

O Princípio da Igualdade e a nova distribuição do ônus da prova no direito brasileiro

Carlos Augusto Lima Vaz¹

Resumo: O presente estudo propõe uma análise acerca do princípio da igualdade e sua relação com as regras de distribuição do ônus da prova no direito brasileiro, instituído em vias de mudança com a tramitação do Projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010, no Senado Federal e PL 8.046/2010, na Câmara dos Deputados). Para tanto, faz-se necessária uma abordagem inicial sobre os aspectos gerais dos princípios processuais, em especial o princípio da igualdade, bem como uma análise de sua relação com o ônus da prova em nosso direito. Em seguida, parte-se para considerações acerca das regras que se apresentam como alternativas para distribuição do referido encargo no processo, as regras de distribuição estática e dinâmica. Por fim, analisa-se detidamente o paralelo existente entre o princípio em estudo e a teoria adotada pela nova lei processual civil, a chamada teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil – Novo Código de Processo Civil – Princípio da Igualdade – Ônus da prova – Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

1. Introdução

Tendo o Senado Federal enviado à Câmara dos Deputados o Projeto que institui o novo Código de Processo Civil, o PLS 166/2010, agora chamado PL 8.046/2010, vislumbra-se que a chegada de um novo diploma processual está cada vez mais próxima. Questões que permeiam a natureza das mudanças, os motivos almejados com as alterações e até mesmo se os institutos modificados serão hábeis a alcançar os objetivos desejados com a mudança, certamente, estarão no cerne do debate em torno do novo Código. O foco deste trabalho, porém, não será a discussão exaustiva das possíveis mudanças legislativas, mas somente a avaliação das alterações sugeridas no

¹ * Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Artigo desenvolvido sob a orientação da Prof. Ms. Clarissa Diniz Guedes, Professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

direito probatório, especificamente, quanto à distribuição de tal ônus entre os litigantes.

Se análises anteriores recaíam sobre a importância dos princípios processuais e a segurança de sua previsão, por exemplo, nos diplomas processuais civil e penal ou mesmo na esfera constitucional, deve-se ter em mente que a análise recente exige ir além, apresentando um novo desafio, o estudo destes princípios na dinâmica processual. Esta será a abordagem do presente estudo.

Ainda que praticada uma superficial análise dos dispositivos, verifica-se que o PL 8.046/2010 não abandona a consagrada ideia de distribuição estática do *onus probandi*, todavia, é bem nítida a evolução no tratamento do referido instituto. Assim, mesmo mantendo a regra vigente no CPC atual, insere o legislador em nosso direito positivo a chamada teoria de distribuição dinâmica, que possui como maior mérito, além da aplicação da decisão mais justa ao caso concreto, a busca por um processo que não fique preso a um formalismo exagerado e que, de fato, enxergue as pretensões humanas que por ele fluem.

Desse modo, após abordagem inicial dos princípios atinentes ao processo, notadamente, o princípio da igualdade ou isonomia e breve tratamento acerca do ônus da prova e as teorias que cuidam de sua distribuição no processo, chega-se ao escopo deste trabalho que é o alcance do paralelo existente entre o princípio em estudo e a teoria adotada pelo novo diploma processual, a chamada teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

Por fim, necessário citar que esta moderna distribuição do ônus da prova não será privilégio do direito brasileiro. Suzana Santi Cresmasco em interessante trabalho sobre o tema relata que essa tendência de se flexibilizar os critérios apriorísticos de repartição dos encargos probatórios vem sendo bem sucedida no Direito Espanhol e Argentino².

2. Ônus da prova e princípios processuais

Os nossos dias se caracterizam pela ampliação de direitos conferidos aos particulares, procura-se um Estado atuante, não mais ausente. Tal atuação concretiza-se mediante prestações, sendo inúmeras as previstas em nosso ordenamento, entretanto, esse olhar nos fornece apenas a visão dos direitos materiais, os quais foram alvo de grande evolução nas últimas décadas, muito se questionando acerca do campo formal, e se esse, assim como o primeiro, contemplou tamanha evolução.

