante demonstrado anteriormente, desponta a moderna teoria, por meio da qual o ônus da prova pode recair tanto no autor como no réu, a depender das circunstâncias do caso e da situação processual de cada uma das partes.

Ao magistrado é permitido fazer um juízo de ponderação e, mediante decisão devidamente motivada, respeitando todas as garantias constitucionais asseguradas às partes, modificar a regra de distribuição do ônus da prova fazendo incidir sobre a parte que tem o controle dos meios de prova e, por isso mesmo, se encontra em melhores condições de produzi-la a contento, ou seja, apta a trazer aos autos a prova capital que descortinaria a verdade dos fatos controvertidos.

É logicamente insustentável que, se há uma parte em melhores condições de produzir a prova, deixe de fazê-lo unicamente pelo apego a formalismos exacerbados.

O processo moderno não mais coaduna com esse tipo de idéias, pois que seu escopo maior é garantir o direito a quem realmente seja seu titular.

Desta forma, verifica-se que o fato da carga probatória oscilar entre autor e réu fora dos limites estabelecidos no artigo 333, I e II, do Código de Processo Civil, certamente contribui para a instrução da demanda e auxilia o juiz na obtenção de seu convencimento sobre a verdade dos fatos.

8. BIBLIOGRAFIA

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual, segunda série. São paulo: Saraiva, 1988.
2. CÂMARA, Alexandre Freitas. **"LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL"**. 16. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
_____. Doenças Preexistentes e ônus da Prova: O problema da Prova Diabólica e um Possível solução". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31.
3. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. *Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2006.
4. DIDIER JR. Feddie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil. Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2 Ed. PODIVM, 2008.
5. NERY JR., Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.
6. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **"O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL"**, 1. ed., 2. tir. V. 44. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL.- Teoria Geral das Obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005
8. SOUZA, Wilson Alves de. "Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das carga probatórias dinâmicas". *Revista Jurídica do Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n.6.
9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**". Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.