

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Camilla Mattos Paolinelli

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Belo Horizonte
2014

Camilla Mattos Paolinelli

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

**Belo Horizonte
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P211o Paolinelli, Camilla Mattos
O ônus da prova no processo democrático / Camilla Mattos Paolinelli. Belo Horizonte, 2013.
220f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Ônus da prova. 2. Estado democrático de direito. 3. Estruturalismo. 4. Direitos e garantias individuais. 5. Liberdade. 6. Igualdade. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Camilla Mattos Paolinelli

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador). PUC Minas

Professora Doutora Flaviane Magalhães Barros. PUC Minas

Professor Doutor Alberico Alves da Silva Filho. PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 10 de abril de 2014.

Dedicatória

Aos meus queridos pais e irmãos: todo o meu amor e gratidão.

Ao Sérgio, meu anjo da guarda.

Aos professores pelo incentivo permanente.

Aos futuros alunos por me confirmarem a certeza de que
a dúvida é sempre o começo de tudo.

"É preferível enfrentar com confiança todos os desafios e sofrer a metade dos possíveis contratempos, a recear de antemão todo tipo de risco e permanecer constantemente inativo".

Heródoto de Halicarnasso (450 a.C)

"Um dia, tempos, Tio Terêz o levava à beira da mata, ia tirar taquaras. A gente fazia um feixe e carregava. '- Miguilim, este feixinho está muito pesado para você?'. '- Tio Terêz, está não. Se a gente puder ir devagarinho como precisa, e ninguém não gritar com a gente para ir depressa demais, então eu acho que nunca que é pesado..."

João Guimarães Rosa (1964)

"[...] no áspero combate pela liberdade que caracteriza essa grande aventura humana, a ambivalência da democracia reflete, entre a pureza inacessível de seus princípios e a impureza desesperante da realidade, a imperfeição e a finitude da nossa natureza humana. Na dificuldade de ser da democracia irá se projetar infinitamente o tormento existencial que habita a condição humana".

Simone Goyard-Fabre (2003)

AGRADECIMENTOS

O processo de parturiência científica é longo, doloroso, sofrido e permanente. Durante a gestação, são necessários o impulso intelectual da dúvida, interesse pela pesquisa, leitura, compromisso, paciência, persistência, dedicação, criatividade, ousadia, embate e, sobretudo, amor pelo conhecimento, pela inovação. Popper diz que *“a mais característica da ciência é a eliminação de erros pela crítica”*, o que significa que mesmo depois de colhidos os frutos (provisórios) do processo dissertativo, o ciclo não se encerra. Trata-se de um trabalho perene porque ciência se faz pelo método de aprendizagem a partir de erros. A *“realimentação negativa”* pela crítica contínua permite que *“controlemos a elaboração de nossas teorias”*, também advertia Popper. Portanto, durante o processo acadêmico, nos damos conta do quão profunda é a nossa ignorância e de que aquilo que compreendíamos ser terreno firme não passa de ilusão. Tudo está, nada permanece, a não ser a realidade das coisas que se descortina num estado de alteração constante. As explicações que se pretendem sólidas e fixas sempre serão autoritárias, porque não submetidas à problematização. Pensar é transgredir. O processo de elaboração de um trabalho científico, como ocorre na maioria dos processos de fecundação nos seres vivos, não é autopoietico. Ou seja, não pode isoladamente se autofecundar, reproduzindo-se a si próprio, sem depender de algum incentivo seja de “gametas” intelectuais, sentimentais, materiais, espirituais, transcendentais. E o intercurso deste trabalho não foi diferente. Foram muitos os tropeços, mais perguntas que, obviamente, respostas e incentivos de todo gênero. Por isso, eu só tenho a agradecer (e por óbvio, não conseguirei fazê-lo aqui em breves linhas) a todos aqueles que compartilharam o nascedouro dessa cria intelectual comigo. Aos meus pais: Norinha e Jair por terem feito de mim o que sou hoje. Tudo o que eu sou (e sei) veio de vocês, por isso, eu só tenho a agradecer por serem os meus professores de vida (não preciso dizer o quanto isso significa para mim). Não existem palavras capazes de expressar o amor que sinto por vocês. À Sarah e ao Renann pelo amor e amizade incondicionais (coisas de irmãos!) e por compartilharem comigo um pouco das minhas aflições e das suas experiências diárias, comemorem comigo as alegrias e não desanimarem com a tristeza: vocês são demais! Ao Sérgio, o meu mais leal e fiel companheiro. A quem eu devo (com toda a gratidão do mundo) a guinada para o ponta-pé inicial da jornada acadêmica. O que seria de mim sem você? Obrigada, de todo o coração, por me ouvir todos os dias, por me amar, por brigar comigo, por ter me feito acreditar nos meus sonhos, por compreendê-los melhor do que eu e por não desistir deles quando eu mesma pensei em fazê-lo: amo você!

Ao estimado Professor Ronaldo Brêtas a quem devo a honra da confiança, a gratidão das lições passadas, o agradecimento sincero pelo atencioso trabalho de orientação desenvolvido. E, em especial, por amadurecer as minhas dúvidas, os problemas por mim levantados num primeiro momento, por sugerir a ampliação da pesquisa e por acreditar no meu trabalho. Obrigada pelo diálogo constante, pelas dicas infalíveis, pelo incentivo duro, sem meias-palavras, mas, sem sombra de dúvidas, fundamental (toda a minha admiração!). Aos professores Rosemiro, Flaviane, Vicente, Alberico, Lucas por ampliarem meu estoque teórico e por me fazerem acreditar e empreender esforços para a consolidação do empreendimento arriscado do Estado Democrático de Direito. Ao Professor Leonardo Marinho (mesmo sem conhecê-lo) pelos profícuos contributos que sua tese de doutoramento trouxe ao presente trabalho. Sem suas incursões, certamente eu não teria chegado às considerações aqui tecidas. Aos queridos amigos (no sentido real da palavra) da renhida batalha acadêmica. Em especial à Roberta: minha conselheira, minha amiga, meu iluminado exemplo acadêmico e meu guerreiro exemplo de vida! Obrigada pelo carinho, pela acolhida, por ter me feito aprender tanto com você e, sobretudo, por ser meu incentivo (de todo o gênero) constante! Ao Francisco pela amizade que começou acanhada e que hoje nem consegue mais caber dentro do significado da palavra amor! À Carlinha e à Gaby por serem minha fonte de apoio permanente, por dividirem as aflições desorientativas comigo, por serem exemplos de iniciativa e de produção acadêmica de qualidade e, por fim, por compartilharem um pouco das amenidades extra-acadêmicas comigo. Ao Luciano por ser exemplo de profissional sério, de personalidade ímpar, a quem eu admiro e tenho a satisfação de ter como amigo. Aos demais amigos da CCEDD (aqui se aplica a semântica clássica: “para bom entendedor meia-palavra basta”) com quem tenho o privilégio de compartilhar as dores e delícias da vida acadêmica: Ana, Léo, Filipe, Fabrício, Rafa(s), Marci, Ricardo e todos aqueles que me acolheram de forma tão especial que nem consigo explicar o porquê. À Fernanda pelas recomendações bibliográficas valiosas, obras enviadas e incentivo marcante na pesquisa (esse agradecimento também vai para o Léo). Aos funcionários das bibliotecas e da base de dados da PUC Minas, UFMG e Miltom Campos por terem sido tão diligentes. Aos amigos de escritório Magna, Fernando, Hênio, Gabriel, Juju, Nati(s), Thi, Toni por compreenderem minhas aflições e inquietudes, ouvirem diariamente as minhas lamúrias e permitirem que eu tivesse tempo para empreender a pesquisa. Por fim, aos queridos amigos: Lu, Tetê, Luiza, Débora, Érica, Dudu, Fabin, Júlio, Louis, Nicos, Nathy por não desistirem de mim! Aos primos, tios, avós meus; irmãos, cunhadas, pais e sobrinhos do Sérgio por tornarem minha vida mais feliz e meu fardo mais leve. Meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente estudo investiga e analisa perspectivas teórico-conceituais e funcionais do instituto do ônus da prova. Promove-se crítica aos reflexos antidemocráticos da teorização do instituto sob bases autocráticas ligadas à teoria do processo como relação jurídica e à perspectiva socializadora-instrumental da função jurisdicional. Revisita-se a literatura jurídico-processual especializada, no intuito de ofertar reformulação teórica para o instituto do ônus da prova compreendendo-o consequência processual desvantajosa, com marco na concepção de ônus processuais de Elio Fazzalari. Examinam-se os fundamentos e as técnicas de distribuição (estática e dinâmica) do ônus da prova, avaliando a compatibilidade destas concepções com a teoria do processo democrático. Problematizam-se associações equívocas que objetivam diminuir os espaços de aplicação das regras do ônus da prova como técnicas de procedimento, valoração de provas e julgamento. Procura-se, por fim, encaminhar o leitor à conclusão de que a figura do ônus da prova (como instituto e técnica) assume, no processo democrático, o importante papel de garantia dúplice junto às partes e dever (vinculante decisional) do órgão jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Ônus da prova. Prova. Estado Democrático de Direito. Teoria estruturalista. Garantias fundamentais do processo. Processo Democrático. Liberdade e igualdade. Dupla funcionalidade.

ABSTRACT

This study investigates and analyzes theoretical/conceptual and functional perspective of the institution of the burden of proof. A critique is made to the antidemocratic reflexes of the theorization of the institution under autocratic bases linked to the process theory as a judicial relationship and to the socializing-instrumental perspective of the jurisdictional function. The specialized judicial and processual literature is revisited with the intent of offering a reformulation of the burden of proof, focused on Elio Fazzalari's conception of processual burdens. The grounds and techniques for distribution (static and dynamic) of the burden of proof are examined, evaluating the compatibility of these conceptions with the theory of the democratic process. Equivocal associations aimed at diminishing the space for application of the rules of the burden of proof such as procedure techniques, valuation of proof and judgment were problematized. Finally, it is intended to guide the reader to the conclusion that the figure of the burden of proof (as an institution and a technique) takes on, in the democratic process, the important role of the double guarantee for the parties and duty (binding and decisional) of the judging body.

