

COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO DO STJ: O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMMENTARY ON A SUPERIOR COURT OF JUSTICE (STJ) RULING: DYNAMIC BURDEN OF PROOF IN LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Cristiana Zugno Pinto Ribeiro¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente ensaio tem como objeto a análise de acórdão julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela possibilidade de inversão do ônus da prova, em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público para apuração da ocorrência de dano ambiental, com fulcro na teoria do ônus dinâmico da prova. Examina-se, neste trabalho, a referida teoria, à luz dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, corolários do direito fundamental ao processo justo. Para tanto, são analisadas a origem do surgimento da teoria do ônus dinâmico da prova, os critérios para a sua aplicação, à luz dos direitos fundamentais, bem como a inserção da teoria no projeto do novo Código de Processo Civil. Chega-se à conclusão de que o acórdão em comento enfrentou bem a situação do caso posto a julgamento ao manter a decisão de

primeira e segunda instâncias que inverteu o ônus da prova, haja vista a correta aplicação da dinamização do ônus probatório, mediante a flexibilização do disposto no art. 333 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Comentário de jurisprudência; teoria do ônus dinâmico da prova; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The present paper focuses on the analysis of judgment ruled by the Superior Court of Justice which decided for the possibility of reversing the burden of proof in a civil class action filed by the Federal Public Prosecutor ("Ministério Público") to determine the occurrence of environmental damage, based on the "Dynamic Burden of Proof Theory". It shall be examined in this paper the referred Theory, in light of the fundamental rights to equality and to produce evidence, corollaries*

¹ Especialista em Processo Civil e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Advogada.

of the fundamental right to due process. In order to accomplish the set out task, it shall be analyzed the origin for the emergence of the “Dynamic Burden of Proof Theory”, the criteria for its application in light of the fundamental rights, as well as the insertion of the Theory in the new Civil Procedural Coda Procedure project. One should come to the conclusion that the ruling under discussion dealt with the case at hand properly in sustaining both the first instance decision and the appeal which reversed the burden of proof, taking into account the appropriate application of the dynamic allocation of the burden of proof, through a flexible interpretation of the provisions of art. 333 of the CPC.

KEYWORDS: *Case law review; “dynamic burden of proof theory”; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Síntese das razões de decidir do REsp 883.656/RS; 2 A teoria do ônus dinâmico da prova; 3 A teoria do ônus dinâmico da prova no projeto do novo Código de Processo Civil; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the decision rationale in REsp 883.656/RS; 2 The “dynamic burden of proof theory”; 3 The dynamic burden of proof theory in the new Civil Procedural Code draft; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise de acórdão julgado em 09.03.2012 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (Recurso Especial nº 883.656/RS).

O recurso tem origem em decisão interlocutória proferida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público contra Refinaria Alberto Pasqualini – Refap S/A e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, no Município de Canoas/RS, que determinou a inversão do ônus da prova às empresas réas para a apuração de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do agravo de instrumento interposto pela Refap, manteve a decisão de primeiro grau no tocante à inversão do ônus da prova, por entender possível tal inversão em relações jurídicas vinculadas a interesses difusos, coletivos ou individuais e referentes a danos ambientais².

² O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE EM RELAÇÕES JURÍDICAS VINCULADAS A INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS E REFERENTES A DANOSIDADES AMBIENTAIS – 1. Da preliminar. Não procede a preliminar que alega falta de intimação pessoal do MP. Inocorrência de

A Refinaria Alberto Pasqualini – Refap S/A interpôs recurso especial, sustentando ser descabida a inversão do ônus probatório por não ser o Ministério Público hipossuficiente e tampouco versar a causa sobre defesa de consumidor.

