

A aplicação do princípio da carga probatória dinâmica em função da “discapacidad” de um litigante

*La aplicación del principio de carga dinámica de la prueba
en relación con la “discapacidad” de un litigante*

The Application Of The Principle Of Dynamic Burden Of Proof Based On The “Disability” Of A Litigator

Luciano Aragão*

Fábio Avelar Peixoto**

Resumen

Este estudio aborda la aplicabilidad, en el proceso judicial, de la teoría de la carga probatoria dinámica, invertida la carga de la prueba en beneficio de la persona con discapacidad, siempre que su limitación demuestre ser una barrera para obstaculizar el derecho a presentar pruebas de sus alegaciones. La metodología seguida se centra en la revisión de la literatura y la lectura de decisiones judiciales. Para ello, los investigadores se guiaron por fuentes primarias y secundarias con el fin de analizar la plausibilidad de la hipótesis. La investigación está motivada por el interés de demostrar que la discapacidad no puede ser entendida como la simple aplicación del criterio de *prescindibilidad*, basado en la “inutilidad” de personas con algún grado de limitación física, mental, sensorial o visceral, ni tampoco como el criterio paternalista o médico de *rehabilitación*, todavía presente en varios países. La Ley cambia y, cada vez más, debe cubrir la noción de *equidad*, y comenzar a inspirar sus reglas en la

* Advogado Empresarial. Mestre em Direito das Relações Econômicas –Universidade Gama Filho (UGF)–. Aluno do Programa de Atualização em Ciências Jurídicas válido para o Doutorado em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires (UBA). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

** Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais/Brasil). Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro de Estudos Superiores Aprendiz (Barbacena/MG). Aluno do Programa de Atualização em Ciências Jurídicas válido para o Doutorado em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires (UBA).

conciencia humana y en la concepción de lo justo, sin perder de vista la moral y la ética. Más que una evaluación médica es necesaria una visión inspirada en la construcción social de la discapacidad, apoyada en el desarrollo de normas de contenido eminentemente humanitario, incluida la preocupación por el acceso a la justicia para las personas en situaciones vulnerables, como es el caso de quienes poseen alguna discapacidad. Se entiende, con base en el art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que esa discapacidad no es, de hecho, deficiencia o enfermedad, sino la relación entre estos y las barreras que impiden la participación efectiva de la persona en la sociedad, en igualdad de condiciones con respecto a los demás.

Palabras clave: proceso, carga de la prueba, distribución dinámica, discapacidad

Abstract

This study approaches the applicability, in the judicial process, of the dynamic burden of proof theory, reversing the burden of proof in favor of the person with a disability, provided that his or her limitation proves to be a barrier to hinder the right to present evidence of his or her allegations. The methodology followed focuses on the literature review and the reading of court decisions. To this end, the researchers were guided by primary and secondary sources to analyze the plausibility of the hypothesis. The research is motivated by the interest in demonstrating that disability cannot be understood as the simple application of the criterion of dispensability, based on the “uselessness” of people with some degree of physical, mental, sensory, or visceral limitation, nor as the paternalistic or medical criterion of rehabilitation, still present in several countries. The law changes and, increasingly, it must cover the notion of equity, and begin to inspire its rules in the human conscience and in the conception of fairness, without losing sight of morality and ethics. More than a medical evaluation, a vision inspired by the social construction of disability is needed, supported by the development of rules of eminently humanitarian content, including concern for access to justice for people in vulnerable situations, as is the case of those with disabilities. It is understood, based on art. 1 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, that disability is not, in fact, impairment or disease, but the relationship between these and the barriers that prevent the effective participation of the person in society, on an equal footing with others.

Keywords: process, burden of proof, dynamic distribution, disability

Introdução

Preliminarmente, em atenção ao postulado da transparência nas pesquisas científicas, é importante esclarecer os objetivos dos autores em relação ao tema. Parafraseando o Seda (2018), observa-se que alguns autores, por vezes, expressam opiniões e defendem interesses, quase assumindo o papel de porta-vozes de uma parcela específica da população. Porém, não é esse o caso. Os investigadores, apesar de atentos à temática, não se consideram representantes da parcela da população atingida por algum tipo de “discapacidade”. No Brasil, não obstante “discapacidade” seja traduzida como *deficiência*, o vocábulo não deve ser compreendido como tal ou como a própria doença, como será visto adiante, no item 2.6. Pela mesma forma, os autores não pretendem assumir posição de neutralidade, nem de mera aceitação de pensamento porventura preestabelecido. Ao contrário, desejam externar, com respeito, suas opiniões sobre o tema em foco.

Isso pontuado, traz-se à baila o objeto do trabalho. Nele, põe-se em discussão a aplicabilidade do princípio da carga probatória dinâmica, invertido o ônus da prova em favor da pessoa com “discapacidade”, sempre que a limitação, na prática, for uma barreira a dificultar ou a impedir o direito de produzir provas em juízo, ou seja, a dificultar

ou a impedir a defesa de direitos num processo. Não é outra a hipótese que permeia os argumentos expendidos na pesquisa. O método escolhido é o de cotejar a hipótese com as observações. Os resumos de decisões permitem perceber o tratamento que se dá, em juízo, a assuntos abordados nesta pesquisa, com ênfase no conflito jurídico. Cabe ressaltar que o estudo não tem pretensões estatísticas.

Para o desenvolvimento da pesquisa, são abordados os aspectos que, para os investigadores, se revelaram relevantes para a compreensão do tema. O trabalho exhibe seleção de informações e prioriza as mais expressivas para a investigação. Apresentam-se em sequência: a) a aplicação de princípios normativos no âmbito do processo judicial; b) a natureza do ônus da prova, com base na análise de princípios jurídicos; c) a distribuição do ônus da prova – linhas gerais; d) a fixação do ônus da prova pelo princípio da carga probatória dinâmica; e) soluções dadas no Brasil com fundamento no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e na recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); e f) o conceito de pessoas com incapacidade.

Conjugados os assuntos, percebe-se estreita relação entre eles. Por exemplo, se, no Direito do Consumidor, as teorias da responsabilização foram sendo desenvolvidas pelo reconhe-

cimento de que a exigência de prova de culpa do fabricante/vendedor não atendia ao ideal de proteção e defesa do consumidor, os critérios para a fixação do ônus da prova, *guardadas as devidas proporções*, foram evoluindo pela observação de que simplesmente atribuir o encargo ao litigante que alegasse possuir um direito não satisfazia aos ideais de justiça, entre estes o da busca da verdade real. A seguir, essas e outras ilações serão desenvolvidas mais detalhadamente.