KEYWORDS: Burden of proof. Proof. Democratic Rule-of-Law State. Structuralist theory. Fundamental guarantees of the process. Democratic Process. Freedom and equality. Double functionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Ag – Agravo Regimental

AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CPC/1939 - Código de Processo Civil de 1939

CPC/1973 - Código de Processo Civil de 1973

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Ex. – exemplo

Inc. – Inciso

Min. – Ministro

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ZPO – Código de Processo Civil Alemão

§ - parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
-----------------	----

CAPÍTULO I

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

1.1 Uma reconstrução dos sistemas processuais como ressonância dos modelos constitucionais de Estado.....	21
1.1.1 Introdução	21
1.1.2 Estado liberal e liberalização processual.....	22
1.1.3 Estado de bem-estar social e socialização do processo.....	25
1.1.4 Estado Democrático de Direito e democratização processual	27
1.2 O processo democrático: garantias constitucionais e o ônus da prova	31
1.2.1 O contraditório, fundamentação das decisões, ampla defesa como ampla argumentação, participação de um terceiro imparcial e a conexão com o direito de provar.....	31
1.3 A prova no processo democrático: releitura da(s) noção(s)	34
1.3.1 A contribuição de Elio Fazzalari	34
1.3.2 Esboço conceitual de prova	38
1.3.2.1 A prova é atividade?	42
1.3.2.1 A prova é meio?	43
1.3.2.1 A prova é resultado?	44
1.4 O sincretismo da legislação brasileira e a noção democrática de prova	45

CAPÍTULO II

ÔNUS DA PROVA: tentativa de reconstrução do conceito

2.1 Introdução ao problema.....	49
2.2 Traços teóricos iniciais	50
2.3 Ônus processuais: distinções necessárias	56
2.3.1 Ônus e obrigação	56
2.3.2 Ônus poder-dever	59
2.3.3 Ônus como imperativo do próprio interesse	61
2.3.4 Ônus como consequência processual: a perspectiva de Fazzalari.....	66

2.4 Ônus da prova	72
2.4.1 As contribuições da teoria estruturalista	72
2.4.2 Demarcação teórica do instituto no processo democrático	76
2.5 O ônus da prova como técnica: seu duplo caráter funcional na configuração do processo democrático	80

CAPÍTULO III

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: uma abordagem acerca das teorias estáticas

3.1 Distribuição do ônus da prova: traços teóricos iniciais	83
3.2. A subjetivação do ônus da prova: principais teorias	87
3.2.1 Teoria de Giuseppe Chiovenda.....	90
3.2.2 Teoria de Francesco Carnelutti	92
3.2.3 Teoria de Emilio Betti	95
3.3 A objetivação do ônus da prova: principais teorias.....	96
3.3.1 Teoria de Leo Rosenberg.....	101
3.3.2 Teoria de Gian Antonio Micheli.....	105
3.3.3 A visão conciliadora de Hernando Devis Echandia.....	107
3.4 A repartição do ônus da prova no Direito Processual Civil Brasileiro	109

CAPÍTULO IV

DINAMICIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Ônus dinâmico: traços teóricos iniciais e origem.....	116
4.2 Características e critérios de aplicação	122
4.3 Fundamentos	125
4.3.1 O “Projeto Florença de Acesso à justiça”, o instrumentalismo de Dinamarco e a disseminação da perspectiva do “justo processo”	126
4.3.2 Cooperação intersubjetiva, direito à igualdade substancial, direito fundamental à prova e inviabilidade de prova (prova “diabólica”).....	132
4.4 Momento procedimental para aplicação	138
4.5 Redistribuição dinâmica legal e limitação da atividade instrutória do juízo..	140
4.6 Aplicação do ônus dinâmico no direito comparado	141
4.7 O ônus dinâmico no direito brasileiro	145

CAPÍTULO V

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: uma releitura de associações e concepções equívocas

5.1 O problema da verdade e o processo	155
5.2 Teorias da verdade	157
5.3 A equívoca compreensão de verdade como escopo do processo instrumental e o mito da verdade real	163
5.4 Os poderes instrutórios do juízo, as técnicas procedimentais conectadas à verdade real instrumental e a equívoca redução de funcionalidade da concepção objetiva de ônus da prova	171
5.5 “Livre” apreciação da prova e ônus da prova	182
5.6 Modelos de constatação (<i>standards</i> probatórios) e ônus da prova	187
5.7 Presunções jurídicas e ônus da prova	191
CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
BIBLIOGRAFIA	204

INTRODUÇÃO

O processualista italiano Francesco Carnelutti afirma que a instituição do ônus da prova se traduz “na proibição ao juiz de buscar por si só a prova que não tenha sido fornecida pelas partes;” e “na distribuição entre estas do risco da prova que faltar, ou em outras palavras: da incerteza dos fatos¹”. A definição precisa e atemporal do referenciado autor reflete uma preocupação atual² por parte daqueles que tentam reconstruir o significado e compreender as funções do instituto³ do ônus da prova, dentro da teoria do processo democrático⁴.

A afirmação do sistema jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito e consequente modificação havida nas bases interpretativas do ordenamento jurídico, com repercussões imediatas na legitimidade⁵ dos atos de poder estatal, exigem a revisitação de

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 134.

² Vale uma advertência: a afirmação de que o pensamento de Carnelutti reflete uma preocupação de estudiosos da funcionalidade do instituto do ônus da prova no processo democrático, não significa que as ideias do autor guardem plena sintonia com proposta delineada nesta pesquisa. É que a noção conceitual de ônus proposta por Carnelutti ainda se assenta numa perspectiva de processo como relação jurídica. Tal perspectiva deve ser combatida na teoria do processo democrático, porque fundada em vínculos de subordinação entre sujeitos processuais que são incompatíveis com a noção de liberdade e igualdade. Nada obstante, a finalidade democrática do instituto do ônus da prova é retratada de modo preciso por Carnelutti, no trecho citado.

³ Ronaldo Brêtas, citando Arruda Alvim, esclarece que “denomina-se instituto jurídico à figura jurídica, criada por mandamento legal, que envolve um regime jurídico, de certa complexidade, mercê da qual podem emanar, ou, onde se conjugam relações jurídicas, ‘sediadas’ ou ‘reportadas’ a essa realidade. É esta a designação abstrata e indicativa de tal realidade, no que difere da instituição, esta a seu turno, que há de ser considerada como um instituto jurídico albergador de determinado valor (de especial significação e, geralmente, com grande lastro histórico).” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fraude no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 94, nota 163). Na análise empreendida, trata-se o ônus da prova tanto como instituto quanto como instituição. Caracteriza-se como instituto, na medida em que é figura jurídica criada por mandamento legal, constituindo-se como consequência processual desvantajosa conectada ao direito de provar, livremente assumida por uma das partes e regida por um conjunto de princípios. É também instituição porque é figura jurídica que guarda profundo lastro histórico, sendo citada desde os textos romanos. Trabalha-se também, no presente estudo, com a compreensão do ônus da prova como técnica, na exata perspectiva traçada por Aroldo Plínio Gonçalves: técnica como proceder ordenado, conjunto de procedimentos adequados destinados à realização de determinadas finalidades. Enquanto regra legal de repartição de riscos, o ônus da prova é compreendido como técnica de procedimento, valoração de provas e julgamento. (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.27).

⁴ Compreende-se como teoria do processo democrático, o conjunto de garantias processuais consagradas pela Constituição de 1988, que orienta a atividade decisória de produção dos atos de poder estatal em todas as esferas e permite que tais atos alcancem legitimidade pelo exercício do controle e diálogo permanentes.

⁵ O termo legitimidade aqui é compreendido como predicativo ou atributo do Estado que proporciona a integração entre Estado e povo nas relações de poder. A legitimidade consiste num grau de consenso gerador do cumprimento, acatamento ou observância espontânea por parcela significativa da população das decisões e atos de poder do Estado. Este grau de consentimento dispensa o uso da força por parte do ente estatal. Quanto maior é a adesão, grau de assentimento da população ou reconhecimento desta como coautora do ato de poder praticado, maior é a legitimidade deste. A legitimidade dos atos de poder democráticos se faz pela obediência às garantias do devido processo, especialmente o legislativo, assegurando-se ao povo exercício amplo de controle e participação. A legitimidade democrática é uma projeção para um futuro aberto, em construção permanente.

institutos e temas jurídicos diversos. A proposta de um paradigma⁶ democrático aponta para a necessidade de consolidação de uma oferta teórica para direito processual esteada, prioritariamente, no exercício popular, isento de coerção, de garantias discursivas. Tais garantias devem estar aptas a promover a participação e fiscalização incessantes, permitindo que qualquer do povo se reconheça como construtor normativo. Todos os institutos processuais, sem exceção, devem ser concebidos e relidos partindo da tônica democrática de participação e controle dos destinatários do provimento.

O processo, como um complexo de poderes e faculdades legais desenvolvido com liberdade e igualdade entre partes, em contraditório, no panorama democrático, é instituição viabilizadora de tais exigências. Resta, assim, perquirir se institutos que tradicionalmente o compõe, teorizados, por vezes, sob bases não comprometidas com a democracia, harmonizam-se com os novos pilares (garantias discursivas) da teoria ofertada. É neste trajeto que se impõe a problematização do ônus da prova.

É necessário examinar se o mencionado instituto, como figura jurídica fundamental ao processo, nas noções mais tradicionais, compatibiliza-se com as bases estruturantes da teoria do processo democrático. A testificação das noções tradicionais de ônus da prova, neste contexto, conduz a uma série de questionamentos acerca de sua funcionalidade, regras de distribuição, viabilidade de utilização para contenção do ativismo judicante e implementação de efetivo controle das partes sobre o conteúdo dos provimentos, promovendo uma reconstrução da própria abordagem conceitual do direito de provar.

Não é nada anacrônico se debater o conceito ou a funcionalidade do instituto do ônus da prova no processo atual, quando ainda se depara com o proselitismo daqueles que, até então, teorizam a categoria sob pilares autocráticos (como regra de livre manejo do juízo, a serviço exclusivo da jurisdição). As regras do ônus da prova reclamam maior investigação porque devem ser compreendidas, no processo democrático, como dever de

(CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.248-249)

⁶ O termo paradigma reclama um esclarecimento técnico para aplicação na ciência do direito. Não se pode compreender o termo como padrão fixo e imutável de proposições ou estruturas estabilizadas, ou ainda, “*modelos categoriais concebidos com finalidade propedêutica*”. Ora, se a Constituição se vale de uma estrutura principiológica inafastável para anunciar o desenvolvimento dos procedimentos produtores de atos do poder do Estado, o termo paradigma encerra melhor significado enquanto compreendido como sistema jurídico-normativo revelador de uma estrutura principiológica dinâmica, informadora dos provimentos. (Neste sentido: Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.57; GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROVER, Aires José (coords.). *Processo e jurisdição*. CONPEDI/UFF, Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 110).

observância obrigatória do juízo, limite à sua atividade criativa e garantia de dupla função para as partes.