A 2ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, explicando as razões pelas quais, no caso em análise, se justifica a inversão do ônus da prova, com fulcro na teoria do ônus dinâmico da prova, ainda que não se esteja diante de situação regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. O acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO - ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ÔNUS DINÂMICO DA PROVA - CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* NO DIREITO AMBIENTAL - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*

1. Em ação civil pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*.

prejuízo em face da apresentação da resposta. Observância do art. 244 do CPC. 2. Mérito. O impacto ambiental é ato/fato jurídico – ausente o negócio jurídico propriamente tal em termos de conceituação jurídica – que, pela própria afetação do meio ambiente, bem constitucionalmente protegido (art. 225 da Constituição Federal), impõe ao Poder Judiciário um proceder cuidadoso e cautelar vinculado ao bem/interesse público subjacente. A inversão do ônus da prova é mecanismo que não só pode como deve ser utilizado pelo juiz não só em face de disposições infraconstitucionais, mas também as disposições constitucionais em relevo, devendo ser consideradas a natureza do direito protegido e eventualmente violado e as conseqüências disso caso não comprovado este e o respectivo dano jurídico e social conseqüente, mormente em se tratando de dano ambiental. Inteligência sempre atual de brocardo latino que bem se adequou à espécie: *actori incumbit et réus in excipiendo fit actor*. Recurso improvido. Preliminar rejeitada” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70011770716, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 09.11.2005)

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim

no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, conjugado ao princípio ambiental da precaução” (REsp 972.902/RS, Relª Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.09.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Relª Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.05.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em recurso especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra,

na Súmula nº 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 04.06.2008).

10. Recurso especial não provido.

(REsp 883.656/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgado em 09.03.2010, DJe 28.02.2012)

No presente estudo busca-se melhor compreender a disciplina do ônus dinâmico da prova, da forma como retratada no acórdão objeto de análise, à luz dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, corolários do direito fundamental ao processo justo.

1 SÍNTESE DAS RAZÕES DE DECIDIR DO RESP 883.656/RS

O STJ manteve a decisão proferida pelo juízo de primeira instância de inversão do ônus da prova em ação civil pública na qual se apura a ocorrência de danos ambientais, pelos seguintes fundamentos, em síntese:

- (i) O regime geral de distribuição do ônus da prova assenta-se no art. 333 do CPC, que representa modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, pois sofre abrandamento sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio diabolica*, por exemplo) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e à letra da Constituição Federal de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito;
- (ii) Considerando que, atualmente, os interesses supraindividuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC;

- (iii) A flexibilização do esquema estático da distribuição do ônus da prova vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de *civil law*, seja de *common law*, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à justiça;
- (iv) A regra do art. 333 do CPC comporta, pois, exceções, justificadas pela natureza dos interesses em litígio e pela real dificuldade de o lesado se desincumbir do encargo probatório, a exemplo da expressa previsão da inversão em benefício do consumidor, quando hipossuficiente ou verossímil a alegação (art. 6º, VIII, do CDC);
- (v) Em contraposição à previsão de índole individualista-liberal estampada no CPC, na hipótese em comento o que se tem é uma distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o encargo de provar deve ser suportado por quem melhor e mais facilmente possa fazê-lo, conforme as circunstâncias da demanda, *in casu*, pelas empresas réas, acusadas pelo Ministério Público pela prática de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio;
- (vi) No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis;
- (vii) Legislador, doutrina e jurisprudência convergem na suavização da inflexibilidade do regime do art. 333 do CPC, particularmente nos processos coletivos. No campo do direito ambiental, aplicáveis com maior razão os fundamentos teórico-dogmáticos do ônus dinâmico, diante da natureza indisponível do bem jurídico protegido (o meio ambiente);
- (viii) Na hipótese em exame, havendo indícios da ocorrência de graves danos ambientais – contaminação com mercúrio –, seria um contrassenso admitir que norma instrumental (art. 333, *caput*), em tese voltada à realização da justiça material, vire obstáculo intransponível à proteção do meio ambiente e sirva de escudo

ao potencial poluidor, em detrimento de bens dessa magnitude (a proteção jurisdicional que se busca compreende, simultaneamente, o ambiente e a saúde pública). Não se deve descuidar que, no Direito Processual Civil brasileiro, o juiz não é um ser inerte, de atuação asséptica e indiferente às sutilezas do discurso jurídico, que, se não enfrentadas firme e corretamente, contribuem para a pequenar sua autoridade e deslustrar, no conjunto, o prestígio da função jurisdicional;

- (ix) Nesse sentido, o recurso especial interposto pela Repaf restou desprovido, por entender o acórdão ser legítima a inversão do ônus da prova para além das relações consumeristas, sobretudo na defesa do meio ambiente, caso o julgador ordinário repute indispensável e o faça de maneira fundamentada.