Desenvolvimento

1. A aplicação de princípios normativos no âmbito do processo judicial

Os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas. As regras estão dispostas expressamente em atos normativos (Constituição, leis, medidas provisórias, etc.). Os princípios podem vir anunciados em dispositivos normativos ou não. No primeiro caso, são chamados princípios *expressos*; no segundo, *implícitos*, a exemplo do princípio da separação dos poderes, estatuído na Constituição federal americana de 1787:

A adoção mais célebre da separação porquanto mais eficaz ocorreu na Constituição federal americana

de 1787. O texto constitucional não menciona o princípio uma única vez e, no entanto, a Constituição seria ininteligível se omitíssemos a presença da separação de poderes que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público. (Bonavides, 1998) —grifos acrescidos—.

Já os princípios expressos podem estar presentes no texto constitucional ou no bojo de normas infraconstitucionais, a exemplo de decretos e resoluções.

No Brasil, a Constituição da República Federativa, de 1988, se pauta na aplicação de princípios. Ilustrativamente, no art. 34 estabelece que a União não intervirá nos Estados e nem no Distrito Federal, exceto para, entre outros motivos, assegurar a observância do *princípio* dos direitos da pessoa humana. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro determina que os contratantes são obrigados a guardar os *princípios* de probidade e boa-fé. Igualmente, a Constituição da Nação Argentina, no art. 28, deixa claro que “[l]os *principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Outrossim, referência de lei esparsa com princípios expressos é a chamada LGPD, que no art. 6º assim prescreve:

art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I. —finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II. —adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III. —necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV. —livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais;

V. —qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI. —transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII. —segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII. —prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX. —não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X. —responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (grifos acrescidos).

Entretanto, apesar da importância dos princípios, compreendê-los:

como uma espécie de norma jurídica, expressa ou implicitamente contida no ordenamento vigente, é algo bastante recente: aconteceu na segunda metade do século XX. Até então, os princípios jurídicos eram entendidos como algo externo ao direito positivo e com uma função muito pequena, porque serviam apenas como o derradeiro critério de solução das lacunas do direito, depois da analogia e dos costumes [...]. (Coelho, 2017)

Levado o estudo para o âmbito de um processo judicial, vê-se que, assim como as regras, os princípios também “estabelecem padrões de conduta, que orientam as decisões dos juízes, para a superação de conflitos de interesse [...]” (Coelho, 2017).

Em outras palavras, o atual Direito mantém seu viés principiológico, pois os argumentos jurídicos podem ser fundamentados com base em princípios, aplicáveis na solução de um conflito de interesses, discutidos no âmbito de um processo judicial. Como ensinou Canelutti, a respeito desses embates:

o processo civil serve, entre dois litigantes, para dar razão a quem a tenha. Isto quer dizer, em linguagem técnica, que [serve, adendo nosso] para decidir uma *litis* (lide), ou seja, um conflito de interesses,

no qual um dos dois interessados coloca uma pretensão e o outro resiste a ela.

Diante de conflitos dessa ordem, os princípios serão aplicados sempre que se revelarem importantes para a resolução do caso em julgamento.

Diferentemente de uma regra, que deve ser aplicada quando *o fato discutido for alcançado pela situação nela regulada, quando ela própria não tiver sido revogada e quando a norma por ela prescrita não for inconstitucional*, a aplicação do princípio se baseia noutra lógica: o seu peso determinará sua incidência. De fato:

[...] a aplicação de um princípio se orienta por lógica distinta da norma: **será aplicável se for importante no caso em específico**. O maior ou menor peso do princípio determinará sua aplicação. A comunidade jurídica analisa o caso concreto à luz de perspectivas, anseios e convicções da sociedade, ainda que com base em princípios considerados ‘antigos’ por alguns, ou naqueles considerados basilares do sistema constitucional. Importa que os princípios sejam dotados de inegável densidade normativa, podendo ser aplicados diretamente ao caso sub judice.

As normas não acompanham a dinâmica da sociedade, então os

princípios dão o subsídio necessário para o julgador decidir casos novos. Inclusive, é comum a criação de regras (normas jurídicas) para as situações que foram julgadas com fundamento em princípios, pois entendeu-se ser o caminho mais justo e correto à luz do direito vigente —destaques no original.

Dada a plasticidade dos princípios, se dois deles forem antagônicos entre si, não ocorre *antinomia* (como se verifica entre regras), mas sim *colisão*.

Dessa maneira, se um conflito entre regras se resolve pela aplicação da que prevalece, segundo um critério de tempo (cronológico), hierarquia ou especialidade, no caso dos princípios, um possível choque se soluciona pela análise de sua importância para o deslinde do caso concreto —isto é, a sua importância servirá de norte ao julgador.

A solução encontrada pelo direito brasileiro nos casos de conflitos de princípios é análise ponderal, ou proporcionalidade estrita, na qual se analisa qual o princípio é necessário, adequado e proporcional para solução do caso concreto. Essa teoria teve início com Radbruch com a criação da “fórmula de Radbruch” como direito supralegal cujo fundamento é que, nem sempre a norma positivada tem a solução mais justa, ou seja, um conflito entre

a moral e o direito. Radbruch, jurista e filósofo, foi um dos precursores do pós-positivismo no pós-guerra.

Posteriormente, Alexy desenvolveu a teoria da ponderação de interesses com base na análise dos princípios da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Habermas foi seu grande crítico, porém, no Brasil, como não há hierarquia entre os princípios constitucionais, a teoria da ponderação de interesses de Alexy é largamente utilizada pelos tribunais quando há conflito de princípios em pretensões resistidas. Em consequência, o magistrado “pode resolver de modo oposto dois casos difíceis semelhantes, se, no primeiro, um dos princípios conflitantes tiver mais peso e, no segundo, o outro se mostrar mais importante” (Coelho, 2017).

Mutatis mutandis, foi o que se passou num julgamento trazido à colação pelo Seda (2018), em seu livro *Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Na Argentina, uma mãe condenada à pena privativa de liberdade requereu que lhe fosse concedida prisão domiciliar, com fundamento no art. 32 da Lei n. 24.660, substituído pelo art. 1º da Lei n. 26.472. Ela ressaltou que este dispositivo autorizava a manutenção do vínculo direto com sua filha deficiente, dependente de cuidados especiais. Estavam em jogo o

estrito cumprimento da sanção penal, tal qual havia sido determinada, e a necessidade de manter-se o vínculo direto entre mãe e filha, de forma que a pena não representasse uma sanção também para a menor —à época, embora estivesse ingressando na adolescência, seu desenvolvimento equivalia ao de uma criança de menos de cinco anos de idade.