A intersecção entre processo e democracia revela desafios atormentadores: assegurar celeridade (no sentido de duração razoável dos processos) sem suprimir garantias, e, concomitantemente, eliminar focos de centralidade (os protagonismos), a fim de se garantir igualdade. Democratizar processos jurisdicionais é respeitar as garantias do devido processo constitucional. Significa conceder aos participantes deste, ampla liberdade e igualdade de tratamento, indispensável diálogo, oportunidades de atuação, informação e prova, de acordo com os meios e instrumentos legalmente permitidos. Denota, também, permitir que argumentos das partes sejam efetivamente considerados por um juízo natural (legalmente constituído), equidistante das partes, no tempo procedimental adequado, sem dilações indevidas. É combater a surpresa e permitir que as partes se reconheçam construtoras como destinatárias dos provimentos. Nesse propósito, impõe-se romper em definitivo com o padrão autoritário de decisão, do solitarismo judicante e, igualmente, promover o exercício de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica. Exige-se que se desatem os vínculos com a filosofia da consciência, abrindo-se caminho para o diálogo, alcançado na intersubjetividade da argumentação, no tempo procedimental livre de etapas mortas⁷.

É sobre projeto (arriscado e pretensioso) de processo democratizado (em constante edificação) que o instituto do ônus da prova descortina-se como categoria carente de releitura e ressemantização. Afinal, após o advento dos princípios da aquisição processual, da verdade real (para alguns, adaptável e objetivo do processo civil), do fortalecimento dos poderes instrutórios do juízo e da apologia ao poder criativo da jurisprudência, é preciso se indagar: qual é a real importância do instituto que já foi considerado “*a espinha dorsal do processo civil*”⁸? A robustez adquirida por estes aspectos nos últimos tempos, indicaria que o ônus da prova foi reduzido à regra a serviço exclusivo do juízo, a ser manejada tão apenas quando todas as outras técnicas não funcionarem; ou quando o juízo simplesmente não resolva decidir por “bom senso”, “proximidade” com o que julga “verdade” ou por “equidade”? Na sua dimensão essencial de instituto que orienta a conduta probatória das partes, teria se operado

⁷ A expressão ‘etapas mortas’, segundo Humberto Theodoro Júnior, citado por Ronaldo Brêtas, foi cunhada por Niceto Alcalá Zamora y Castilho e significa “*a inatividade processual durante a qual os autos ou expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses*”. A expressão traduz os “*longos espaços temporais de completa inatividade procedimental*”. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.162 e nota 12).

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.375.

no ônus da prova um déficit de funcionalidade? São estes, pois, os questionamentos que orientam o presente estudo.

Realiza-se a problematização do tema a partir de um contraponto com concepções conceituais tradicionais acerca do instituto do ônus da prova que acabam por associá-lo à ideia de dever ou obrigação, num apego irracional à bilateralidade (direito-dever) típica da teoria da relação jurídica. Estas compreensões além de serem inconciliáveis com a proposta de liberdade, igualdade e interesse que orientam a perspectiva de processo democrático, acabam por reduzir o ônus da prova à concepção de regra de julgamento de livre manejo do juízo, o que é igualmente incompatível com a perspectiva de participação e controle da argumentação decisional pelas partes.

O objetivo do trabalho é demonstrar, sob a perspectiva do processo democrático amparada em Elio Fazzalari, com acréscimos teóricos coligidos a partir da implantação do empreendimento principiológico do Estado Democrático de Direito, que o ônus da prova só pode ser compreendido como consequência processual: desvantagem, livre e conscientemente, assumida pela parte que decide não produzir provas. Essa orientação é extraída do fato de que no processo democrático as partes são iguais nas garantias de participação e livres na atuação, orientando suas faculdades e poderes no espaço processual por seus próprios interesses, observados os limites prescritos pela lei. Portanto, não são e não podem ser obrigadas a produzir provas. Têm a escolha de fazê-lo acompanhada do ônus correspondente à sua omissão. Por isso, não existe um “dever de prova” (correlato ao “direito à prova”, numa perspectiva bilateral), mas uma liberdade constitucionalmente assegurada de provar, acompanhada de seu ônus respectivo. A compreensão do ônus da prova como consequência processual evita a vinculação do conceito de ônus a categorias pertencentes a outros ramos do direito.

A análise a ser promovida também propõe uma releitura das funções tradicionalmente atribuídas ao instituto do ônus da prova, porque se entende que o aludido instituto é regra de procedimento para as partes, técnica valoração de provas e técnica de julgamento para o juízo.

Nesses dois últimos aspectos, a importância de sua função reside no fato de que contexto de processo atual, é vedado ao juízo pronunciar o *non liquet*, sendo-lhe igualmente proibido decidir criando o direito, conforme convicções íntimas e fugindo do que a lei lhe ordena. Desse modo, em situações de dúvida ou incerteza fática, impõe-se ao órgão jurisdicional o dever legal (regra de julgamento) de atribuir sucumbência à parte que decidiu não exercer sua faculdade ou poder de provar. Assim, o instituto do ônus da prova, na teoria do processo democrático, deve ser compreendido como vinculante da fundamentação

decisional e técnica de valoração das provas, na medida em que só é dado ao órgão jurisdicional decidir conforme as provas que estão nos autos.

Coexistentemente o instituto do ônus da prova, como regra de procedimento, projeta a liberdade das partes (que são livres na decisão acerca da produção de provas, desde que assumam o ônus decorrente dessa decisão) e releva um indisfarçável regime de combate à perspectiva de busca irrompida pela verdade real nos processos democráticos. As regras do ônus da prova são também normas de conformação do ordenamento jurídico: demarcam a atuação do órgão jurisdicional, evitando decisões criativas de direitos, baseadas em argumentos tradicionais e extrassistêmicos (decisões fora da moldura).

A esse conjunto de noções que serão examinadas ao longo do trabalho, denomina-se ônus da prova no processo democrático. E nesta perspectiva, entende-se que o ônus de provar conserva amplo espectro funcional.

Com base nas premissas conceituais e funcionais traçadas, a presente reflexão intenta, por fim, combater as equívocas compreensões e associações relacionadas ao ônus probatório, divulgadas pelos instrumentalistas e teóricos ligados à escola socializadora do processo. Tais teóricos abrigam-se na defesa de que as partes e o juiz devem trabalhar juntos para a revelação da mítica ideia “verdade” para a “*justa composição da lide*”⁹. Elegem a “verdade” como objetivo do “*processo justo*” (que deve ser igualmente célere) e daí a imposição às partes de um dever de prova que rechaça a noção de liberdade e interesse. Essa ideia de verdade instrumental ainda permite que os juízes atuem produzindo provas sem quaisquer limites, mesmo ausente iniciativa das partes¹⁰.

São esses, pois, os principais pontos enfrentados na análise.

O estudo é dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro dedicado a fixar premissas teóricas e os demais desenvolvidos com foco na problematização e proposições para o tema. O exame é feito sob duas abordagens: conceitualmente, trata-se o ônus da prova como consequência processual e, no tocante às regras relativas à sua distribuição, trabalha-se com a perspectiva de ônus da prova como técnica de procedimento, valoração de provas e julgamento, conforme foi dito.

No primeiro capítulo, procura-se destacar as características fundamentais dos principais modelos de Estado que se projetaram ao longo da modernidade, demonstrando como estes balizaram a construção dos sistemas de processo jurisdicional existentes. Este

⁹ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.136.

¹⁰ Tal fato também serviria, para os teóricos ligados à socialização processual, de atenuante ao papel desempenhado pelas regras do ônus, visão que aqui, igualmente, combate-se.

percurso é necessário porque se verá que o instituto do ônus, nas múltiplas facetas que assume, reúne características típicas dos modelos liberal e social de processo. Com base nas garantias que definem o perfil democrático de processo na atualidade, busca-se demarcar teoricamente o instituto da prova no processo democrático, limitando sua finalidade e obediência à prescrição da norma constitucional brasileira de 1988.

No capítulo segundo, propõe-se uma revisão da literatura jurídico-processual, apresentando conceitos clássicos e modernos de ônus processuais, com destaque para as principais variantes teóricas que contribuíram para que se chegasse à autonomia conceitual da referida categoria. Procura-se distinguir, ainda no capítulo segundo, a noção de ônus de obrigação e deveres processuais, apresentando breve percurso à teoria da relação jurídica e ao que esta defende com primordialidade. Ao final do aludido capítulo, apresenta-se o esquema processual delineado por Elio Fazzalari e propõe-se uma noção de ônus da prova adequada à teoria do processo democrático, construída principalmente (mas não exclusivamente) a partir do autor, destacando-se ainda a perspectiva de dupla funcionalidade do citado instituto.

Nos capítulos terceiro e quarto, trata-se das técnicas estática e dinâmica de distribuição do ônus da prova, verificando sua (in)compatibilidade com as garantias do processo democrático. No quinto e último capítulo, procura-se dissociar as ideias de processo, prova, ônus e “busca da verdade”, na tentativa de fornecer arrimo à posição que conserva a dimensão democrática de dupla funcionalidade ao instituto do ônus da prova. Busca-se ainda desmistificar o argumento de que o reforço aos poderes instrutórios do juízo conduziria à atenuação do papel das regras do ônus probatório, demonstrando que estas podem representar antes de tudo, uma limitação à atividade instrutória do órgão jurisdicional. Procura-se, igualmente, desfazer equívocos comumente ligados às associações entre ônus da prova e livre apreciação; ônus da prova e módulos (*standards*) probatórios; e ônus da prova e presunções jurídicas.

Ao fim, apresentam-se as considerações finais, retomando os principais pontos de reflexão e conclusões da pesquisa.

As vertentes metodológicas adotadas são a jurídico-interpretativa e a jurídico-teórica, já que se intenciona analisar e criticar concepções teóricas de ônus da prova que impedem ou dificultam o exercício das garantias do devido processo democrático, comprometendo a legitimidade dos pronunciamentos decisórios. Pretende-se com a pesquisa contribuir para a construção de uma teoria do processo, que esteja em genuína consonância com o princípio do Estado Democrático de Direito e com as garantias processuais-fundamentais asseguradas pela Constituição de 1988.

Não se pretende trazer conceitos novos ou definições perenes, mas por meio da revisão de literatura acerca do ônus da prova, selecionar contribuições adequadas à compreensão de processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa procura submeter os problemas vislumbrados a partir do instituto do ônus da prova a testes, apontando suas aporias¹¹ no intento de refutá-las com base nos preceitos que orientam a noção de processo democrático. Com Popper, sabe-se que a “*ignorância é sóbria e ilimitada. [...] A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados*” mas, também descobre-se “*que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e estado de alteração contínua*”¹². Pensar é transgredir. Assim, deseja-se com o presente estudo, tão apenas, fomentar o debate e a reflexão na comunidade acadêmica a respeito do instituto do ônus da prova, bem como a adequação do seu conceito e de suas funções à teoria do processo democrático.