O direito fundamental ao processo justo concentra uma enorme gama de direitos formais,

2 CREMASCO, Suzana Santi. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 1 ed. GZ Editora. Rio de Janeiro. 2009. p. 18.

compreendendo as principais garantias constitucionais relativas ao processo dentre as quais: a ampla defesa, a igualdade, o contraditório efetivo, a independência e imparcialidade do juiz e a motivação das decisões judiciais. A garantia deste direito fundamental concretiza uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, sendo o processo atual inconcebível fora destes padrões estabelecidos constitucionalmente.

Em que pese as ondas reformistas que ocorreram no campo processual na última década, verifica-se que o grande encontro com as garantias constitucionais do processo está mais visível no PL 8.046/2010. Nesse ponto, encontra-se o novo diploma ligado às modernas concepções da seara processualista, permeada por valores constitucionais. Resta evidente que sua formatação não poderia fugir a estes valores, que hoje também influenciam sobremaneira outros ramos do direito.

Logo, se inúmeras são as orientações ao processo que se originam do texto constitucional como o princípio do contraditório, da igualdade, da ampla defesa, do devido processo legal, não pode o aplicador do direito se furtar a tal perspectiva, sob pena de não concretizar valores consagrados na Lei Fundamental, concretização esta de suma importância para não transformar as vontades erigidas na Constituição em meras promessas, dado não ser essa a sua função, como bem ensina o mestre Eros Grau.³

O princípio do devido processo legal impõe o respeito às regras estabelecidas legalmente, assim, busca-se evitar que atos processuais sejam praticados em desacordo com os princípios legais⁴. Alexandre Câmara leciona que “o princípio do devido processo legal consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República, é, em verdade, causa de todos os demais⁵”. Para ele “a isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à ideia de processo justo – isto é, de devido processo legal – eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos⁶”.

O princípio da isonomia, previsto no art. 125, I, CPC, por sua vez, só estará sendo adequadamente respeitado no momento em que se garantir aos sujeitos do processo que estes ingressarão no mesmo em igualdade de armas, ou seja, em condições equilibradas⁷. Logo, para seu alcance, imperioso que as diversidades existente entre as pessoas sejam respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial⁸”.

Para Nelson Nery Júnior dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os

3 GRAU, Eros Roberto. A Constituinte e a Constituição que teremos. 1 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 1984. p. 47.

4 MONTENEGRO FILHO, Misael, Curso do Direito Processual Civil. Vol I. 8 ed. Editora Atlas. São Paulo. 2012. p. 21.

5 CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol I. 18 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008. p. 33.

6 *Idem*, p. 41.

7 *Idem, Ibid.*

8 *Idem, Ibid.*

iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades⁹”. É nesse sentido que já se visualiza no presente CPC, normas que visam proporcionar uma igualdade substancial entre os litigantes, por exemplo, os prazos diferenciados do Ministério Público e da Fazenda Pública presentes no art. 188, CPC; a remessa obrigatória do art. 475, CPC e seus incisos ou a dispensa de preparo para os recursos interpostos pelo Ministério Público, União, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias, conforme redação do art. 511, §1º, CPC.

O princípio do contraditório encontra-se consagrado no art. 5º, V, da CF, podendo-se afirmar que sua existência é fundamental para a concretização de um processo justo, sua ocorrência exige que os sujeitos processuais tomem conhecimento de todos os fatos que ocorreram durante o curso do processo, sendo-lhes seja dada a oportunidade de se manifestar sobre tais acontecimentos¹⁰.