No caso, mesmo considerado o princípio da *personalidade da pena* (também chamado de princípio da *intranscendência da pena*), segundo o qual ninguém deve pagar pelos fatos ilícitos cometidos por outrem, a prisão domiciliar foi negada. Não obstante o princípio acima referenciado, constatou-se que a menor, ao tempo em que conviveu com a mãe, não era adequadamente tratada. Comprovou-se que a genitora se apresentava como uma figura “abandónica, indiferente, despreocupada y descuidada, en particular en relación con su hija” (Seda, 2018).

Em contrapartida, a situação da menor, após o encarceramento de sua mãe, tendia para maior estimulação de suas relações sociais e, por conseguinte, para a quebra das barreiras atitudinais que lhe impediam uma vida digna. A menina recebia pensão devido ao seu estado de saúde e contava com a assistência de uma tia, com quem mantinha bom vínculo familiar.

Assim, conquanto a punibilidade não deva se estender para além da pessoa do condenado, mortificando de maneira desproporcional os familiares (principalmente os em situação de vulnerabilidade), o juiz rejeitou o pedido de prisão domiciliar. Sobrepôs o princípio do *respeito à condição da menor, de ser uma pessoa em desenvolvimento*, ao da *personalidade da pena* e manteve a tia como tutora. A propósito, o pai da menor também estava preso.

Muito provavelmente, tivesse a condenada sido uma boa mãe, a conclusão judicial teria sido diferente, uma vez que ambos os princípios convergiriam para a mesma solução, qual seja: a permissão de cumprimento da pena em domicílio, como *mais* uma forma de prevenir e/ou obstar o agravamento da deterioração cognitiva da menina.

Lado outro, não menos importante é dizer que, se, hoje em dia, num mundo de relações econômicas e sociais mais complexas e dinâmicas, a solução de conflitos demanda mais do que regras, o Direito também não pode ser reduzido à aplicação de princípios. Nesse sentido, não se deixa uma regra de lado, ao fundamento de que ela contradiz um princípio. Mantém-se a regra, interpretando-a com lastro no princípio —isso por uma questão de segurança jurídica, igualdade e expectativa de direito.

Traçadas essas linhas, passa-se a outro aspecto de relevo processual, qual seja: o ônus da prova, cuja natureza será estudada com base em princípios jurídicos.

2. A natureza do ônus da prova com base na análise de princípios jurídicos

Começa-se o estudo do ônus da prova pela afirmação de um princípio jurídico de envergadura constitucional: o *princípio do contraditório*. Nas palavras de Moraes (2005):

o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela que foi feita pelo autor — destaques no original.

Logo, por tal princípio, assegura-se ampla defesa aos litigantes, na forma definida no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Dessarte, o desrespeito ao contraditório importa nulidade processual. Ademais, a imparcialidade do juiz para com as partes, assegurando a ambas as chances de defesa, também

se justifica em decorrência do *princípio da isonomia*, do qual, entre outros direitos, decorre o de elas terem igual oportunidade para produzir provas. Todavia, a observância deste princípio não significa ser obrigatório produzir provas, mas sim que tal produção é possível aos litigantes.

Daí deriva a principal distinção entre *ônus* e *obrigação*. Segundo a cátedra de Machado Júnior (2001), inspirada, entre outras, na lição de Carnelutti:

Nas palavras de Carnelutti, a diferença entre *ônus* e *obrigação* se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe *obrigação* quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente a figura do *ônus*.

(...)

Para Pontes de Miranda, a diferença entre *dever* e *ônus* está em que (a) o *dever* é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o *ônus* é em relação a si mesmo; não há relação entre

sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão da tutela jurídica.

Para Ísis de Almeida, o “dever” distinguir-se do “ônus”, antes de tudo, porque neste não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele. Ao dever jurídico se vincula uma sanção externa, positiva, pois existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena. No ônus da prova há uma incumbência, um encargo. O conceito não contém a ideia de pena e, por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova.

Por conseguinte, pode um litigante, mesmo sem se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, ter a pretensão acolhida em juízo.

Isso é até comum, como também ensina Machado Júnior (2001): Principalmente na produção da prova testemunhal, quando a parte não observa o ônus probatório e acaba por ouvir, desnecessariamente, testemunhas que acabam por provar o fato de interesse da parte contrária. Enfim, quer seja pelo alcance (o ônus implica a própria pessoa; a obrigação, outra), quer seja

pela consequência do descumprimento (não cumprir uma obrigação gera uma punição), o ônus processual é, na verdade, um encargo, e não uma obrigação. Portanto, uma vez concedido à parte prazo para a juntada ou a produção de provas, cabe a ela dimensionar o risco de assim não proceder e de, em decorrência de sua atitude, ter ou não sua pretensão acolhida pelo magistrado ao fim do processo.

Fixada a natureza jurídica do ônus da prova (a de encargo), cabe, agora, abordar critérios para a sua distribuição, segundo o *Direito Processual Civil*.

3. A distribuição do ônus da prova (linhas gerais)

A fixação do ônus da prova ganha relevância, quando o juiz se depara com a ausência de demonstração de fato alegado por um dos litigantes. A esse respeito, a doutrina de Echandia, mencionado por Machado Júnior (2001):

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes le interesa la prueba de esos hechos para evitar

las consecuencias desfavorables o
favorables a la otra parte.

Diante dessa situação, as disposições
atinentes ao ônus da prova passam a
funcionar como verdadeiras *reglas de
julgamento*. Caberá ao juiz aplicá-las,
impondo a derrota ao litigante que tin-
ha o encargo de provar, mas não o fez.

Não foi noutro sentido uma decisão
proferida no Superior Tribunal de
Justiça (STJ), em Brasília, ao fixar o
ônus da prova quanto à exibição de
extratos bancários, em ação na qual
se discutiam diferenças (expurgos)
de valores em caderneta de poupança:

Processo civil. Projeto “Caderneta
de Poupança” Do TJ/RS. Suspensão,
de Ofício, de ações individuais pro-
postas por poupadores, até que se
julguem ações coletivas relativas
ao tema. Procedimento convalidado
nesta Corte em julgamento de re-
curso representativo de controvér-
sia repetitiva. Conversão, de Ofício,
da ação individual, anteriormente
suspensa, em liquidação, após a
prolação de sentença na ação co-
letiva. Regularidade.

(...)