¹¹ “O termo *aporia* designa precisamente uma questão que é interessante e iniludível, designa a falta de caminho, a situação problemática que não é possível eliminar.” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p.33).

¹² POPPER, Karl Raymund. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins & outros. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978, p. 13.

CAPÍTULO I

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TEORIA DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

1.1 Uma reconstrução dos sistemas processuais como ressonância dos modelos constitucionais de Estado

1.1.1 Introdução

Para a adequada reconstrução da noção de ônus da prova dentro da estrutura democrática de processo jurisdicional, é necessário fixar premissas e compreender as bases de estruturação do sistema jurídico que se constrói (incessantemente), a partir da adoção do Estado Democrático de Direito. A ideia, anunciada por este amálgama principiológico que tornou indissociáveis Constituição e Processo, é de fundar um processo jurisdicional disposto sobre bases discursivas que perfaçam a conexão entre direito e democracia. Um processo edificado sobre estruturas que assegurem o fluxo decisório, que garantam a efetiva influência dos sujeitos processuais na formação dos pronunciamentos decisórios, participação cidadã, além do controle de atos de poder do Estado.

A proposta é de se equacionar um modelo de processo que permita a democratização de estruturas de poder e promova o acesso do povo na defesa de seus direitos fundamentais. Para a implementação do Estado e direito democráticos, é indispensável a consolidação de um processo como espaço público de discursividade, fiscalidade e problematização (reflexão e crítica) contínuas dos provimentos.

A fim de se compreender essa proposta de democratização do processo, e, por via de consequência, do próprio Estado de Direito – que pretendem se adequar às perspectivas de democracia cidadã –, é preciso entender quais são, de onde vem e no que consistem as garantias e os princípios constitucionais que equacionam este modelo.

Intencionando fixar as premissas sobre as quais se desenvolverá o estudo proposto, delinear-se-á brevemente concepções teóricas de Estados Constitucionais (formatadas ao longo da história). A análise é essencial em razão da correlação existente entre a organização estatal implementada em determinado período histórico e seu reflexo direto nos sistemas processuais adotados. Acredita-se que há direta ressonância dos paradigmas estatais nos

sistemas processuais, na medida em que aqueles criam um horizonte de sentido para estes¹³. Entende-se, também, que o exame desta correlação, ainda que breve, é imprescindível ao estudo, uma vez que a consolidação do Estado Democrático de Direito é um processo evolutivo e daí a necessidade de se problematizar os modelos liberal e social de Estado a fim de “*se escapar de possíveis degenerações que ambas as perspectivas possam gerar*”¹⁴. Ademais, o Estado Democrático de Direito, dentro do marco teórico procedimental, tensiona argumentos liberais e sociais, já que com Habermas, não há autonomia pública sem privada (e vice-versa) - cooriginárias nos cidadãos que, nos espaços públicos, devem assumir-se autores e destinatários da norma¹⁵. Nas noções de ônus da prova trabalhadas, conforme se verá, estão igualmente presentes traços dos modelos liberal e social de processo¹⁶.

1.1.2 Estado liberal e liberalização processual

A primeira concepção teórica a ser apontada dentro do quadro histórico-constitucional é o Estado Liberal “*por via do qual se buscava entender o Direito como forma de se assegurar o afloramento e proteção das iniciativas e interesses individuais*”¹⁷. A proteção da propriedade privada e da liberdade, sobretudo a econômica, são características marcantes desse modelo de Estado: abstencionista, negativo, instrumental e não interventor – que busca proteger os indivíduos de ingerências súbitas na sua esfera mínima de direitos. Damaska chama a espécie estatal de Estado reativo (*Estado Reactivo*) ou estado de *laissez faire*, em razão deste “*se limitar a proporcionar um marco de apoio dentro do qual os cidadãos*

¹³A reconstrução histórica dos paradigmas processuais diretamente ligados aos modelos constitucionais de Estado será feita com base na proposta teórica de Dierle José Coelho Nunes, desenvolvida na obra “*Processo Jurisdicional Democrático*” e estada em alguns pontos levantados por Mirjan R. Damaska na obra “*Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparato del proceso legal*”.

¹⁴NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 137.

¹⁵ Para Habermas: “*Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são cooriginárias; ao mesmo tempo, porém ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexo existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e privada [...]*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 147).

¹⁶ Apesar do reconhecimento da inegável tensão existente entre características liberais e sociais no modelo democrático de processo, trabalha-se no sentido de combater compreensões equivocadas que acabam por reforçar a visão instrumentalista de processo e a posição tutelar do Estado em relação à população, condutas incompatíveis com a concepção de processo assentada em teorias democráticas. (Cf. NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 157-176).

¹⁷ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.26.

perseguem os objetivos que elegem". Trata-se de um modelo de Estado minimalista que, para referido autor, teria papel secundário [porque celebra a autorregulação pela sociedade civil] que consistiria apenas na garantia da ordem e no oferecimento de um foro para resolução de disputas [conflitos] que os próprios cidadãos não conseguem resolver sozinhos¹⁸.

Os direitos fundamentais garantidos pelo Estado Liberal decorrem “[...] *não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual*”¹⁹. A Constituição dos Estados liberais é “[...] *concebida como um mecanismo ou instrumento do governo, capaz de regular o embate entre os vários atores políticos que concorrem entre si*”, e “[...] *a Democracia nada mais é do que o processo de eleição e o exercício de um governo legitimado pela maioria*”²⁰. A garantia de direitos, particularmente os políticos (voto censitário), está diretamente ligada ao poder econômico e a política do *laissez-faire, laissez-passez* “[...] *longe de conduzir à liberdade*”, contribui “[...] *para a perpetuação da desigualdade*”²¹. O Estado Liberal, fundado na livre concorrência, autonomia privada, liberdade econômica e regido pelas leis do mercado, é um Estado de direito no seu verdadeiro sentido²². Sua proposta é de assegurar formalmente aos cidadãos tão apenas os direitos individuais de propriedade, ordem e segurança pública.

O modelo de processo preconizado pelo Estado Liberal se lastreia em princípios ligados à igualdade formal das partes, à escritura (processo escrito) e à dispositividade²³. Busca-se, sobretudo, uma posição de máxima imparcialidade e passividade por parte do juiz. O contraditório, por sua vez, resume-se à mera bilateralidade de audiência (dizer e contradizer)²⁴, sendo o juiz um verdadeiro “estranho” ao objeto litigioso. Reduz-se a esfera “pública” do processo a mero mecanismo de resolução de conflitos²⁵.

Concebiam-se um modelo de processo puramente lógico, que obrigava o intérprete (juiz) a agir por subsunção, sendo a decisão final fruto de um silogismo (norma-fato). No contexto liberal, o regime de codificação se propunha a disciplinar todas as condutas humanas

¹⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparato del proceso legal*. Traducción: Andrea Morales Vidal. Colaboración: Pablo Rulz-Tagle Vial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.128-129 e 132.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 93.

²⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.41.

²¹ FABRI, Andréa. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.25.

²² CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.97.

²³ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.73.

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²⁵ DAMASKA. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, p.135-140.

relevantes e suas respectivas sanções, fazendo com que o trabalho do julgador se resumisse ao enquadramento do caso concreto a uma regra jurídica geral, abstrata e universal. O direito, com pretensões científicas, era regido pela lógica matemática²⁶, e o Estado, estritamente legalista, impunha a supremacia do legislador frente ao julgador.

No que toca especificamente às regras de distribuição do ônus da prova, apesar de estarem diretamente relacionadas ao princípio dispositivo, o que, à primeira vista, poderia indicar seu prestígio no contexto de processo liberal, ocorre, segundo alguns autores, justamente no contrário²⁷. É que no modelo de Estado e processo liberais, a confiança na ciência e na reconstrução dos fatos por meio do método científico eram tamanhas que se acreditava que as situações de incerteza acerca dos fatos simplesmente não existiam. A lógica ramística e os critérios racionalístico-matemáticos influenciavam o processo, importando na construção de um modelo puramente demonstrativo de prova, que pudesse conduzir ao exame científico dos fatos²⁸. E isto, pelo menos à primeira vista, causava a impressão de perda da funcionalidade da figura do ônus probatório²⁹.

A essa perspectiva de processo, que tem foco no protagonismo das partes, a literatura jurídico-processual convencionou chamar “*liberalismo processual*”³⁰. As linhas teórico-processuais do liberalismo entraram em colapso junto ao respectivo modelo de Estado, demonstrando seu esgotamento ainda no século XIX. As propostas apresentadas por este modelo - essencialmente privatístico - foram incapazes de apresentar respostas eficazes à realidade social que “[...] denunciava o avanço de um capitalismo miserabilizante”³¹.

²⁶ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo, e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

²⁷ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30-31.

²⁸ MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judicarius medieval* e no processo assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.85.

²⁹ Contudo, entende-se que a conclusão não passa de impressão pessoal de alguns autores. Isto porque a valorização da ideia de “verdade real” no processo civil, remonta à proposta de socialização do processo. Não ocorre num modelo baseado na protagonização das partes. Mesmo com o modelo puramente demonstrativo de prova como o liberal (em que, pelo menos em tese, poderia se cogitar da reconstrução completa os fatos no processo), as regras de distribuição do ônus continuam a orientar a atividade probatória das partes e vinculam a atuação do magistrado. O modelo de processo que confere primazia à atuação das partes sugere uma valorização do perfil subjetivo do ônus e à vinculação do juízo à distribuição legal. Ademais, com o modelo demonstrativo de prova, as regras do ônus da prova não perdem a função de técnicas procedimento e valoração de provas. A suposta perda de funcionalidade subjetiva do ônus da prova somente pode ser cogitada numa proposta socializadora de processo, a partir da qual se passou a conferir valor excessivo aos poderes instrutórios do juízo, devido à alteração do foco do processo para o magistrado. No modelo de processo democrático, conforme se verá, os perfis objetivo e subjetivo do ônus devem ser resgatados e valorizados, uma vez que, neste, o direito de provar exerce a dupla função de demonstração e argumentação, como efetiva influência. (Em sentido contrário ao posicionamento ora defendido: Cf. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30-31).

³⁰ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.54-77.

³¹ LEAL. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p.26.

1.1.3 O Estado de Bem-Estar Social e a socialização do processo

Com a crescente insatisfação com o desenvolvimento da sociedade industrial, as degenerações e insuficiências demonstradas pelos modelos de Estado e processo liberais, referidos modelos se viram compelidos a ceder lugar ao Estado Social (Estado de *Bem-Estar Social* ou *Welfare State*), acompanhado de uma nova concepção de processo: o “*socialismo processual*”³².