Ao processo civil atual não basta um contraditório formalmente instituído, conforme ensina Câmara, “há que se assegurar não só o contraditório, mas sim um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional) seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes.¹¹

Estes princípios, conforme leciona o ilustre Desembargador do TJRJ, devem servir de norte para a aplicação do direito processual, significa dizer, se estes possuem previsão constitucional devem os mesmos serem os alicerces para aplicação das regras processuais de status infraconstitucional.¹²

Assim, como se observa, caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição do ônus da prova, recai-se na hipótese de que em alguns casos concretos a satisfação do encargo se torne impossível a algum dos litigantes, ocasionando, invariavelmente, a chamada prova diabólica, que trata-se de inegável afronta ao princípio do acesso a justiça, uma vez negado o acesso à tutela jurisdicional.¹³

Desse modo, para que sua ocorrência seja evitada, bem como o ideal de um processo mais justo seja alcançado, imperiosa a aplicação de uma teoria que estabeleça uma distribuição dinâmica do ônus da prova ao processo civil, sendo assim, visualizada a particularidade de cada litigante ou mesmo de cada caso posto *sub judice*.

9 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004, p. 72.

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.* p. 49-50.

11 *Idem, Ibid.* p. 52.

12 *Idem, Ibid.* p. 33.

13 GODINHO, Robson. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório. 1 ed. Editora Método. São Paulo. 2009. p. 294.

3. Ônus da prova: generalidades

Ônus, segundo, Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse, significa dizer, sua não realização põe o sujeito ao qual este era atribuído em situação de desvantagem perante o direito¹⁴. Sua aplicação no campo jurídico, notadamente, na seara processual, teve sua precisa definição nas palavras de Cândido Dinamarco para o qual “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo¹⁵”. Logo, ainda que não se levante a existência de sanção para aquele que não cumpra o ônus a ele atribuído, este claramente sofrerá um prejuízo, advindo de sua não realização.

Sendo o objetivo proposto o de não apenas analisar o instituto friamente, mas sim compreendê-lo quando inserido na dinâmica processual, devemos nos atentar para uma ideia básica discutida quanto ao *onus probandi*, qual seja, se este instrumento é apto a promover a igualdade de oportunidades entre os sujeitos da lide, em situações nas quais são explícitas as diferenças de forças para o embate processual.

A atual divisão deste instituto é fundada no interesse dos sujeitos processuais, o que, de certa forma, engloba a maior ou menor facilidade de produzir a prova, porém, de forma abstrata e generalizada, sem atentar para particularismos. Conforme elucida Fredie Didier “o CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa, b) a natureza dos fatos em que se funda a pretensão, c) e o interesse em provar o fato¹⁶”.

Desse modo, facilmente se observa que a atual e clássica composição do ônus da prova, mediante sua distribuição estática estabelecida aprioristicamente, dá ensejo a injustiças em diversas situações apreciadas pelo judiciário. Tal é a realidade que o próprio legislador já na edição do Código de Defesa do Consumidor, ao promover regras que objetivavam a proteção do consumidor, notadamente, o sujeito mais frágil na relação de consumo frente ao fornecedor, cuidou de relativizar a regra de distribuição estática para os casos especiais previstos em lei¹⁷.

A busca por uma igualdade substancial no processo é um dos objetivos perseguidos pelo novo diploma processual e neste intento, papel relevante assume a partilha dos encargos probatórios. A mudança quanto à distribuição deste ônus, contemplada no novo Código de Processo

14 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. II. 2 ed. Editora JusPodivm. Salvador. 2008, p. 72.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 6 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2009 p.70.

16 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit. p. 76

17 Como se verá adiante, apesar de institutos semelhantes, a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não se confunde com a distribuição dinâmica do referido ônus previsto no novo Código de Processo Civil.

Civil, apresenta-se como modalidade mais apta a promover essa isonomia tão almejada entre as partes.

Assim, verifica-se que o estabelecimento de um *onus probandi* dinâmico é medida necessária para o alcance de um processo justo, todavia, este propósito tem como condição *sine qua non* uma maior liberdade de atuação do magistrado no desenvolvimento do processo. Nesse sentido, o fortalecimento dos poderes conferidos ao julgador pelo PL 8.046/2010, dentre os quais se inclui a possibilidade de distribuir o ônus da prova conforme as particularidades de cada caso concreto, relaciona-se intrinsecamente com as modernas concepções que norteiam o processo civil atual, em especial, os ideais de cunho instrumentalista e publicista¹⁸.