4. Inexiste violação do art. 6º, VIII,
do CDC pela determinação de que
a instituição financeira apresente
os extratos de seus correntistas à
época dos expurgos inflacionários,

nas liquidações individuais. O fato
de os contratos terem sido celebra-
dos anteriormente à vigência do
Código não influi nessa decisão,
porquanto se trata de norma de
natureza processual. 5. Ainda que
não se considere possível aplicar o
CDC à espécie, o pedido de exibição
de documentos encontra previsão
expressa no CPC e pode ser defe-
rido independentemente de even-
tual inversão do ônus probatório.
Consoante precedente da 3ª Turma
(REsp 896.435/PR, de minha re-
latoria, DJe 9/11/2009), *a eventual
inexistência dos extratos que conduza à
impossibilidade de produção da prova
pode ser decidida pelo juízo mediante
a utilização das regras ordinárias do
processo civil, inclusive com a aplicação
da teoria da distribuição dinâmica do
ônus da prova, conforme o caso.*

(...) – STJ, 2ª Seção, Recurso Espe-
cial (REsp) n. 1189679/RS Recurso
2009/0004136-6, Rel. Ministra
Nancy Andrigli, Data do Julga-
mento: 24 nov. 2010, Data de Pu-
blicação: DJe 17 dez. 2010 –grifos
acrescidos–.

Adotou-se o princípio da aptidão para
a prova, consubstanciado na teoria da
distribuição dinâmica como diretriz
para fixação do ônus, suprimindo-se a
lacuna processual (função integrati-
va) e possibilitando-se a decisão do
Colegiado.

Sobre a função integrativa dos princípios, faz-se de bom alvitre trazer à tona a lição de Sandfeld, indicada por Lima (2002):

a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio. Agora, quanto à integração jurídica, diz: *Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios –grifos acrescentados–.*

Acrescenta Mesquita Júnior (2008), ancorado em Jardim:

a utilidade prática das regras sobre o ônus da prova está a fornecer ao Juiz critérios legais para que possa decidir mesmo diante de fatos incertos, até porque não aceitamos, em nosso meio, a suspensão do processo decorrente de insuficiência de provas.

Nesses moldes, considerando que o “[o] juiz não se exime de decidir sob

a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (art. 140 do CPC), a solução foi atribuir o ônus ao litigante que tinha mais condição de provar o fato de seu interesse. Porém, a fixação do ônus pode se realizar por outros critérios processuais.

No Brasil, há ainda, à guisa de exemplo, a fixação por meio de: a) regras de pré-constituição da prova; b) *máximas de experiência*, definidas como “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, conforme o art. 375 do Código de Processo Civil (CPC); e c) inversão do ônus da prova *ope legis*, prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Contudo, não tem esta pesquisa a pretensão de aprofundar-se no estudo de cada um desses critérios, senão na análise do *dinamismo da carga probatória*, fundado na atribuição do ônus ao litigante com maior aptidão para comprovar um fato. Adiante, serão aduzidas algumas linhas específicas sobre ele.

4. A fixação do ônus da prova pelo princípio da carga probatória dinâmica

A visão invariável de que, nos termos do *caput* do art. 373 do CPC, *o ônus da prova cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, ou ao réu, quanto à existência de fato impeditivo,*

modificativo ou extintivo do direito daquele, nem sempre é suficiente para se chegar à verdade real na relação jurídica entre os litigantes. Na esteira da lição de Braga (2008):

contudo, 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 incontestada à regra advinda do art. 333, do Código de Processo Civil [hoje, considerado o CPC vigente no Brasil, corresponde ao art. 373 —adendo nosso], a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lídima 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 as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas. Daí a importância da teoria no atual processo civil —sem destaque no original.

A nosso ver, a análise feita pela estudiosa é correta, tanto que o próprio art. 373 do CPC traz regras complementares à do *caput*, normalizadas em quatro parágrafos, a fim de deixar clara a possibilidade de se atribuir o ônus da prova de modo diverso, *verbis*:

§ 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, caso em que 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 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 —sem destaque no original—.

Da leitura, infere-se que há limites para aplicar-se o princípio da carga probatória dinâmica. Sua incidência, segundo a lei processual, é possível, se a) não fizer com que a satisfação do encargo, pela parte em direção da qual foi redirecionado o ônus, seja impossível ou excessivamente difícil; b) o ônus da prova não recair sobre direito indisponível da parte; e c) a distribuição diversa, definida nos termos de convenção firmada entre os litigantes, não tornar excessivamente difícil a um deles o exercício do direito de prova. Consoante os ensinamentos de Silva (2017):

a excessiva dificuldade de uma parte deve preferencialmente representar a “maior facilidade” da outra parte (...); no entanto, uma excessiva dificuldade não pode ser suprida por outra excessiva dificuldade (...), caso em que o juiz deverá se abster da inversão do ônus da prova ou julgar por outros meios cabíveis, (...).

Ressalvadas tais hipóteses, bem como a particularidade de que, em regra, a carga probatória dinâmica se aplica em casos em que se perquire a existência de culpa (responsabilidade subjetiva), em tese não haveria outro impedimento para a incidência da teoria.

Afinal, se um litigante tem mais aptidão para a prova, é razoável exigir-lhe a comprovação do fato, mesmo que isso lhe acarrete o encargo de exhibir documentos que venham a se revelar favoráveis à pretensão da parte adversária, quando esta, por motivo de *hipossuficiência*, não disponha de outro meio para provar o direito alegado em juízo. Aqui vale um parêntese: poderia se cogitar a existência de um embate entre o *princípio da cooperação processual* com o *de que ninguém está obrigado a produzir provas contra si próprio*. Entrementes, como pontuado alhures, ônus não é obrigação, cabendo à parte dimensionar o risco de não atender à intimação do juízo para juntada ou produção de provas nos autos.

A inversão decorre, portanto, de *ajustes* conforme a capacidade e a aptidão para a produção da prova. Daí atribuir-se o predicado de *dinâmica* à fixação da carga, a ser distribuída, *no início da instrução processual*, segundo a análise do caso concreto:

a inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução (EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, DJe 21 jun. 2012).

5. Soluções dadas no Brasil com fundamento no direito do consumidor, no direito do trabalho e na recente Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD)

O art. 6º, VIII, do CDC assim dispõe:

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.

Percebe-se que o CDC, materializado na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, há quase três décadas agasalha a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando este for hipossuficiente.

E a hipossuficiência não se resume a um aspecto financeiro ou econômico, mas a uma questão de prova, isto é, de se avaliar qual o litigante possui menos condição de demonstrar a veracidade do fato discutido em juízo (“carência processual”):

Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Responsabilidade civil ambiental. Degradação da mata atlântica por pastagem de animais. 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. Conceito de *hipossuficiência*. Possibilidade de inversão do *onus probandi* no direito ambiental, inclusive quando a ação for proposta pelo ministério público. 1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental. Em saneamento, o juízo de primeiro grau, entre outras providências, determinou a inversão do ônus da prova, decisão reformada pelo Tribunal de origem. 2. Para o acórdão recorrido, não é possível a inversão do ônus da prova nas ações ambientais e, se o for, exige-se a comprovação de hipossuficiência do autor, o que, de pronto, a afasta nas demandas em que for demandante o Ministério Público. Esse entendimento opõe-se ao esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, seja no particular âmbito das Ações Cíveis Públicas ambientais, seja, mais amplamente, na perspectiva da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

(...)