Nesse novo paradigma, os deveres do Estado, antes negativos, assumem caráter positivo. O Estado abandona sua posição de mero espectador, passando a agir efetivamente na garantia de direitos sociais mínimos, como os trabalhistas. Intervém na economia com a preocupação de estimular o crescimento, a fim de garantir empregos, bem-estar aos cidadãos, prestação de serviços públicos, como saúde, educação, previdência. O interesse coletivo passa a ter preponderância sobre o individual e as instituições sociais voltam a ganhar força. Trata-se do chamado Estado Ativista³³, segundo Damaska.

Os marcos inaugurais do Estado de Bem-Estar Social são as Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de *Weimar* em 1919 que, incentivadas pela Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII³⁴, buscaram dar respostas aos problemas sociais e econômicos da época, repugnando a ideia de capitalismo “selvagem” e desumanizante. No Brasil, as propostas do *Welfare*, que ganharam corpo com a Constituição de 1934 (Estado Novo), foram relegadas ao plano teórico, já que, na prática, não se garantiu acesso amplo e irrestrito à saúde e à educação³⁵ – pré-requisitos para a concretização do modelo.

No direito processual, como reflexo do Estado Bem-Estar Social, surge uma linha teórica que “*em face da percepção da luta de classes, acredita no direito como instrumento de transformação social*”. Trata-se do socialismo jurídico que “*critica a lógica liberal de liberdade do jogo das forças políticas e econômicas e defende maior intervenção legislativa, com reestruturação de alguns institutos jurídico-processuais*”³⁶. São expoentes da socialização jurídico-processual Anton Menger e Franz Klein (na legislação) e Oscar Bülow (na doutrina)³⁷.

³² NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.78-106.

³³ DAMASKA. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, p.138-139.

³⁴ LEAL. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 27-28.

³⁵ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria de legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.34-35.

³⁶ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 78.

³⁷ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.80.

A ideia socializante de processo parte do pressuposto de que é necessário se enfraquecer o papel das partes e se reforçar o papel da magistratura, porque esta representa o Estado e seus objetivos. A função jurisdicional incorpora a razão de Estado, ganhando vieses de engenharia social. O processo anuncia-se como uma verdadeira “*instituição estatal de bem-estar social*” e encontra-se moldado sob uma estrutura técnica centrada na oralidade e no discurso do protagonismo judicante³⁸. O juiz exerce a função de compensador das desigualdades materiais das partes e a legitimidade dos atos de poder estatal é justificada por decisões complacentes à visão estatal de bem comum³⁹.

Ao processo social agregam-se escopos morais, políticos, econômicos, culturais. O juízo assume o papel de portador privilegiado de valores uniformemente compartilhados pela sociedade, canalizador de suas expectativas. E este papel que ganha vigorosa força teórica com os estudos de Oscar Bülow em 1868, apresentados em sua *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais), na qual o autor delinea sua peculiar concepção de relação processual com foco na subordinação das partes à figura do juiz.

No campo probatório, em razão da supervalorização do papel dos juízes (imbuídos da missão de fazer justiça em prol do bem comum), ocorre o resgate da tópica-retórica com consequente fortalecimento do modelo (argumentativo) de prova, destinado exclusivamente a convencer o juiz. Há uma ampliação dos poderes instrutórios do magistrado e fortalecimento da ideia de verdade real, questões que repercutem diretamente na literatura jurídico-processual que trata do ônus probatório⁴⁰. As normas relativas aos ônus da prova passam a ser compreendidas, neste momento, como regras a serviço exclusivo do juízo, que não têm outra função senão a de técnica de julgamento a ser manejada apenas em último caso, quando todos os meios utilizados pelo juízo se mostrarem insuficientes para a revelação da verdade.

O modelo puramente social, que conduziu ao fortalecimento do papel da Jurisdição, adquire peculiaridades com a crise do *Welfare*, particularmente após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), crise dos regimes nazifascistas, e, sobretudo com o advento do “Projeto

³⁸ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 83.

³⁹ GRESTA, Roberta Maia. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROVER, Aires José (coords.). *Processo e jurisdição*. CONPEDI/UFF, Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 113.

⁴⁰ Nesse sentido: MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961; ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e Ônus da prova*. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª série.

Florença de Acesso à justiça⁴¹”, na década de 1970. Ocorre um amplo movimento pela simplificação procedimental⁴², de modo a permitir aos culturalmente menos dotados, a acessibilidade para se defender pessoalmente perante o juiz⁴³.

Os modelos puramente sociais de Estado e processo começam a ser questionados

“[...] conjuntamente com os abusos perpetrados nos campos de concentração e com a explosão de bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento hippie na década de 60. No entanto, é no início da década de 70 que a crise do paradigma de Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão⁴⁴.”

A crise do Estado de Bem-Estar social acaba catalisando expectativas para a implementação do Estado Democrático de Direito como instituição codependente de direitos fundamentais, comprometida com a liberdade política irrestrita do cidadão.

1.1.4 O Estado Democrático de Direito e a democratização processual

A partir do segundo Pós-Guerra⁴⁵ e, particularmente no final da década de 1970, as sociedades ocidentais passam a reconhecer a necessidade de se instituir e conferir aos cidadãos ferramentas de controle dos atos do poder do Estado e promoção da dignidade da pessoa humana⁴⁶. Ergue-se, mundialmente, a bandeira do movimento de fundamentalização de direitos humanos, fomentando-se a constitucionalização de garantias voltadas à proteção

⁴¹ A respeito do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” tratar-se-á mais detalhadamente no Capítulo IV do presente estudo.

⁴² Conforme será tratado no Capítulo IV do presente estudo, com a implantação do modelo neoliberal de Estado, os ideais preconizados pelo modelo socializador divulgados pelo “Projeto Florença de Acesso à justiça” associaram-se à lógica mercadológica do neoliberalismo econômico, o que conduziu à corrupção do modelo puro de processo social. As técnicas processuais tornaram-se obedientes à lógica da produção quantitativa com o menor custo possível. Este modelo é chamado por Dierle Nunes de neoliberal ou pseudosocial de processo. O aludido modelo que, no Brasil, ganhou a pecha de “instrumentalismo positivo”, encontrou em Cândido Dinamarco seu maior precursor. E, infelizmente, ainda prevalece no cenário nacional, não obstante os ganhos teóricos trazidos pela implementação do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição de 1988. (Cf. NUNES, *Processo jurisdicional democrático*, p.150-176). Sobre a instrumentalidade positiva e sua relação com a ideia de efetividade do direito material, ver: DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p.263 e ss.

⁴³ NUNES, *Processo jurisdicional democrático*, p.105-108.

⁴⁴ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.36.

⁴⁵ Num contexto marcado por chagas indelévels das duas grandes guerras, das atrocidades cometidas nos campos de concentração e da crise dos regimes nazi-fascistas.

⁴⁶ Para noções sobre o conceito de dignidade da pessoa humana: Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

da vida, das liberdades políticas, de modos de vida, segurança, igualdade, participação e controle do povo nos atos de poder estatal⁴⁷.

Esse movimento mundial de constitucionalização de direitos e garantias impulsiona o surgimento de uma nova forma de Estado, que não se contenta mais com a concepção de democracia meramente representativa⁴⁸. Propugna-se por um Estado de Direito centrado no diálogo, no respeito às diferenças (pluralismo), na garantia de proteção, na promoção da dignidade humana, na participação, no exercício efetivo e permanente de cidadania; não simplesmente no exercício esporádico de voto⁴⁹ para cidadãos-proprietários ou na pretensão de bem-estar para cidadãos-clientes. Trata-se do Estado Democrático de Direito. A partir da sistematização dessa nova matriz constitucional-estatal, exige-se também a alteração nas bases interpretativas do sistema jurídico implantado, que, igualmente, deseja-se democrático.

A democracia é a chave da compreensão da possibilidade de desenvolvimento do Estado de Direito em bases diversas daquelas presentes nos sistemas estatais e processuais anteriores⁵⁰. De acordo com Roberta Maia Gresta, o princípio democrático, na pós-modernidade, demanda a consolidação de procedimentos jurídicos de controle perene do poder estatal pelo povo, uma vez que se coloca como comando contínuo, “*dirigido à produção do direito e ao exercício do poder, cuja observância deve ser objeto de constante fiscalidade pelo povo, compreendido como comunidade política dotada de autodeterminação*”⁵¹. Portanto, a concepção de democracia pós-moderna exige fiscalidade popular permanente.

A exigência de controle popular inafastável faz com que o sistema jurídico confira força normativa e eleve a Constituição a lugar de destaque, já que esta consolida um extenso rol de garantias com a finalidade de conferir ao povo (não icônico, agora sujeito constitucional) mecanismos de controle forte, participação ostensiva nas decisões do Estado, corporificando o ideal de democracia. A efetivação das garantias constitucionais-processuais, como mecanismos de controle popular, e o exercício constante destas nas decisões do Estado é o que confere legitimidade aos atos do poder estatal, na pós-modernidade.

⁴⁷ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 67.

⁴⁸ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.114.

⁴⁹ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.114.

⁵⁰ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.113-115.

⁵¹ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.113.

De acordo Jünger Habermas⁵², esta concepção de democracia, constantemente atenta às contestações e reivindicações de todo tipo, elege o diálogo dos destinatários (também autores) da norma como justificativa de legitimidade do sistema jurídico através do consenso⁵³. O eixo de racionalidade sai da ontologia do sujeito cognoscente, passando à argumentação compartilhada dos participantes da discussão. Significa dizer: a vontade democrática dos cidadãos se institucionaliza por meio do diálogo e da observância das diferenças existentes na sociedade pluricultural, a fim de que sejam reconhecidas, discutidas e argumentadas⁵⁴, sempre por intermédio de um enfoque crítico.

No Brasil, a perspectiva democrática de Estado de Direito parte da Constituição de 1988. O texto constitucional invoca “*a prevalência concomitante da soberania popular e dos direitos fundamentais em todos os campos*”⁵⁵, disponibilizando ao povo mecanismos de fiscalização ampla e irrestrita do poder público e de seus agentes (pois é o povo que detém a titularidade de construir, modificar ou até destruir a ordem jurídica⁵⁶).