2 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

2.1 ORIGEM DO SURGIMENTO DA TEORIA

A distribuição do ônus da prova da forma como prevista no art. 333 do CPC tem origem na “teoria das normas” do Jurista alemão Leo Rosenberg, que influenciou a redação da maioria dos diplomas modernos³, pela qual cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, ou seja, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito⁴.

O regramento contido no art. 333 do CPC, pelo qual “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”, representa um sistema estático, fechado, pelo qual o juiz não tem margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei⁵.

Não obstante, conforme explanado com muita propriedade pelo acórdão em comento, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a flexibilização desse sistema fechado a partir da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova em determinados casos concretos.

Passou-se a discutir, no âmbito doutrinário, acerca da adequação do sistema de distribuição do ônus da prova sob o ponto de vista de um Estado

³ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

⁴ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 91.

⁵ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 68.

Constitucional. Isso porque a forma de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC nem sempre é válida, pois pode violar direitos fundamentais processuais à luz do caso concreto. E, em um Estado Constitucional, a lei deve estar conformada à Constituição⁶, e “a função do juiz, para muito além de mero aplicador da lei, passa a ser a de *empreendedor da justiça do caso concreto*, especialmente mediante a conformação constitucional do processo, empreendimento que restará baseado nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais”⁷⁻⁸.

Isso decorre do fato de que “o princípio da legalidade estrita não mais vigora entre nós, nem o juiz prossegue sendo mero locutor das palavras da lei. A legalidade que se respira hoje é a legalidade substancial, que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais”⁹.

Destaca-se, portanto, a relevância das garantias processuais constitucionais¹⁰ e, sobretudo no que pertine à matéria probatória, a garantia do contraditório, que significa a efetiva possibilidade das partes de influenciar na formação do convencimento do juiz, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, com a necessidade de diálogo entre as partes e o juiz, ou seja, de um processo civil cooperativo, com a vedação da decisão surpresa¹¹.

Portanto, o ônus da prova deve ser distribuído em conformidade com a Constituição Federal, a fim de que seja alcançado o escopo do processo civil no

⁶ Idem, p. 71.

⁷ Idem, p. 37.

⁸ Pela teoria do formalismo valorativo desenvolvida pelo saudoso Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o processo civil deve ser analisado sob o enfoque constitucional, uma vez que ele se estrutura a partir de valores encartados na Constituição Federal. O processo civil vai, então, dominado pelos valores constitucionais, sendo um instrumento para a realização de valores, especialmente de valores constitucionais (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. passim). A compreensão acerca do marco teórico do formalismo valorativo é também muito bem desenvolvida por Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. passim).

⁹ CARPES, Artur. Op. cit., p. 72.

¹⁰ No tocante aos direitos fundamentais no processo civil, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustarroz destacam que “a conjugação dos direitos fundamentais aplicáveis ao processo permite que o operador, mediante trabalho responsável, alcance resultado adequado às exigências do autor, do réu e da sociedade. A ordem jurídica fundamental unificadora assegurou às partes determinados direitos a serem exercidos no curso do processo judicial ou em razão dele” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38).

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134/136.

Estado Constitucional, qual seja, o de promover a adequada e efetiva tutela dos direitos.

Nesse sentido, houve o surgimento de teorias em torno da relativização do estático e fechado esquema legal, sobretudo a partir do desenvolvimento da doutrina argentina *de las cargas probatorias dinâmicas* de Jorge W. Peyrano¹².

No Brasil, ressalta-se o ensaio de Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, publicado no ano de 2001¹³.

A teoria do ônus dinâmico da prova surge, portanto, não por obra do legislador, mas pela reflexão da doutrina¹⁴⁻¹⁵.