A doutrina¹⁹ traça muito bem as duas faces do ônus da prova em seus aspectos subjetivo e objetivo²⁰. O primeiro liga-se à noção de regra de procedimento ou regra de conduta, sendo dirigido às partes, uma vez que indica a qual delas recai a prova de determinado fato (constitutivo, modificativo ou extintivo), enquanto o segundo é visualizado como regra de julgamento, tendo em vista a sua aplicação pelo juiz, quando verificada a insuficiência no conjunto probatório carreado aos autos, ou seja, indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos desta não produção de provas, haja vista a proibição do *non liquet*.

4. Ônus da prova e as particularidades no novo tratamento legal

Inobstante a ausência de norma expressa acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova em nosso ordenamento, a doutrina tem defendido sua aplicação com base nos princípios da igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça,²¹ ou mesmo, do princípio da solidariedade, da efetiva colaboração das partes com o órgão judicial e do princípio da igualdade das partes em bases materiais.²²

O dispositivo do PL 8.046/2010 pertinente ao tema, dispõe que para sua aplicação torna-se

18 LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999. p. 66.

19 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. II. 2 ed. Editora JusPodivm. Salvador. 2008. p. 72-75. CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol I. 8 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 378-382. PACÍFICO, Luiz Eduardo. Perspectiva sistemática do momento de inversão do ônus da prova. in: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, n. 351. Fonte do Direito. Porto Alegre. Ano 55. Janeiro/2007. p. 44-45.

20 Barbosa Moreira define ônus subjetivo ou formal e ônus objetivo ou material, não obstante a mudança de nomenclatura, a ideia básica da distinção permanece a mesma. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e Ônus da Prova. In: Temas de Direito Processual: segunda série. Saraiva. São Paulo. 1988. p. 74-75.

21 GODINHO, Robson, *Op. cit.*, p. 308.

22 LVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2007.

necessária uma decisão prévia do juiz pronunciando sua ocorrência no processo. Todavia, o dispositivo é omissivo ao não fazer qualquer referência acerca do momento ideal para aplicação do instituto, de modo que, acreditamos que o debate promovido em sede consumerista sobre o momento ideal para que se proceda a inversão do ônus da prova, servirá como base para futura análise da aplicação do ônus dinâmico da prova.

Com relação à definição deste momento dividem-se a doutrina e a jurisprudência. Em que pese o instituto consumerista não se confundir com a distribuição dinâmica do ônus da prova, as discussões acerca da aplicação daquele tornam-se fonte interessante para estudo sobre como deve ser aplicada essa nova distribuição do encargo probatório.

Uma primeira corrente encara o ônus da prova como regra de julgamento, devendo assim ser aplicada no momento de prolação da sentença. Defendem esta tese Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe²³, autores do anteprojeto de lei que culminou no Código de Defesa do Consumidor, além de Cândido Rangel Dinamarco²⁴, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico²⁵, podendo ainda encontrar precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assentando julgados nesse sentido²⁶. Por sua vez, uma segunda corrente compreende o instituto como sendo regra de procedimento, devendo sua aplicação incidir no decorrer do processo. São partidários de tal entendimento Antônio Gidi, Voltaire de Lima Moraes, Manoel de Souza Mendes Junior, Carlos Roberto Barbosa Moreira e Rodrigo Xavier Leonardo²⁷, encontrando igualmente decisões do Superior Tribunal de Justiça²⁸ baseadas na referida tese.

Não obstante a existência das divergências doutrinárias acima elencadas para determinação do momento ideal de aplicação do instituto, verifica-se que a forma mais eficaz seria na fase instrutória, nesse sentido são as palavras de Suzana Santi Cremasco, para a qual o:

“Momento adequado para a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, pois, o início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos

23 CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (coord). Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2007, p. 38.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.* p. 81-83.