Essa alteração das bases interpretativas dos sistemas político e jurídico exige também a problematização do modelo de processo jurisdicional vigente. Afinal, o processo também é garantia constitucional (art. 5º, LV⁵⁷ da CRFB) e assim deve fomentar, promover, fortalecer e tornar efetivo o controle dos atos estatais pelo povo, atendendo aos propósitos da

⁵² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Habermas, ao elaborar o que chama de sistema procedimental, busca uma estrutura normativa dialogal que permite que todos os interessados no pronunciamento estatal percebam sua participação naquele ato. Os sistemas jurídico-constitucionais que antecedem o do Estado Democrático de Direito não abordam a relevância da relação interna e equilibrada entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos. Preferem valorizar a pretensão de um *bem-estar* desses cidadãos que se apresentam, ora como cidadãos-proprietários, ora como cidadãos-clientes do Estado. Além disso, os paradigmas anteriores desconsideram “*a participação e a fiscalização dos cidadãos, que integram uma sociedade complexa e pluralista, na construção do Ordenamento Jurídico, a qual, para Jürgen Habermas, deve dar-se a partir das formas de comunicação entre esses cidadãos*”. (THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011).

⁵³ Aqui, deve se atentar para a crítica da ideia de consenso no sentido de mera concordância com o melhor argumento. Diante do multiculturalismo, da pluralidade, da diversidade das atuais sociedades, a ideia de “consenso” deve ser vista com reservas. Não se trata do sentido tradicional atribuído à palavra, já que não se deve admitir consensos prévios, institucionalizados por meios hegemônicos ou de poder. Deve se trabalhar com consensos provisórios, permanentemente abertos à revisão, obtidos em espaços públicos de diversidade, celebrados por meio do debate fora dos espaços públicos de livres e iguais em patrimônio, valores e sentidos. Nesse sentido: Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: uma discussão necessária*. Disponível em: <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/06/1335-por-um-novo-constitucionalismo-por.html>. Acesso em 05.07.2013.

⁵⁴ DEL NEGRI. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria de legitimidade democrática*, p.74.

⁵⁵ NUNES, *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 216.

⁵⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23.

⁵⁷ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22.10.2013).

democratização. Daí a se falar na necessidade de consolidação de uma teoria (constitucional) do processo democrático.

No Estado Democrático de Direito, o processo democrático deve ser compreendido como instituição viabilizadora do compromisso de promoção da participação, fiscalização e controle incessantes do povo (destinatário e construtor normativo) nos atos de poder estatal em todas as esferas, de modo a coibir abusos. O (devido) processo, consagrado pelo art. 5º, LV da Constituição, é garantia codependente de direitos fundamentais, a desenvolver-se com base no contraditório paritário como garantia de influência, ampla defesa como ampla argumentação, participação de um terceiro imparcial e fundamentação racional das decisões⁵⁸. Edifica-se como espaço público de discussão e impõe a coparticipação dos sujeitos processuais com igualdade temporal de fala, exigindo a implementação técnica de direitos fundamentais, para que os destinatários se reconheçam autores dos pronunciamentos que lhes digam respeito.

O processo democrático tem, assim, no âmbito jurisdicional, a tarefa primordial de resgatar e oportunizar a discussão de todos os interessados, garantindo a construção de um espaço procedimentalizado em contraditório, a fim de afastar protagonismos e a busca solitária pela aplicação do direito com “justiça”. Neste espaço público processualizado, as partes agem com liberdade e igualdade (dentro dos limites da lei), movendo-se por seus próprios interesses em direção ao provimento final, a fim de que controlem o conteúdo deste. Dentro desta dinâmica, não há espaço para coerção. O Estado não pode atuar coagindo as partes a agirem. Estas são autônomas e devem reconhecer-se livres na atuação das faculdades e poderes processuais que a lei (e a Constituição) lhes confere.

É dentro dessa perspectiva de processo, – fundado na garantia de livre e igual participação de todos os interessados no provimento, segundo um modelo constitucional –, que se desenvolverão as incursões sobre o instituto do ônus da prova no presente estudo. Por meio de uma análise crítico-reflexiva, buscar-se-á enquadrar as noções do referido instituto dentro das novas exigências do processo constitucional democrático pós Constituição de 1988, com particular adesão à *teoria estruturalista*⁵⁹ de processo.

⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do processo penal – lei nº.12043/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.20-28.

⁵⁹ A expressão “teoria estruturalista” foi cunhada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias na obra *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, em denominação à teoria de Fazzalari que concebe o processo como procedimento em contraditório. Explica o referenciado autor que a expressão remete à ideia de procedimento como *estrutura normativa*, noção utilizada por Aroldo Plínio Gonçalves oito vezes na obra que apresentou Fazzalari ao Brasil (BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.91).

1.2 O processo democrático: garantias constitucionais e o ônus da prova

O processo, aqui denominado democrático, é instituição que, a partir da Constituição Brasileira de 1988, consoante já dito, passou a ser compreendida como uma garantia a implementar-se codependentemente a direitos fundamentais. A teoria do processo democrático preconiza um processo como “*metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais*”⁶⁰, a desenvolver-se com base no “*contraditório paritário como garantia de influência e não surpresa, ampla defesa como ampla argumentação e participação de um terceiro imparcial*”⁶¹.

A noção de processo-garantia é sustentada pelos princípios constitucionais do devido processo (artigo 5º, LV da CRFB) que permitem o controle popular dos atos de poder estatal, propugnando a necessária ruptura com o padrão autoritário de decisão e com a corrupção das funções públicas, a partir da participação. A base uníssona dos princípios do contraditório paritário, ampla defesa e fundamentação dos provimentos formata a ideia de modelo constitucional processo⁶² democrático. As garantias citadas são de suma importância para a compreensão e redimensionamento do instituto do ônus da prova no processo democrático, partindo da *teoria estruturalista*, como se verá a seguir.

1.2.1 O contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla defesa como ampla argumentação, a participação de um terceiro imparcial e a conexão com o direito de provar

Numa perspectiva democrática, a garantia do contraditório (compreendido como diálogo permanente entre os participantes) está presente em todo e qualquer processo. O contraditório é uma das vigas-mestras do devido processo constitucional, juntamente com a

⁶⁰ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.84-95.

⁶¹ BARROS; MACHADO. *Prisão e Medidas Cautelares*, p.20-28.

⁶² A proposição inicial de modelo constitucional de processo foi feita pelos autores italianos Giuseppe Andolina e Ítalo Vignera, com vistas à construção de uma teoria geral de processo edificada sobre bases constitucionais e principiológicas. O esquema geral de processo constitucional proposto pelos referidos autores possui três características: a *expansividade*, que garante que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a *variabilidade*, como possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função da característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a *perfectibilidade*, como capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p.9-10). Cf. BARROS; MACHADO. *Prisão e Medidas Cautelares*, p.18-19.

ampla defesa, a fundamentação das decisões jurisdicionais e a reserva legal⁶³. Propicia a atuação em igualdade pelos partícipes do procedimento, afasta protagonismos, viabiliza controle e influência destes nas decisões que lhes digam respeito. Trata-se de uma garantia fundamental que se conecta às garantias de isonomia (igualdade de tratamento, temporal de fala, prova e argumentação), fundamentação racional das decisões jurisdicionais, ampla defesa e a participação de um terceiro imparcial. O processo desenvolvido em contraditório assegura que o pronunciamento jurisdicional obedeça à reserva legal e se fundamente no direito debatido pelas partes, bem como nos fatos por elas reconstruídos nos autos⁶⁴.

Estruturada sobre uma base trinômia – “*informação-reação-diálogo*”⁶⁵ -, a garantia do contraditório permite às partes o efetivo controle da fundamentação das decisões e da própria prova produzida nos autos, garantindo influência, não surpresa e legitimidade daquelas. A forma de estruturação procedimental do processo em contraditório permite que a decisão “*seja construída processualmente dentro de um espaço jurídico-discursivo*”⁶⁶, o que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais, como fruto da coparticipação dos sujeitos do processo, propiciando a implementação de direitos e garantias fundamentais das partes⁶⁷. O contraditório é, assim, garantia conquistada de ambas as partes e se “*transforma numa exigência da instrumentalidade técnica do processo*”, já que a ideia que está em sua base “*é a de evolução da prática da democracia e da liberdade, em que os interesses divergentes ou em oposição encontram espaço garantido para a sua manifestação, na busca da decisão participada*”⁶⁸. Daí a se falar em contraditório como garantia de influência. As partes têm o direito de influir argumentativamente⁶⁹, em condições de igualdade, no desenvolvimento e resultado do processo, construindo coparticipativamente o pronunciamento decisório.

Nesse tocante, também se evidencia a interdependência entre contraditório e fundamentação das decisões, já que, ao se exigir que a decisão respeite o contraditório, não há como se permitir que esta seja um ato isolado, fruto do solipsismo, da magnanimidade de um terceiro imparcial e livre da prova produzida nos autos. A fundamentação do julgado deve ser elaborada a partir da discussão travada e da prova produzida nos autos segundo o modelo legal, sendo vedado ao juízo decidir fora disso⁷⁰.

⁶³ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 93.

⁶⁴ LEAL. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p.77.

⁶⁵ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.94-95.

⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.140.

⁶⁷ BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 11.

⁶⁸ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 171.

⁶⁹ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.227.

⁷⁰ É nesse sentido que, conforme se verá adiante, o ônus da prova pode ser compreendido como regra de controle da atuação do órgão jurisdicional. Isto porque, sendo vedado ao juízo decidir fora daquilo que se encontra

Do amálgama entre contraditório e fundamentação racional das decisões também se extrai uma codependência entre a ampla defesa, ampla argumentação e prova. No processo democrático, compreende-se o direito de ação como direito ao processo constitucionalmente garantido, e, por isso, o direito de ação é de todos os afetados pelo provimento⁷¹. Assim, as partes entram no processo em condições de igualmente argumentar, de forma ampla. E, por isso, têm a garantia de um tempo procedimental igual para reconstruírem o caso concreto, produzirem provas e discutirem quais são as normas aplicáveis no caso em julgamento. É justamente da ampla argumentação que decorre o direito fundamental à produção de provas, e, conseqüentemente, o direito das partes de, livre e conscientemente, assumirem o ônus correspondente a sua não produção⁷².

Por fim, alia-se ao contraditório, à fundamentação e à ampla defesa, a garantia do terceiro imparcial, que assegura às partes a segurança necessária para um julgamento equidistante e tecnicamente adequado, segundo o modelo legal. A garantia de um terceiro imparcial não pretende a retirada da subjetividade do juiz, *“mas sim que o juiz, no exercício da tarefa de julgar, seja equidistante das partes, que não julgue mais de uma vez o mesmo caso, que não analise e fundamente sua decisão com base em argumentos axiológicos”*. O terceiro imparcial não pode extrapolar argumentos jurídicos, sendo obrigado a construir sua decisão coparticipativamente com as partes. É por isso que é tão importante que se garanta a elas a igual oportunidade de influência, de produção de provas, de apresentar seus argumentos, paritariamente. A garantia de participação e julgamento por um terceiro imparcial, que deve ser equidistante das partes e também no seu discurso, supera *“a referência paternalista e socialista”* de decisão, num encaminhamento democrático que assegura às partes a oportunidade de efetivamente influírem na construção dos provimentos⁷³.