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro passo no sentido da conformação constitucional da disciplina dos ônus probatórios¹⁶, na medida em que determina a possibilidade de inversão do ônus da prova quando o juiz verifique que as alegações do consumidor são verossímeis e este é hipossuficiente. No entanto, verifica-se, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a existência de muitas outras hipóteses, não relacionadas à relação consumerista, que justificam a distribuição do ônus da prova de forma diversa daquela prevista pelo diploma processual civil brasileiro¹⁷.

¹² Confirmam-se as publicações mais recentes de Jorge W. Peyrano no Brasil: PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 185, p. 107/116, jul. 2010; PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 217, p. 205/223, mar. 2013.

¹³ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001.

¹⁴ Cumpre ressaltar que a teoria desenvolvida inicialmente pela doutrina argentina não teve o enfoque na noção de direitos fundamentais e do processo na perspectiva do formalismo-valorativo, o que veio a ser desenvolvido a partir da obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Do formalismo no processo civil”.

¹⁵ Não obstante, a teoria do ônus dinâmico da prova, antes mesmo de ser abordada pela doutrina brasileira, já ganhava espaço na jurisprudência do STJ e dos Tribunais locais, como se verifica no julgado do REsp 69309/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 18.06.1996, DJ 26.08.1996. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaca-se o julgamento da Apelação Cível nº 597083534, julgada em 03.12.1997 pela 1ª Câmara Cível. Ambos os julgamentos se referem a casos de erro médico, diante da dificuldade que o caso concreto impunha à produção da prova da culpa do profissional.

¹⁶ CARPES, Artur. Op. cit., p. 73.

¹⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que “há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC”, o que pode

2.2 CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme lição de Artur Carpes,

a distribuição dos ônus probatórios, tal como prevista no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro – assim como nos outros diplomas no estrangeiro que detêm a mesma conformação hermética –, revela-se alheia à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei, circunstância que apenas se poderá visualizar em concreto, à luz das peculiaridades de cada caso.¹⁸

Assim, a teoria da dinamização dos ônus probatórios, que implica na possibilidade de relativização do esquema estático da lei, deve ser aplicada em determinados casos concretos, “especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada”¹⁹.

Segundo Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios é “a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.”²⁰. E prossegue, afirmando que “releva, isto sim, a) o caso em sua concretude 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”²¹.

ocorrer quando outras situações de direito substancial exijam “a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da sua regra, contentando-se com a verossimilhança”, ainda que inexistia previsão legal para tanto (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010. p. 273.

¹⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 70.

¹⁹ Idem, p. 75.

²⁰ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 98, jul. 2001.

²¹ Idem, p. 98.

Não obstante, tendo em vista os perigos²² que giram em torno da relativização da lei, especialmente no tocante ao princípio da segurança jurídica, deve haver critérios claros para que seja possibilitada a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

2.2.1 O direito fundamental ao processo justo

A partir do advento do Estado Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, passou-se a se preocupar com a prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. A jurisdição, por meio do processo, “tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição, aplicando a lei, portanto, na dimensão dos direitos fundamentais”²³.

E esse dever de tutelar os direitos fundamentais pressupõe o “correlato direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, da promoção do ‘processo justo’, a outorgar não apenas o acesso, mas também a participação e a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional”²⁴. Portanto, indispensável revela-se pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, quando determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, institui o direito fundamental ao processo justo²⁵, que corresponde a um “modelo mínimo de conformação do processo”²⁶ que visa a “assegurar a obtenção de uma *decisão justa*”, sendo o meio pelo qual se exerce pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica²⁷.

²² No tocante ao “perigo” da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, elucidativo é o ensaio de Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942/951.

²³ CARPES, Artur. Op. cit., p. 76.

²⁴ Idem, p. 77.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 699.

²⁶ Idem, p. 701.

²⁷ Idem, p. 702. Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo. Trata-se de termo *indeterminado*. O direito ao processo justo constitui *cláusula geral* – a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação. No entanto, é possível identificar ‘um núcleo forte ineliminável’, um ‘conteúdo mínimo essencial’ sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um *perfil mínimo*. Em primeiro lugar,

Na mesma linha, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal também proclama o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, na medida em que o direito de ação é visto também como direito fundamental, corolário do processo justo, pois o processo é imprescindível para a concretização de todos direitos fundamentais²⁸.