Conceito e abrangência subjetiva de hipossuficiência 6. Equivocado, nos

litígios coletivos ou difusos, reduzir a hipossuficiência exclusivamente ao “necessitado” de recursos financeiros, pressuposto para a assistência judiciária, mas não para a inversão do ônus da prova. *Na litigiosidade supraindividual, hipossuficiente é tanto o pobre (=carente material) como aquele que, “segundo as regras ordinárias de experiência” e as circunstâncias do caso concreto, não dispõe de mecanismos aptos a fazer valer seu direito (=carente processual). Um e outro encontram-se, com base em transcendente valor de isonomia real, abrigados e protegidos pelo regime solidarista dos arts. 6º, VIII, e 117 do Código de Defesa do Consumidor. 7. Na relação jurídica em que há substituição processual, a hipossuficiência deve ser analisada na perspectiva do substituto processual ou dos sujeitos-titulares do bem jurídico primário, qualquer uma das duas hipóteses bastando para legitimar a inversão do ônus da prova.*

(...) –STJ, 2ª Turma, Recurso Especial (REsp) n. 1235467/RS RECURSO 2011/0026988-1, Rel. Ministro Herman Benjamin, Data do Julgamento: 20 ago. 2013, Data de Publicação: DJe 17 nov. 2016 –grifos acrescidos.

De fato, a situação de carência ou hipossuficiência para a produção de

prova é decisiva para a inversão do ônus, como fixado na LGPD.

Assim, numa ação civil em que se analisa a ocorrência de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo ao(s) titular(es) da informação, em razão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais em desconformidade com a legislação, o juiz poder inverter o ônus da prova a favor do(s) titular(es) dos dados quando for verossímil a alegação, *houver hipossuficiência para fins de produção de prova* ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. Logo, bem se percebe que a hipossuficiência mencionada na Lei, como fato a legitimar a inversão do ônus, não se limita a uma questão meramente financeira.

Por outro lado, tem-se o Direito Laboral, sedimentado na necessidade de se tentar equilibrar a conhecida balança entre o capital e o trabalho. A disciplina está calcada no princípio protetivo, assim explicado por Delgado (2018):

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia –o obreiro–, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio

inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao se construir, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

E essa proteção se irradia para o Direito Processual Laboral. Assim sendo, tomando-se o empregado como a parte mais frágil da relação profissional, nota-se que a vulnerabilidade do trabalhador também revela, muitas vezes, que ele não possui a melhor condição para provar um fato, mas sim o empregador, em face de quem, nessa circunstância, pode ser redirecionado o encargo de produzir a prova.

Não foi noutro sentido decisão proferida no Tribunal Regional do Trabalho

da 3ª Região, ao definir o ônus da prova referente ao direito de recebimento do adicional de insalubridade, normatizado no art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Ementa: Adicional de insalubridade. Ônus da prova. A distribuição do ônus probatório deve ser regida pelo princípio da aptidão para a prova, porquanto não se pode permitir que a empregadora, detentora da documentação, selecione ou oculte elementos que lhe sejam desfavoráveis na elucidação das questões controvertidas. Assim, ante a falta de apresentação judicial pela empresa reclamada de elementos que demonstrariam que o reclamante não esteve exposto ao agente físico poeira mineral, há que se manter o adicional de insalubridade, em grau máximo (40%), deferido na origem. Recurso desprovido. (TRT 3ª Reg., 11ª T., 00744-2015-074-03-00-9 RO, Rel. Des. Juliana Vignoli Cordeiro, Data de Publicação: 22 set. 2016, Data de Disponibilização: 21 set. 2016)

A decisão foi baseada noutro julgamento, com situação fática semelhante:

Ementa: Adicional de insalubridade. Encerramento da obra. ônus da prova. O Direito Processual do Trabalho é autônomo e cercado de peculiaridades, que são irradiadas

pelo próprio Direito Material por ele instrumentalizado. Em seara probatória, a inversão do ônus, em razão do princípio da aptidão para a prova, deve ser uma constante baliza para o intérprete judicial, pois o empregador, via de regra, por dirigir e administrar a rotina laboral, tem ampla possibilidade (e até mesmo o dever) de documentar os aspectos mais importantes da relação jurídica. In casu, a empregadora afirma que dispõe de documentos que revelariam a inexistência de risco acentuado para os trabalhadores (PCMAT, histograma e calibrações dos aparelhos utilizados nas medições), mas, ao contrário da alegação recursal, não trouxe tais elementos para o processado, tampouco os apresentou ao perito. Nesse contexto, diante do encerramento da obra e da impossibilidade de medição e aferição dos agentes insalutíferos, havendo prova do contato do empregado com poeira mineral, era ônus da ré demonstrar cabalmente a efetiva inexistência de risco à saúde ou a neutralização por uso de EPIs. Não o fazendo, deve se sujeitar à condenação imposta. Recurso desprovido. (TRT 3ª Reg., Turma Recursal de Juiz de Fora, 01435-2014-074-03-00-5 RO, Rel. Des. Paula Oliveira Cantelli, Data de Publicação: 29 jul. 2015)

A empregadora —a mesma nas duas reclamationárias—, foi condenada a adimplir a verba, porque, apesar de mais apta a produzir a prova sobre as condições do local onde os empregados trabalhavam (pois possuía documentos capazes de espelhar a realidade laboral), quedou-se inerte.

Como não foram exibidos tais documentos, o Órgão julgador presumiu que o conteúdo deles era favorável à pretensão dos empregados, porque, fosse o contrário, a empregadora teria tido interesse, e até mesmo a iniciativa, de trazer os papéis aos autos. À época da decisão, o art. 818 da CLT determinava apenas que “[a] prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Nessa linha, o princípio da carga probatória dinâmica não estava expresso na CLT, o que fazia com que os julgadores e demais intérpretes buscassem a solução no direito processual civil (comum), na forma autorizada no art. 769 da CLT. Hoje, no entanto, o princípio já se encontra na Consolidação, em vista do “novo” art. 818, com redação dada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017:

art. 818. O ônus da prova incumbe I. —ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II. —ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2o A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3o A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Atualmente, também é de se notar no Brasil a influência —benéfica— do Processo Civil sobre o Processo do Trabalho, dada a semelhança entre as normas suso transcritas e o art. 373, *caput* e parágrafos, do CPC.

Ambos os artigos enxergam, como fatos autorizadores do redirecionamento do encargo, a impossibilidade ou

a excessiva dificuldade de cumprir o ônus da prova. Resta saber se a “discapacidad” está também entre os fatores que podem caracterizar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade. Para tanto, faz-se indispensável a análise do conceito hodierno de pessoas com “discapacidad”, originado em norma internacional.