Nesse contexto, irrompe o desafio de indagar se as concepções presentes na literatura jurídico-processual (brasileira e estrangeira) acerca do ônus da prova atendem às exigências de participação, liberdade, interesse e igualdade viabilizadas pelo ideal de processo democrático, bem como às garantias de fundamentação e controle das decisões. Será que

acertado e provado nos autos, deve necessariamente decidir pelas regras do ônus em caso de dúvida ou incerteza a respeito da matéria fática, evitando julgamentos com base em máximas da experiência, equidade ou criacionismo.

⁷¹ BARROS; MACHADO. *Prisão e Medidas Cautelares*, p.24.

⁷² TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012, p.259.

⁷³ BARROS, Flaviane de Magalhães; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Princípio de Imparcialidade e Reformas dos Estatutos Processuais: Análise Crítica à Luz do Modelo Constitucional de Processo*. Artigo publicado nos Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte/MG, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 20.11.2012.

limitada ideia de encargos de prova se adapta à realização de direitos fundamentais por meio do processo? Antes de se adentrar neste debate e se desenvolver a proposta teórica para ônus da prova no processo democrático, ainda no intuito de fixar premissas teóricas para o problema enfrentado, faz-se uma breve digressão às propostas de Elio Fazzalari na *teoria estruturalista* do processo.

1.3 A prova no processo democrático: releitura da(s) noção(s)

1.3.1 A contribuição de Elio Fazzalari: a teoria estruturalista

O redimensionamento do contraditório (e por via de consequência, direta ou indireta, das demais garantias do processo) e, mais diretamente, a proposta teórica do presente estudo para a noção de ônus da prova são frutos de uma releitura dos institutos da ação, do processo e do procedimento proposta por Elio Fazzalari (1958), divulgada no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves (1992).

Fazzalari elabora a teoria do processo como procedimento em contraditório (aqui também tratada por *teoria estruturalista*) como alternativa de substituição à “*mumificada teoria do processo como relação jurídica*”⁷⁴. Fazzalari reinterpreta a ideia do gênero “*procedimento*”, compreendendo o aludido instituto como estrutura normativa composta de uma sequência de normas, atos e posições subjetivas⁷⁵ que se interligam de forma especial e preparam o provimento jurisdicional. O procedimento segue um modelo legal em Fazzalari, e, por isto, é destinado à participação de todos aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a surtir efeitos. A partir da noção genérica de procedimento, Fazzalari reconstrói as noções de ação e processo.

O direito de ação torna-se de todos os afetados pelo provimento⁷⁶. Fazzalari o compreende como legitimação ao respectivo provimento ou direito ao processo constitucionalmente garantido⁷⁷. Com base nesta compreensão, o processualista italiano

⁷⁴ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 90.

⁷⁵ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p.79.

⁷⁶ BARROS; MACHADO. *Prisão e Medidas Cautelares*, p.24. Em Fazzalari, segundo Aroldo Plínio, o conceito de ação é renovado “*como uma série de ‘posições subjetivas compostas’, atribuídas às partes, no processo, em todo o curso do processo, em correlação com as atividades do juiz, no exercício da jurisdição*”. Por isso, “*na estrutura normativa do processo [como procedimento em contraditório] os poderes, faculdades e deveres das partes não podem ser exigidos. Têm elas a liberdade de transformá-los em ônus [quando não exercidos esses poderes, faculdades e deveres]*”. (GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p.171).

⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.303.

rompe com a perspectiva de bilateralidade (ação do autor / defesa do réu) típica da concepção de vínculos de subordinação propugnada pela teoria do processo como relação jurídica.

A ideia de ação proposta por Fazzalari representa uma ruptura definitiva com noção a *actio* romana (que é replicada pela teoria da relação jurídica e está intimamente conectada ao conceito de direito subjetivo: como poder do autor de exigir do réu determinada conduta). Isso porque o direito de ação, para Fazzalari, surge para alguém na medida em que este se encontra em situação de vantagem em relação a um bem; não em relação a outro sujeito. Portanto, de acordo com o processualista italiano, um sujeito não está em situação de superioridade ou pode exigir determinada conduta de outrem. A situação de vantagem ocorre em relação a um bem e é esta situação que confere a alguém legitimidade para iniciar o procedimento⁷⁸. Ação, em Fazzalari, dessa forma, equivale à legitimação para o procedimento e, por conseguinte, para o provimento.

O procedimento, por sua vez, estrutura-se sobre situações jurídicas que se desenvolvem como “*posições subjetivas de vantagem*” de um sujeito “*em relação a um bem*” e “[...] *que resultam ou da norma*”; “*ou do endereçamento, pela norma, de obrigações (conteúdos de deveres) a outro ou outros sujeitos [...]*”⁷⁹. Estas situações, a seu turno, permitem “[...] *o exame de poderes, faculdades e deveres na correlação da posição subjetiva com a norma*”⁸⁰. O procedimento é compreendido como uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais, numa relação espaço-tempo, segundo um modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto do subsequente e este extensão do antecedente, e assim sucessivamente, até o provimento final⁸¹. O procedimento se desenvolve dentro de uma estrutura normativa (constitucional) de licitude, fazendo surgir para as partes poderes, faculdades e deveres processuais. Nunca obrigações em relação ao outro sujeito⁸². Estes poderes, faculdades e deveres processuais, segundo Fazzalari, podem livremente se converter em ônus. E daí a importância do autor para este estudo.

Ônus, para Fazzalari, são desvantagens, consequências processuais ligadas ao não exercício de poderes, faculdades ou deveres processuais. Deste modo, toda vez que uma parte decide, deliberada e conscientemente, abrir mão do exercício de determinado poder, faculdade ou dever processual, este se converte em ônus. O conceito de ônus em Fazzalari será de

⁷⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122.

⁷⁹ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 136.

⁸⁰ GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 169.

⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246.

⁸² FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 113-115.

fundamental importância para construção da proposta teórica apresentada neste estudo. Retornar-se-á, com maior profundidade, à análise da teoria de Fazzalari no segundo Capítulo.

Igualmente é necessário destacar a perspectiva fazzalariana de processo. De acordo com o autor italiano, o processo também se desenvolve sob o gênero do procedimento⁸³. Processo é espécie de procedimento desenvolvido em contraditório (paritário) entre as partes. Por meio do aludido conceito, o teórico rompe, igualmente, com o projeto relacionista, na medida em que rejeita a ideia de vínculo de sujeição entre autor e réu (estes se encontram em posições de vantagem ou desvantagem em relação a um bem). As partes entram e participam da discussão processual em condições de igualdade, superando a noção de que o autor tem sempre mais razão que o réu.

O contraditório, em razão dessa nova perspectiva, passa a ser compreendido como garantia de participação das partes em simétrica paridade, o que elimina os vínculos de subordinação típicos da teoria da relação jurídica. E esta noção conjugada à visão procedimental habermasiana, faz com que o contraditório seja compreendido como um espaço procedimentalizado para viabilização da participação na construção do provimento: “*Os destinatários do pronunciamento decisório [...] passam a ter a oportunidade de influir em que tal pronunciamento (ato final do procedimento) seja favorável aos seus interesses*”⁸⁴.

O modelo de processo proposto por Fazzalari, conjugado também a acréscimos posteriormente trazidos pelo modelo constitucional de Andolina e Vignera, confere preponderância à realização das liberdades previstas constitucionalmente. O processo como procedimento em contraditório garante liberdade e igualdade (de atuação, de argumentação, espaço e tempo procedimentais) às partes, unindo-se às exigências constitucionais da fundamentação racional das decisões, do direito à prova (e à opção pelo ônus a este conectado), à ampla argumentação (ampla defesa) e à participação de um terceiro imparcial. Por isso, a proposta de Fazzalari, com acréscimos do modelo constitucional de processo, representa uma ruptura com o padrão de atuação solipsista e autoritário do juízo, possibilitando a participação e a liberdade de atuação das partes, em simétrica paridade, segundo o modelo legal, na formação da decisão jurisdicional.

Encaminha-se, justamente nesse ponto, para as noções de prova e ônus adequadas ao Estado e ao processo democráticos. O direito de provar, no Estado Democrático de Direito, é uma garantia constitucional inafastável. Trata-se de uma liberdade constitucionalmente assegurada e concretizadora do devido processo legal, em conexão direta com os demais

⁸³ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.119-121.

⁸⁴ BRÊTAS. *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p.91.

princípios do devido processo. Como direito (poder e faculdade) constitucionalmente garantido a qualquer das partes dentro da estrutura normativa procedimental, o direito de provar, quando não exercido, converte-se num ônus, cuja repartição segue um modelo legal⁸⁵. Este ônus se manifesta toda vez que o sujeito decide (livre e conscientemente) não produzir prova de suas alegações. Provar é, assim, um direito processual e constitucional cujo não-exercício está conectado a um ônus. Desse modo, a prova e seu ônus respectivo, a partir da Constituição de 1988, devem ser compreendidos como “*instituto(s) jurídico(s) estruturante(s) do procedimento e vinculante(s) (discursivo-legal) da fundamentação decisional*”⁸⁶. Trata-se de possibilidades jurídicas, direitos assegurados, cujo exercício se situa dentro do espectro de opção e liberdade de seus titulares, não deveres legais.

A partir de Fazzalari e do modelo constitucional de processo democrático implementado pela Constituição de 1988, o direito à prova não pode ser compreendido dentro de uma perspectiva bilateral (relacionista) que impõe a existência de um correlato dever de prova. Já se disse que a perspectiva de processo democrático é incompatível com atos de coerção ou de sujeição de um sujeito em face do outro ou mesmo do Estado em relação às partes. Portanto, a incidência de um ônus conectado à prova, não torna o direito de provar um dever de apresentar prova, porque o ônus é uma consequência processual (decorrente da ausência do exercício de provar). A prova projeta-se como garantia da ampla argumentação das partes e seu exercício orienta-se no interesse destas, não por imposição do Estado.

De acordo com Flaviane Barros e Felipe Machado:

*“na perspectiva do processo jurisdicional [democrático], da ampla argumentação decorre o direito à prova [...], à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais as normas jurídicas prima facie aplicáveis são mais adequadas”*⁸⁷.