25 PACÍFICO, Luiz Eduardo. *op. cit.* 44-45.

26 STJ. RESP 949.000/ES. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 27/03/2008. Data de publicação: 23/06/2008. STJ. RESP 1.125.621/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 19/08/2010. Data de Publicação: 07/02/2011. STJ. RESP 422.778/SP. Relator Ministro Castro Filho. Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 19/06/2007. Data de Publicação: 27/08/2007. TJMG. Agravo de Instrumento. Processo n. 4604612-08.2007.8.13.0024. Relator Des. José Flávio de Almeida. Data do Julgamento: 15/10/2008. Data da Publicação: 03/11/2008. TJMG: Agravo de Instrumento. Processo n. 4349971-73.2000.8.13.0000. Relator Des. José Flávio de Almeida. Data do Julgamento: 05/02/2004. Data da Publicação: 10/03/2004.

27 CARPES, Artur Thompsen. *op. cit.* p. 39-40.

28 STJ. RESP 662.608/SP. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento: 12/12/2006. Data de Publicação: 05/02/2007. STJ. RESP 881.651/BA. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Data do Julgamento: 21/05/2007.

controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante²⁹”.

Resta ainda analisar se o momento ideal apontado por esta teoria fora implementado no diploma processual em elaboração, todavia, rápida análise dos dispositivos pertinentes ao tema elencados no projeto, artigos 357 e seguintes³⁰, nos permite dizer que sua aplicação dar-se-á no decorrer da marcha processual, não podendo ser proferida somente na sentença, sob pena de grave afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que não promoveria às partes oportunidade para se desincubirem deste ônus.

Em que pese, como já destacado, a ausência no diploma processual vigente de previsão legal expressa para aplicação da teoria das cargas dinâmicas, esta não impediu seu reconhecimento pelos tribunais brasileiros³¹, o *leading case* de sua aplicação em nossas cortes e exemplo vastamente citado, trata-se do Recurso Especial nº 69.309/SC de lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, proferido nos seguintes termos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso Especial não conhecido.” STJ. RESP 69309/SC. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 18/06/1996. Data da Publicação: 26/08/1996”.

29 CREMASCO, Suzana Santi. *op. cit.* p. 91.

30 Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

31 TJMG. Agravo de Instrumento. Proc. n.: 1.0024.07.503777-0/004(1). Relator Des. José Flávio de Almeida. Data de julgamento: 10/09/2008. Data de publicação: 08/10/2008. TJMG. Apelação Cível. Proc. n. 3961353-37.2009.8.13.0672. Relator Des. Wagner Wilson. Data do Julgamento: 16/02/2011. Data da Publicação: 25/02/2011. TJMG: Apelação Cível. Proc. n. 0196042-33.2001.8.13.0686. Relator Des. Dorival Guimarães Pereira. Data de Julgamento: 26/08/2004. Data da publicação: 24/09/2004. Agravo de Instrumento. Processo. n. 5886929-62.2007.8.13.0024. Relator Des. José Flávio de Almeida. Data do Julgamento: 10/09/2008. Data da Publicação: 22/09/2008.

Cediço que a aplicação da teoria em comento objetiva o alcance de uma igualdade substancial aos litigantes, entretanto, torna-se possível visualizar aplicações equivocadas do instituto, em que tal distribuição é entendida, tão somente, como mera inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor³².

Esta última, aplicada ao direito do consumidor, de fato se assemelha à teoria de distribuição dinâmica, no ponto em que inicialmente modifica o ônus da prova estabelecido previamente, todavia, sua aplicação é restrita à incidência de requisitos objetivos previstos no CDC³³, onde por vezes não está presente a igualdade processual quando da inversão do ônus, todavia, em razão da proximidade existente entre os institutos, como já citado, entendemos que muitas das discussões travadas na seara consumerista, serão reavivadas com a adoção deste novo modelo de distribuição dos encargos probatórios no novo CPC. Por tratar-se de questão controvertida, havendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito, sendo as mesmas encaradas ora como o mesmo instituto processual, ora como institutos distintos, adota-se aqui, esta última concepção.