6. O conceito de pessoas com “discapacidad”

Antes de partir-se para o conceito de pessoas com “discapacidad”, importante breve nota sobre a posição atual do ser humano, como centro político e jurídico. Tal perspectiva é fruto da Era Moderna e tem a ver com a ideologia liberal. Asseveram Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000), com propriedade, que “[n]ão há dúvidas quanto à estrita ligação existente entre o Liberalismo e a teoria do individualismo, própria da cultura da Europa moderna (...)”.

Consequentemente, o antropocentrismo é um dos eixos do Liberalismo, em reforço à garantia da liberdade individual e da limitação do poder do Estado. *“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico, su persona es inviolable y valor fundamental respecto del cual todos los otros valores son meramente instrumentales”*. O Estado ideologicamente liberal “pressupõe, como valor, o indivíduo visto como

fim e não como meio, o princípio do diálogo, a superioridade da persuasão sobre a imposição, o respeito pelos outros, e, através deste valor, a significação positiva das diferenças e da diversidade” (Bobbio, Matteucci e Pasquino, 2000).

Ademais, é forte a ligação entre a história do Liberalismo e a da democracia. Em obra de vulto, Moraes (2005) preleciona:

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissolivelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, *inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado* —grifos acrescidos—.

Resultado dessa visão constitucional fulcrada no reconhecimento de direitos e garantias individuais não somente em face do Estado, *mas também em face de outros cidadãos*, é a forte adesão, em muitos países, a postulados liberais. Nesse sentido, a informação trazida a lume por Bonavides (1998), de que “os edificadores do Estado constitucional aderem mais à doutrina do liberalismo

—acentuando o princípio da liberdade individual— do que mesmo à doutrina da democracia, que firmava com maior ênfase o princípio da igualdade”.

Pelo exposto, como corolário da limitação do poder do Estado pregada pelo Liberalismo, passam a ser previstos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Exemplo é o reconhecimento de desigualdades estruturais, entre elas as de cunho funcional, como a “discapacidade”. Mas o que vem a ser “discapacidade”, sob um enfoque jurídico? Em socorro a essa indagação, os apontamentos de Barros (2018):

Na cópia completa do documento que traz a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) extraímos as informações que assentamos nas linhas seguintes deste estudo.

A limitação ‘funcional’ está conceituada na Classificação Internacional de ‘Funcionalidade’, ‘Incapacidade’ e ‘Saúde’ (CIF) que, no âmbito da Organização Mundial de Saúde, promoveu a alteração do modelo biomédico, simbolizado na antiga Classificação Internacional de Doenças (CID), para o modelo Biopsicossocial, universal, dinâmico e interativo, com ajustamento sócio ambiental e visando uma política de saúde. Se extrai do conceito universal daquela classificação que

a deficiência é qualificada pelas ‘alterações nas funções e estrutura do corpo’, ‘impairments’ (...).

Destacado está naquele documento (CIF) que a Funcionalidade é um termo que engloba todas as funções do corpo, atividades e participação; Incapacidade é um termo que inclui deficiências, limitação da atividade ou restrição na participação.

(...)

A funcionalidade da deficiência, ou seja, da estrutura e funções do corpo está classificada na CIF, de acordo com o percentual de comprometimento da função e ou estrutura física do corpo.

Consta na CIF as definições de funções e estrutura do corpo e suas deficiências, assentando que as funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos (incluindo as funções psicológicas). Já as estruturas do corpo são as partes anatômicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes.

As deficiências são caracterizadas pela presença de problemas nas funções ou na estrutura do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda. As deficiências de estrutura podem acarretar numa anormalidade, defeito, perda ou outro desvio importante relativamente

a um padrão das estruturas do corpo. Classificam-se as deficiências em temporárias ou permanentes; progressivas, regressivas ou estáveis, intermitentes ou contínuas.

O desvio em relação ao modelo baseado na população, e geralmente aceite como normal, pode ser leve ou grave e pode variar ao longo do tempo.

Quando há uma deficiência, há uma disfunção das funções ou estruturas do corpo e pode estar relacionado com qualquer doença, perturbação ou estado fisiológico – literalmente.

Acrescentam-se os ensinamentos de Seda (2018):

La mayoría de los autores en el campo de la discapacidad consideran que la terminología y la explicación que surgen de esta Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que fuera aprobada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, constituyen un importante avance porque se orientan hacia un enfoque universal, y cuando refieren a ‘discapacidad’ no enfocan en las deficiencias, sino que apuntan hacia las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación. Como se puede apreciar, no es lo mismo deficiencia, ni tampoco

las barreras, sino su interacción. Esto queda expresado en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que trae la siguiente definición:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)

Incluso puede agregarse, como particularidad, que aquí no se define discapacidad, sino quiénes pueden ser consideradas personas con discapacidad. Se refuerza la idea de un concepto compuesto, una categoría amplia y compleja, que requiere de un elemento objetivo (la deficiencia) y de un contexto de actuación que, si consiste en barreras, producirá un impedimento para la participación en sociedad. Si bien tiene cierta amplitud, incluso ambigüedad, esta definición viene a consolidar una perspectiva social, en detrimento de miradas tradicionales desde la profesión médica. En aquellas perspectivas, la persona con discapa-

cidad se asimilaba a un individuo enfermo, que requería atención.

La perspectiva médica tiene en cuenta aspectos diferentes a la mirada desde el punto de vista de las Ciencias Sociales. Si consideramos que la causa de la inaccesibilidad es la propia persona con discapacidad, desviamos la responsabilidad hacia al individuo. La imposibilidad de ingresar a una edificación que carece de rampa, por utilizar el ejemplo más gráfico posible, no sería una falta arquitectónica de los constructores o de los propietarios, sino que se transferiría a la persona con discapacidad. En cambio, un enfoque social denunciaría la omisión de un ingreso accesible, ya que es un hecho aceptado que hay individuos que no pueden subir escaleras. La diferencia en el enfoque es trascendente, ya que permite pensar en una variabilidad de personas para quienes se construyen los objetos, una diversidad que supera los estándares de normalidad. Precisamente, esa normalidad es cuestionada por una perspectiva social que acepte la igualdad entre los seres humanos, más allá de determinadas características y aptitudes funcionales.

Em certa medida, pode-se dizer que a consideração também de um critério de natureza estrutural para a con-

ceituação de “discapacidad” coincide com o viés liberal, em sua expressão mais pura, porquanto enaltece a figura humana, ao reconhecê-la como possuidora de direitos, tanto mais quando em situação de vulnerabilidade.