Assim,

se a correta formação do juízo de fato²⁹ é fundamental para o alcance da justiça – compreendida aí a efetiva e adequada tutela dos direitos – revela-se bastante claro que o procedimento probatório também deve estar sujeito à conformação que atente às necessidades de tutela dos direitos fundamentais.³⁰

Outrossim, a dinamização dos ônus probatórios se encontra em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração³¹. Conforme lição de Daniel Mitidiero, seu fundamento “está na necessidade de velar-se

do ponto de vista da ‘divisão do trabalho’ processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. O juiz é *paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões*. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participem em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, sendo o caso, com *direito à assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*” (p. 702/703).

²⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 77.

²⁹ “Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, exige-se do juiz esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante *dever de cooperação*.” (CARPES, Artur. Op. cit., p. 62)

³⁰ Idem, p. 79. No mesmo sentido, Danilo Knijnik sustenta que há “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. 5º, XXXV, da CF” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943.

³¹ Nesse ponto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta “a necessidade de investir na noção de um ‘processo cooperativo’, portanto, pautado por um permanente diálogo intersubjetivo entre as partes e o juiz e, quando for o caso, com outros agentes intervenientes” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 197).

por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes”³².

A dinamização dos ônus probatórios, então, configura técnica destinada a garantir às partes a observância do direito fundamental do processo justo, sendo seus corolários, no tocante à questão ora em exame, o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental à prova³³.

2.2.1.1 O direito fundamental à igualdade

A dinamização dos ônus probatórios tem respaldo no direito fundamental à igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição³⁴. Trata-se de direito fundamental que, “nada obstante não previsto expressamente na Constituição para o campo do processo, decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental à igualdade perante a ordem jurídica como um todo (art. 5º, *caput*, da CF)”³⁵.

Para que haja uma adequada formação do juízo de fato, ambas as partes do processo devem estar em condições isonômicas de participação na formação do juízo de fato. Assim, “a participação deve ser pautada pela igualdade a partir dos limites das suas *efetivas* possibilidades para colaborar com o alcance da verdade”³⁶. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “o processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades* e dos *mesmos meios* para dele participar. Vale dizer: se dispõem das *mesmas armas*”³⁷.

Nessa senda, haverá situações em que não será possível obter a adequada formação do juízo de fato mediante a distribuição dos ônus probatórios prevista no art. 333 do CPC, uma vez que a realidade concreta poderá indicar para a dificuldade da parte onerada em produzir a prova de determinada circunstância

³² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 127.

³³ CARPES, Artur. Op. cit., p. 79/80.

³⁴ Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 723.

³⁶ CARPES, Artur. Op. cit., p. 81.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 724.

e, em contrapartida, para a facilidade da parte inicialmente desonerada em colaborar no respectivo esclarecimento. Nesses casos, o direito fundamental à igualdade é ferido diante da incapacidade de a disciplina legal dos ônus probatórios lidar com as dificuldades impostas pela realidade do caso concreto³⁸.

O processo, para ser justo, deve ser capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, que pressupõe a participação das partes em pé de igualdade e com paridade de armas³⁹, devendo ser proporcionada às partes a igualdade de oportunidades de participação na formação do juízo de fato⁴⁰.

Portanto, a distribuição estática do ônus da prova, tal como prevista no art. 333 do CPC, nem sempre atenderá ao direito fundamental da igualdade das partes, o que autoriza a aplicação pelo juiz da técnica da dinamização dos ônus probatórios. Conforme bem referido por Artur Carpes,

o direito fundamental à igualdade constitui, portanto, base para que o juiz possa operar a dinamização dos ônus probatórios: toda a vez que se observar desequilíbrio nos esforços de prova, deverá o juiz alterar as incumbências de prova, tornando congruente o critério (distribuição dos ônus probatórios), com o fim a ser alcançado (adequada formação do juízo de fato).

Dessa forma, caso a parte onerada pela prova de determinada alegação de fato não tenha condições de provar sua veracidade e, em contrapartida, a parte desonerada esteja em melhores condições de assim proceder, inevitável se revela a alteração do esquema estático da lei a fim de garantir a igualdade substancial⁴¹.

³⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 83.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 703.

⁴⁰ CARPES, Artur. Op. cit., p. 83.

⁴¹ Idem, p. 84. Nesse sentido, Danilo Knijnik dispõe 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” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 947).

Nesse sentido é o teor do acórdão do STJ objeto de estudo no presente ensaio. Confirmam-se trechos do acórdão que bem identificam a necessidade de atenção ao direito fundamental à igualdade e, sobretudo, ao processo justo:

Considerando que, atualmente, os interesses supra-individuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC. Tal tarefa vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de *civil law*, seja de *common law*, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à justiça. [...]

Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis.

Verifica-se, então, que a dinamização é uma técnica para a conformação constitucional do procedimento probatório, nos casos em que a regra geral ditada pela lei, diante das peculiaridades do caso concreto, não se ajusta aos preceitos constitucionais⁴².

2.2.1.2 O direito fundamental à prova

Corolário do direito fundamental ao processo justo é o direito fundamental à prova, que também norteia a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios. Considerando que a adequada formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva prestação de tutela jurisdicional,

⁴² CARPES, Artur. Op. cit., p. 85/86.

é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental⁴³.

O direito fundamental à prova encontra previsão no art. 5º, incisos LVI, LV e LVII, que determinam, respectivamente, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O direito fundamental à prova é elemento essencial à conformação do direito ao processo justo. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

o direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) a existência de *relação teleológica* entre prova e verdade; (ii) a *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; (iii) a distribuição adequada do *ônus da prova*; (iv) o momento de *produção* da prova; e (v) a *valoração* da prova e formação do *convencimento* judicial.⁴⁴

No tocante à distribuição adequada do ônus da prova, que compõe o perfil constitucional do direito à prova, é preciso que os esforços probatórios sejam partilhados de forma adequada, mediante colaboração das partes e consideração

⁴³ Idem, p. 87. Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero afirmam que “constitui elemento indispensável do direito fundamental ao *processo justo* o direito fundamental à *prova*”. E prosseguem, sustentando que do perfil constitucional da prova no processo civil brasileiro decorre “o direito: (a) da parte de *produzir alegações fáticas* no processo; (b) de *usar quaisquer meios de prova* que considere úteis para verificação das alegações fáticas que entenda lhe sejam favoráveis, desde que provenham de meios lícitos e moralmente legítimos; (c) à *paridade de armas* na organização do direito probatório, de modo que uma das partes não se encontre em *situação de evidente desigualdade* no processo no que tange às situações probatórias; (d) de ser assegurado o *contraditório* na produção das provas sobre as já produzidas; (e) de poder a parte *presenciar* a produção da prova ou ter *acesso* ao seu resultado; (f) de serem *motivadas* todas as decisões sobre admissibilidade da prova e efetivamente consideradas pelo juiz as provas realizadas no processo” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012. p. 55/56).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 740. Para Eduardo Cambi, o direito à prova constitui um direito fundamental pelos seguintes motivos: “Pode-se, então, afirmar que o *direito à prova* é um *direito constitucional*, a partir de suas perspectivas possíveis, deduzidas da Constituição Federal de 1988. Em um *perspectiva interna*, o direito à prova pode ser extraído, implicitamente, da noção de *direito ao processo justo*, contida no art. 5º, inciso XXXV, da CF, bem como ser contemplado a partir da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) que, em sentido amplo, abarca as demais garantias constitucionais (CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre: Síntese, v. 34, p. 150, 2000).

das possibilidades reais de participação para a formação do juízo de fato, sob pena de vedação do direito fundamental à prova e, conseqüentemente, do direito fundamental ao processo justo⁴⁵.

2.2.1.3 A *probatio diabolica*

A excessiva dificuldade, ou até mesmo impossibilidade⁴⁶, para a produção da prova pela parte onerada, que pode justificar a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, é denominada pela doutrina e jurisprudência como *probatio diabolica* (prova diabólica), que tem íntima ligação com a vedação do direito fundamental à prova. Isso porque “impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição: a tutela do direito, ou a possibilidade de sua negação pela parte ré, não será possível”⁴⁷.