5. Conclusão

A teoria estática de distribuição do ônus da prova, estabelecida no art. 333 do CPC vigente, tornou-se insuficiente para a complexidade das relações jurídicas hodiernas, somente para citar uma ocorrência, tem-se as provas diabólicas (*probatio diabolica*) que são aquelas em que o encargo probatório, previamente estabelecido, gera a algum litigante ônus de se provar determinado fato que seja de difícil ou impossível comprovação, logo, acerta o novo Código de Processo Civil em buscar inovar. Tal inovação, está em consonância com os modernos valores e objetivos que permeiam o processo civil atual, notadamente aqueles de viés constitucional, dentre os quais se destaca a igualdade substancial entre as partes.

Elucida Alexandre Câmara que:

“Só se justifica esta distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la. Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela

32 TJMG. Agravo de Instrumento. Proc. n. 4038616-48.2007.8.13.0145. Relatora Des. Cláudia Maia. Data de Julgamento: 25/10/2007. Data da Publicação: 09/11/2007. TJMG. Agravo Retido. Processo n. 0836963-38.2007.8.13.0471. Relatora Des. Cláudia Maia. Data de Julgamento: 25/10/2007. Data da Publicação: 01/12/2007. TJMG. Agravo de Instrumento. Processo n. 4604612-08.2007.8.13.0024. Relator Des. José Flávio de Almeida. Data do Julgamento: 15/10/2008. Data da Publicação: 03/11/2008.

33 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

como uma forma de equilibrar as forças da relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia³⁴”.

A doutrina clássica aborda que o dispositivo supracitado, ao implementar uma distribuição estática do *onus probandi*, efetuou uma distribuição *a priori* dos encargos probatórios entre autor e réu, cabendo ao primeiro, prova do fato constitutivo da demanda e ao último, prova dos fatos modificativos, extintivos e modificativos do direito do autor.

Se o novo diploma processual civil, ao trazer inovações a este campo, inova ao adotar distribuição diversa da atual, merecem questionamento os motivos que fizeram surgir tal alteração, todavia, verificando que estas modificações atentam para uma necessária mudança de regras do processo atual que se mostram obsoletas e que buscam concretizar valores erigidos à garantias fundamentais do indivíduo pela Constituição Federal de 1988, vislumbra-se que esta intenção do legislador apenas reflete valores maiores de índole constitucional e que se irradiam por todo ordenamento jurídico brasileiro.

Com a vigência do novo diploma processual faltará apenas a devida concretização do instituto por parte dos magistrados, uma vez que a previsão legal estará posta, fato este que acreditamos não ser de difícil realização, uma vez que nem mesmo a ausência desta regra na lei processual vigente impediu os nossos tribunais de tratarem os litigantes à luz do princípio da igualdade em bases materiais, quando analisado o instituto do ônus da prova entre partes na dinâmica processual, reconhecendo e aplicando à luz deste princípio a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

34 CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 381.

6. Referências Bibliográficas:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e Ônus da Prova.** In: Temas de Direito Processual: segunda série. Saraiva. São Paulo. 1988.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010.** Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Senado Federal. Brasília. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol I. 18 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.** 1 ed. GZ Editora. Rio de Janeiro. 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. II. 2 ed. Editora JusPodivm. Salvador. 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 5 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. III. 6 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos.** 1 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 1984.

KNIJNIK, Danilo (coord). **Prova Judiciária:** Estudos sobre o novo Direito Probatório. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2007.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de**

Conhecimento. 4 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I. 8 ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2012.

NERY, Nelson Junior. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório.** 1 ed. Editora Método. São Paulo. 2009.

REVISTA JURÍDICA: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, n. 351. Fonte do Direito. Porto Alegre. Ano 55. Janeiro/2007.