Esse ponto de vista é compatível com a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, aprovada na Argentina e no Brasil, respectivamente pela Lei n. 26.378 e pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Aliás, no Brasil, não obstante “discapacidad” seja traduzida como *deficiência*, aquele vocábulo não deve ser compreendido meramente como tal ou como a própria doença.

Em que pese o desvio semântico, ele não é —ou, pelo menos, não deveria ser— fonte de problemas, uma vez que a segunda parte do art. 1º da aludida Convenção, mesmo considerada a versão em português, é de clareza meridiana:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Nessa esteira, a “discapacidad” há de ser reconhecida como a relação

direta entre a deficiência ou doença e as diversas barreiras que podem vir a obstar ou dificultar a atuação social plena e efetiva da pessoa, em igualdade de condições com as demais.

Assim compreendida a “discapacidad”, ela não deve e *nem pode* ser tratada pela simples aplicação do critério de *prescindência*, fundamentado na prescindibilidade social das pessoas com algum grau de limitação física, mental, sensorial ou visceral, nem apenas do critério *paternalista ou médico reabilitador*, parâmetro do anterior Código Civil argentino. O Direito se modifica e, cada vez mais, deve se aproximar da noção de equidade, passando a inspirar suas regras na consciência humana e na concepção do justo, sem perder de vista os passos da moral e da ética, bem como a evolução social.

Dessa maneira, mais do que uma avaliação médica, é necessária uma visão inspirada na hoje chamada *construção social da “discapacidad”*, baseada em normas de conteúdo eminentemente humanitária, inclusive quanto à preocupação com o acesso à Justiça das pessoas vulneráveis, como é o caso de quem suporta alguma “discapacidad”.

Isso é compatível com o texto da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, o qual, no art. 13, itens 1 e 2, deixa consignado:

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, *inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas*, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário. (grifos acrescentados)

Realmente, tomado o acesso à justiça como o *acesso a uma ordem jurídica justa*, não é difícil inferir que compreende vasta gama de variáveis sociais e institucionais.

Logo, a “disponibilização de justiça” envolve a organização física, territorial e institucional dos tribunais, bem como o que tem sido feito para facilitar o acesso de usuários, individuais ou coletivos, à prestação jurisdicional — também no plano processual, como resultado de um verdadeiro e sensível

movimento de democratização participativa do Poder Judiciário.

7. Conclusão. A “discapacidade” como critério a legitimar o dinamismo da carga probatória

Neste trabalho, discutiu-se a aplicabilidade processual do princípio da carga probatória dinâmica, invertido o ônus da prova em favor da pessoa com “discapacidade”. Durante a análise, foram colacionadas várias decisões judiciais, que guiaram o raciocínio desenvolvido ao longo de tópicos sequencialmente concatenados.

Ressaltou-se que o atual Direito mantém seu viés principiológico, na medida em que os argumentos jurídicos podem ser fundamentados com espedeque em princípios, aplicáveis na solução de conflitos de interesses, discutidos num processo judicial. Como exemplos, os princípios do contraditório e da imparcialidade, que, em suma, asseguram aos litigantes a possibilidade de ampla defesa, com igual oportunidade para exercerem, em juízo, o direito de produzir provas de suas alegações.

Tal direito é modulado por regras de distribuição do ônus da prova — que equivale a um encargo, e não a uma

obrigação, pois, concedido prazo para a juntada ou a produção de provas, cabe a parte dimensionar o risco de assim não proceder e de, em decorrência de sua atitude, ter ou não sua pretensão acolhida pelo magistrado.

Com efeito, se o litigante deixar transcorrer *in albis* o prazo para a produção da prova, não se verá obrigado a suportar, automaticamente, uma condenação, pois, até sem se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, pode ter seu pedido acolhido. Daí residirem as principais diferenças a justificar a natureza jurídica do ônus processual como encargo, e não obrigação (o ônus implica a própria pessoa; a obrigação, outra. Não cumprir uma obrigação gera uma punição; descumprir um encargo, não).

Ultrapassado esse ponto, abordaram-se critérios para a distribuição do ônus da prova, destacado, segundo os contornos do Direito Processual Civil, o da distribuição dinâmica da carga probatória, atribuído o ônus ao litigante mais apto para provar um fato. Essa medida revela não ser suficiente a visão pura e simples de que o ônus da prova cabe ao autor, *quanto ao fato constitutivo de seu direito*, ou ao réu, *quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele*.

Para a verdade real, outras miradas processuais são imprescindíveis. Assim, de forma complementar às regras acima anunciadas, veio em boa hora o entendimento jurídico, no sentido de que o ônus da prova há de ser direcionado ao litigante com mais condições de comprovar um fato apontado em juízo. O próprio art. 373 do CPC —que, no Brasil, regula os parâmetros da divisão do ônus da prova no Processo Civil— traz diretrizes complementares, a fim de deixar clara a possibilidade de se atribuir o encargo de modo diverso à regra geral.

Afinal, se um litigante tem mais aptidão para a prova, é razoável exigir-lhe a comprovação do fato, mesmo que isso lhe acarrete o encargo de exhibir documentos que venham a se revelar favoráveis à pretensão da parte adversária, quando esta, por motivo de *hipossuficiência*, não disponha de outro meio para provar o direito afirmado em juízo. A inversão decorre, portanto, conforme exposto no item 2.4 desta pesquisa, de *ajustes* conforme a capacidade e a aptidão para a produção da prova.

E a hipossuficiência não se resume a um aspecto financeiro ou econômico, mas a uma questão de prova, isto é, de se avaliar qual o litigante é *carente processual*, por possuir menos condição de demonstrar a veracidade do fato discutido em juízo.

Em reforço, foram mencionadas soluções lastreadas em maneiras de pensar semelhantes, praticadas no Brasil com base nas perspectivas do Direito do Consumidor, do Direito do Trabalho e da recente LGPD. Essas soluções interpretam a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o ônus da prova como fatos autorizadores do redirecionamento do encargo. Assim, restou saber se a “discapacidad” estaria entre esses fatos, razão por que se analisou o conceito hodierno de *personas con “discapacidad”*.

Nessa trilha, percebeu-se ser fruto do reconhecimento de direitos e garantias individuais não somente em face do Estado, *mas también em face de outros ciudadanos*, a forte adesão, em muitos países, ao Liberalismo, que possui, como um de seus principais eixos, a defesa à garantia da liberdade individual e a limitação do poder do Estado.

Disso deriva, v.g., o reconhecimento de desigualdades estruturais, entre as quais as de cunho funcional, como a “discapacidad”, compreendida como *a relação direta entre a deficiência ou doença e as diversas barreiras que podem obstar ou dificultar a atuação social plena e efetiva da pessoa, em igualdade de condições com as demais*.