A *probatio diabolica* pode estar vinculada não apenas à produção de prova de um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada ou em face da sua distância do material probatório⁴⁸.

O exemplo mais clássico de *probatio diabolica* é o da responsabilidade civil por erro médico, no qual, pela teoria da dinamização do ônus da prova, se transfere ao médico réu o ônus da prova da culpa, tendo em vista que é o médico que se encontra mais perto da prova, na medida em que possui o prontuário médico, os exames, o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia, bem como tem conhecimento da técnica escolhida para determinada cirurgia. Nesses casos, se mostra muito difícil ao autor provar que o réu tenha agido com culpa. Cumpre ressaltar que, nesses casos, se transfere ao médico apenas o encargo da prova referente à culpa, permanecendo com o autor o ônus da prova dos demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a existência do dano e o nexo de causalidade. Nesse ponto a dinamização se diferencia da inversão do ônus da prova, pois na inversão ocorre a transferência integral dos ônus probatórios

⁴⁵ CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

⁴⁶ Quanto à impossibilidade da produção de determinada prova, Danilo Knijnik ressalta que “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” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

⁴⁷ CARPES, Artur. Op. cit., p. 90/91.

⁴⁸ Idem, p. 91.

de uma parte a outra, inexistindo ressalva quanto às circunstâncias de fato, cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido. Já, na dinamização, se transfere o ônus da prova apenas em relação a determinadas circunstâncias de fato, ou seja, ocorre a transferência do ônus acerca daquelas circunstâncias fáticas que impõem a *probatio diabolica*⁴⁹.

A jurisprudência tem feito uso da teoria do ônus dinâmico da prova também em matérias de seguros, quando a prova de determinado fato é mais facilitada à seguradora ré, em direito bancário, direito de família e direito ambiental, como retratado no acórdão em estudo.

Nessas situações, é “*dever do juiz proceder na conformação do procedimento de prova à Constituição, possibilitando o pleno exercício do direito à prova, utilizando-se da dinamização para transferir o ônus de provar determinada circunstância fática à parte que disponha de melhores condições de prová-la*”⁵⁰.

Não obstante, não se pode admitir a ocorrência de prova diabólica inversa, ou seja, a transferência do encargo da prova não pode acarretar a mesma dificuldade para a parte contrária na sua respectiva produção. A dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova e que a parte que vai assumir o ônus tenha a possibilidade efetiva de cumpri-lo⁵¹. A prova diabólica inversa é um limite para a aplicação, pelo juiz, da técnica da dinamização do ônus da prova. No caso de haver igualdade entre as partes no que tange aos esforços de prova, e estando ambas com dificuldade de produção da prova, o caso será de redução do módulo da prova, e não de dinamização, para permitir, por exemplo, convicção baseada em verossimilhança⁵².

Assim, “quando o juiz *inverte* o ônus da prova ou o *dinamiza*, é imprescindível que a parte onerada *ex novo* tenha oportunidade de desempenhá-lo de forma adequada, sob pena de violar não só o direito à prova, mas também o direito à igualdade e à paridade de armas no processo”⁵³.

⁴⁹ Idem, p. 116/117.

⁵⁰ Idem, p. 93.

⁵¹ Idem, p. 94. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que “quando se inverte o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010. p. 275.

⁵² CARPES, Artur. Op. cit., p. 95.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 726.

3 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que tem por propósito instituir um novo Código de Processo Civil. Diante disso, cumpre seja analisado se a teoria objeto de estudo neste ensaio, a qual não possui previsão no Código de Processo Civil vigente, está contemplada no projeto.

De forma salutar, a teoria do ônus dinâmico da prova, consagrada na doutrina e jurisprudência, é acolhida integralmente no projeto do novo CPC.

Tomando-se como base o substitutivo apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, em 17 de julho de 2013 – última versão do projeto apresentada até a elaboração deste trabalho⁵⁴ –, a possibilidade de dinamização dos ônus probatórios é contemplada da seguinte forma:

Art. 380. 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.

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

⁵⁴ Disponível em: <<http://pauloteixeira13.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADO-TADO-versao-FINAL.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Verifica-se, então, que o *caput* do art. 333 do CPC é mantido pelo projeto, mas é introduzida a autorização para que o juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, possa fixar o ônus da prova de modo diverso, quando se verificar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos do *caput*, ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato pela parte contrária.

Outrossim, o projeto veda que a dinamização dos ônus probatórios seja realizada quando possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, ou seja, é vedada, expressamente, que a dinamização dos ônus probatórios implique na ocorrência de *probatio diabolica inversa*.

Quanto ao procedimento para a aplicação da teoria, é ressaltado pelo projeto que a decisão que distribui o ônus da prova de forma diversa da previsão contida no *caput* do art. 380 deve ser fundamentada, bem como deve ser conferida à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Isso significa que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser utilizada como regra de julgamento, a fim de que seja evitada a decisão surpresa, sendo imprescindível que a parte onerada tenha efetiva condição de produzir a prova a qual foi incumbida.

Nesse sentido, o art. 364, inciso III, do projeto prevê que a decisão que definir a distribuição do ônus da prova será proferida em decisão de saneamento e de organização do processo, e desafia a interposição de agravo de instrumento (art. 1.028, XIII, do projeto).

Tal previsão vai ao encontro das garantias processuais constitucionais, na medida em que determina que a dinamização não poderá ser realizada como regra de julgamento, ou seja, ser realizada por ocasião da sentença, o que feriria os direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Ademais, o projeto do novo CPC traz referências expressas às garantias processuais constitucionais no Livro I, Título Único, Capítulo I, e, no que tange ao estudo do presente trabalho, refere que “é assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” (art. 7º), “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 8º) e “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício” (art. 10).

Entende-se ser salutar a inclusão no regramento processual civil brasileiro da teoria da dinamização dos ônus probatórios, a qual, se aplicada em conformidade com as garantias processuais constitucionais analisadas no presente ensaio, fará com que a tutela jurisdicional seja prestada de forma mais adequada e efetiva⁵⁵.

CONCLUSÃO

Da análise da teoria do ônus dinâmico da prova sob a ótica dos direitos fundamentais processuais depreende-se que o acórdão em comento enfrentou bem a situação do caso posto a julgamento ao manter a decisão de primeira e segunda instâncias que inverteu o ônus da prova em ação civil pública.

O caso em tela – ação civil pública para apuração de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio – se encaixa perfeitamente nas hipóteses em que a distribuição dos ônus probatórios prevista no art. 333 do CPC, que representa um sistema fechado e estático, deve ser flexibilizada pelo juiz, na medida em que a produção da prova sobre a ocorrência do dano ambiental é mais facilitada às empresas rés do que ao Ministério Público.

Para que o juiz distribua o ônus da prova de forma diversa da prevista na lei, é necessário que se analise o caso concreto à luz do direito fundamental ao processo justo e dos direitos fundamentais corolários à igualdade das

⁵⁵ Nesse sentido, Eduardo Cambi, ao comentar o projeto do novo CPC, dispõe ser “louvável a iniciativa do projeto de novo Código Civil [*sic*] que, percebendo a influência positiva do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, amplia a técnica da inversão do ônus da prova para todas as relações jurídicas marcadas pela *desigualdade de armas*” (CAMBI, Eduardo. Prova – Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús et al. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 677.

partes e à prova. Isso porque a distribuição do ônus da prova deve estar em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de que seja prestada uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Portanto, permite-se a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios para além das hipóteses reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, como bem retratado no acórdão objeto de exame pelo presente trabalho, a fim de que haja a adequada formação do juízo de fato.

Felizmente, a técnica já consagrada na doutrina e jurisprudência está em vias de ser inserida no ordenamento legal, uma vez que consta previsão expressa no projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, de possibilidade de distribuição do ônus da prova de forma diversa do que é hoje prevista no art. 333 do CPC.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre: Síntese, v. 34, p. 143/159, 2000.

_____. Prova - Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 35, n. 185, p. 107/116, jul. 2010.

_____. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 38, v. 217, p. 205/223, mar. 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.