Logo, pode-se afirmar que a consideração de critério de natureza estrutural para a conceituação de “discapacidad”

coincide com o viés liberal, em sua expressão mais pura, porquanto enaltece a figura humana, ao reconhecê-la como possuidora de direitos.

Entendida a “discapacidad” não como a doença ou a deficiência, mas como a relação direta entre a deficiência ou a doença e as indigitadas barreiras, tem-se que a “discapacidad” não deve *nem pode* ser compreendida pela aplicação, pura e simples, do critério de *prescindência*, nem apenas do critério *paternalista ou médico reabilitador*.

Assim sendo, mais do que uma avaliação médica, é necessária uma visão inspirada na *construção social da “discapacidad”*, baseada em normas humanitárias, inclusive quanto à preocupação com o acesso à Justiça de vulneráveis, o que se amolda ao art. 13, 1 e 2, da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Discapacidad*. Busca-se, então, o *acesso a uma ordem jurídica justa*, com uma organização física, territorial e institucional da Justiça que facilite o acesso de usuários à prestação jurisdicional —no plano processual, inclusive—.

Ora, se, no Direito do Consumidor, as teorias da responsabilização foram progredindo pela constatação de que a exigência de prova de culpa do fabricante ou do vendedor não atendia ao ideal de proteção e defesa do consumidor, os critérios para a

fixação do ônus da prova, *guardadas as devidas proporções*, foram evoluindo pela observação de que simplesmente atribuir o encargo àquele que alegue possuir um certo direito não satisfaz aos ideais de justiça, entre estes o da busca da verdade real. Isso porque nem sempre quem faz a alegação de um direito é o litigante que tem maior aptidão para prová-lo no processo, segundo critérios sociais, econômicos, profissionais e, por que não, estruturais, como os de cunho funcional ou (in)capacitante.

Lado outro, pela mesma forma que se busca, no caso de um idoso, suprir o que lhe passa a ser mais caro após o transcurso dos anos —o tempo—, criando-se meios que lhe facilitem usufruir da tramitação preferencial dos autos (*corolário da razoável duração do processo*), proporcionam-se à pessoa com “discapacidad” meios favoráveis à produção da prova, entre eles a inversão do ônus.

Não bastasse, se, relativamente aos planos de saúde, a “cobertura integral” significa uma adequação às necessidades e solicitações das pessoas com “discapacidad”, o mesmo raciocínio deve se aplicar aos trâmites de um processo judicial, isto é, devem-se promover *ajustes razoáveis* em função das necessidades da pessoa com “discapacidad”.

Não é por outra razão que o princípio lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades (*Costure, apud Machado Júnior*). Eis a razão por que se justifica o abrandamento de formalidades processuais quando estejam em perigo direitos de expressão constitucional, como a vida e a saúde, ainda mais se o titular deles for alguém com “discapacidad”. Felizmente, vem sendo esse o entendimento adotado, por exemplo, pela Corte Suprema de Justicia de la Nación na Argentina¹.

Portanto, diante desse quadro e das implicações dele decursivas, os autores se posicionam favoravelmente à aplicação do princípio da carga probatória dinâmica, invertido o ônus da prova em favor do litigante com “discapacidad”, sempre que a limitação sofrida for, na prática, uma barreira a lhe dificultar ou a lhe impedir o direito de produzir provas em juízo, deixando o *ex adverso* em melhores condições de comprovar o fato discutido nos autos.

¹ Fallos 327:5210; 329:1226; 330:4647; 332:1200; e 333:380.

Referências

- Barros, G. de O. (2018). Aposentadoria especial da pessoa com deficiência. *ANAJUSTRA em Pauta*, XI (18), 102-110.
- Bobbio, N., Matteucci, N. e Pasquino, G. (s. f.). *Dicionário de política* (C. Varriale et al., Trad.; 5ª ed.). Ed. Universidade Brasília. pp. 597-605, 662 e 686-705.
- Bonavides, P. (1998). *Ciência política* (10.ª ed.). Ed. Malheiros. pp. 132 e 142.
- Braga, F. (2008). Em que consiste a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. *Jusbrasil*, publicado por Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/109877/em-que-consiste-a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-fernanda-braga>
- Carnelutti, Francesco. (2003). Como nasce o Direito (H. Martins Oliveira, Trad., 3ª ed.). *Cultura Jurídica* (Editora Líder). pp. 48-49.
- Coelho, F. U. (2017). *Novo Manual de Direito Comercial: direito de empresa* (29.ª ed.). Ed. Revista dos Tribunais. pp. 33-36 e 39-40.
- Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2017). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (1.ª ed.). Ed. Jusbares.
- Constitución de la Nación Argentina. Nosotros los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen (...).
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...). *Diário Oficial da União*, Brasília (D. F.), 5 out. 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília. <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>
- Decreto n. 6.949. (2009, 25 de agosto). Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm
- Decreto-Lei n. 5.452. (1943, 1º de maio). Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

- Delgado, M. G. (2018). Curso de direito do trabalho (17. a ed.). Ed. LTr. pp. 231-232.
- Gherzi, C. A. e Weingarten, C. (2017). Manual de contratos civis, comerciais y de consumo (4. a ed.). La Ley. pp. 92 e 241.
- Lei n. 8.078. (1990, 11 de setembro). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm
- Lei n. 10.406. (2002, 10 de janeiro). Institui o Código Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm
- Lei n. 10.741. (2003, 1º de outubro). Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm
- Lei n. 13.105. (2015, 16 de março). Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm
- Lei n. 13.467. (2017, 13 de julho). Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1
- Lei n. 13.709. (2018, 14 de agosto). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm
- Lima, G. M. (2002). As funções dos princípios constitucionais. Revista Jus Navigandi, 54. <https://jus.com.br/artigos/2624>
- Machado Júnior, C. P. da S. (2001). O ônus da prova no processo do trabalho (3.ª ed.). LTr. pp. 136-158.
- Mesquita Júnior, S. R. de. (2008). O processo criminal brasileiro e o ônus da prova. Análise feita a partir da doutrina de Afrânio Silva Jardim. Revista Jus Navigandi, 1805. <https://jus.com.br/artigos/11366>
- Moraes, A. de. (2005). Direito constitucional (17. a ed.). Ed. Atlas. pp. 25 e 93.
- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (2016). Orientações para elaboração de trabalhos científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). (2. a ed.). PUC Minas. www.pucminas.br/biblioteca
- Seda, J. A. (2018). Discapacidad y derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Disca-

pacidad (1.ª ed.). Ed. Jusbares. pp. 23-24 e 147-148.

Silva, H. B. M. da. (2017). Comentários à Reforma Trabalhista. Ed. Revista dos Tribunais.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (2018). Hard cases. Da aplicação das normas, regras e princípios. Breve Faciam, XIX (10). <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/35584>