Portanto, por meio das garantias da prova e do ônus, permite-se às partes a reconstrução dos fatos narrados de forma completa, conferindo a elas o direito de exercer ampla argumentação na construção do provimento. O exercício amplo da prova (ou a opção pelo ônus) afasta a abertura para a discricionariedade e subjetivismo do juízo, eis que permite o controle pelos jurisdicionados das decisões que lhes afetarão.

Nessa nova caracterização democrática do direito à prova e do ônus a esta conectado – como liberdades garantidas, conferidas ao cidadão e correlacionadas ao direito à ampla

⁸⁵ Refere-se aqui ao sistema de distribuição legal (estática ou dinâmica) dos encargos probatórios. No Brasil, a regra geral de distribuição do ônus da prova é preconizada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil vigente.

⁸⁶ MADEIRA. *Processo de conhecimento e cognição*, p.176.

⁸⁷ BARROS; MACHADO. *Prisão e Medidas Cautelares*, p.24-25.

argumentação – , surge também a necessidade de se indagar se a prova se presta à “busca da verdade” ou se tem por finalidade a reconstrução da “verdade dos fatos”. Afinal, se a parte tem a liberdade de escolher não fazer prova de suas alegações, teria o dever de dizer a verdade? Deve colaborar com o juízo para que a “verdade” seja descoberta?

Ora, a busca da verdade seria uma responsabilidade do órgão jurisdicional? O processo é espaço para se buscar a “verdade”? Será mesmo que a partir de uma reconstrução processual do caso, alicerçada sobre as bases do devido processo, em discussão compartilhada em torno dos instrumentos de prova, se é capaz de se chegar a uma única e absoluta “verdade”? É possível uma “verdade processualmente objetivável”, ou ainda, hermenêutica e argumentativamente consensual, ou o que se cogita no processo é um mero juízo de verossimilhança? A “verdade” como resultado da convergência da argumentação das partes, pode mesmo ser denominada “verdade”? Estas também são preocupações do estudo (tratadas no último Capítulo), já que a argumentação e a pretensa “busca pela verdade” são questões indissociáveis do ônus da prova – objeto principal deste trabalho. A argumentação das partes envolve um dever ou uma liberdade (poder / faculdade) de provar⁸⁸?

Antes de se traçar o percurso para se encontrar respostas para as questões formuladas, cumpre destacar que aqui se defende que o direito de provar, como dantes observado, não está associado à obrigação ou ao dever de subministrar provas das alegações. A simples existência do ônus não gera um correlato dever à faculdade / poder de provar. A visão de dever, de vínculo de sujeição, repete-se, a partir de Fazzalari, é incompatível com a noção democrática de processo. Partindo desta premissa, far-se-á uma breve digressão a respeito das noções de prova mais comuns na literatura jurídico-processual, a fim de se descartar ideias que não se compatibilizam com o conceito de ônus ora proposto, lembrando que prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica nos mais diversos sentidos.

1.3.2 Esboço conceitual de prova

Prova⁸⁹ é um vocábulo polissêmico. No sentido jurídico, costuma-se referir à prova como “atividade probatória”, meio para se buscar a “verdade” dos fatos, procedimento pelo qual os sujeitos processuais buscam obter o resultado do processo ou mesmo como

⁸⁸ TARUFFO. *Uma simples verdade*, p.259.

⁸⁹ Morfologicamente, prova deriva do latim “*probatio*” que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, provindo do termo *probare* (probo, as, are) com significado de provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária Cível e no Comercial*. v. I – Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p.3-4).

mecanismo que leva à formação da convicção do juiz⁹⁰. Numa abordagem científico-democrática, fala-se em prova como garantia processual-fundamental das partes, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa no processo e à qual se encontra vinculado um ônus. A prova é garantia direta e intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e que viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios. Conforme acima exposto, trata-se de um direito fundamental ligado à fundamentação racional dos provimentos e garantia de influência.

Há concepções de prova das mais diversas na literatura jurídico-processual.

Para Michele Taruffo as inúmeras teorias e definições atualmente existentes sobre a prova, nada mais são que simples reformulações, em cada caso condicionadas por diferentes fatores culturais e técnico-jurídicos, extraídas de uma ideia fundamental: a de que a finalidade da prova consiste em estabelecer a “verdade⁹¹” dos fatos⁹².

Ainda adverte Taruffo, complementando o raciocínio, que uma noção geral de prova passa pelo conceito de “*elemento de confirmação de conclusões referentes a afirmações sobre fatos*”, ou ainda, “*premissas de inferências dirigidas a fundamentar conclusões consistentes em afirmações sobre fatos*”. Essa noção lógica de prova, como elemento que fundamenta qualquer juízo, segundo o autor, diferencia-se da noção jurídica do instituto, já que esta pode ser também analisada no contexto das evidências e inferências (*evidence and inference*)⁹³. Ou seja, a prova jurídica ou judicial seria “*qualquer gênero de dados cognoscitivos, de procedimento ou de meio que produz informações possíveis de utilização para apuração da verdade dos fatos*⁹⁴”. Portanto, para Taruffo, as “*normas sobre as provas são um objeto natural de estudo em perspectiva epistemológica, visto que dizem respeito ao procedimento com que se apuram os fatos no processo*⁹⁵”.

⁹⁰ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito Constitucional à Prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.47.

⁹¹ A base teórica do instituto da prova não pode ser a verdade. Contudo, as cogitações sobre essa controvertida “verdade” serão analisadas à frente, como já foi dito. Nesta seção, por ora, serão dedicados esforços tão apenas ao exame das noções de prova, verificando em que medida estas podem se adequar às perspectivas do processo democrático.

⁹² TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. 2. ed. Traducción: Jordi Ferrer Beltran. Madri: Editorial Trotta, 2005, p.20-21.

⁹³ TARUFFO. *La Prueba de los hechos*, p.327-329. Esclarece o autor que “*No âmbito do processo isso equivale a fazer referência, sobretudo, às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao direito das provas e à equivalente noção anglo-americana de law of evidence*”. (TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 164).

⁹⁴ TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 164.

⁹⁵ TARUFFO. *Uma simples verdade*, p. 164, nota 28.

Hernando Devis Echandia define provas judiciais como “o conjunto de regras que regulam a admissão, produção, assunção e valoração dos diversos meios que se pode empregar para levar ao juiz a convicção sobre os fatos que interessam ao processo⁹⁶”.

De acordo com Sentis Melendo, a prova

“[...] se presta a testar ou verificar a qualidade de algo; em sentido jurídico, a prova não pode ser entendida como nada diferente disto. A prova judicial ou processual (de qualquer espécie que seja) não pode ir além do fato de comprovar a qualidade ou existência de alguma coisa⁹⁷”.

Carnelutti, por sua vez, afirma que a prova em sentido jurídico presta-se a demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos em juízo, mediante procedimentos determinados, através dos meios legais legítimos⁹⁸. Provar, então, para o aludido autor, é evidenciar, fazer ver a exatidão e autenticidade (fidelidade) dos fatos que estão sob debate. Trata-se da fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico. Essa “verdade” dos fatos que se busca comprovar, segundo Malatesta, é a “*conformação da noção ideológica com a realidade*⁹⁹”.

Alerta Moacyr Amaral dos Santos que, no sentido jurídico, o vocábulo prova pode significar:

“a produção dos atos e dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (actus probandi); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção¹⁰⁰”.

Esses significados, sinteticamente abordados por Santos, aparecem de forma reiterada entre teóricos que os concebem (corriqueiramente) em três categorias: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado.

⁹⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1976, p.15. No original: “*el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, assunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso*”.

⁹⁷ MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1978, p.38. No original: “*si en sentido escuetamente idiomático la prueba consiste en acreditar o verificar la bondad de algo, en el orden jurídico por prueba no puede entenderse nada diferente de esto. La prueba judicial o prueba en el proceso (de cualquiera de las especies de que se trate) no puede consistir más que en hacer bueno algo*”.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseler, 2001, p.72-73.

⁹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria penal*. Tradução: Waleska Giroto Silverberg. 3. ed. Campinas: Conan, 1995, p.21.

¹⁰⁰ *Prova Judiciária Cível e no Comercial*, p.11-12.

A respeito das três categorias, Rui Manuel de Freitas Rangel enuncia, amparado em Manuel de Andrade que

“a) a prova como actividade probatória (ou instrutória) é a actividade (actos processuais) dirigida aos fins próprios da instrução; b) a prova como resultado (resultado probatório) é a demonstração efectiva (segundo a convicção do juiz da realidade dum facto), da veracidade da correspondente afirmação, designando ainda os dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos fatos visados; nesta visão fala-se, também, de material probatório (Beweis-Toff); c) a prova como motivo ou argumento probatório, (Beweisgrund) representa qualquer elemento (do material probatório) que tenha produzido a convicção do juiz qualquer razão determinante dessa convicção¹⁰¹”.

Independentemente da noção de prova que se adote (como atividade, meio ou resultado), uma conclusão é certa: numa perspectiva do instituto adequada ao processo democrático, a prova não pode ter como finalidade exclusiva o conhecimento (ou convencimento) do juízo. Afinal, no processo democrático, não se pode ressuscitar

“a máxima ‘Iudici fit probatio’, nem afirmar como o outrora se fazia, que o destinatário da prova é o juiz e não o adversário (Fides seu probatio est facienda iudici non adversário). Cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé¹⁰²”.

Significa dizer: uma concepção de prova adequada à concepção democrática de processo, passa pela ideia de garantia do devido processo constitucional¹⁰³.

Nesse sentido, destaca Leonardo Greco citando Giovanni Verde que, hodiernamente, toda a reflexão sobre a prova deve considerar:

“a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos Tribunais Superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade¹⁰⁴”.

¹⁰¹ RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.23.

¹⁰² TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 402.

¹⁰³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho de; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.353.

¹⁰⁴ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5 – 2003-2004, p.221.

O instituto jurídico da prova, numa noção democraticamente compartimentada, deve configurar-se pela

“conjunção-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e do due process of law (direito à procedimentação das alegações de direitos pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos processuais)”¹⁰⁵”.

A prova “é fator de visibilidade de argumentação jurídica”, ela impõe “a participação lógico procedimental das partes na preparação do provimento (sentença e não como sujeitos passivos (privados de liberdade procedimental)¹⁰⁶”.

Por isso, no processo democrático, deve-se abandonar definitivamente a concepção de prova como instrumento para se chegar à verdade dos fatos por meio do processo, conforme ficará claro no quinto e último capítulo. Falar-se em verdade, como valor absoluto e marco universal para todos os valores, como dogma universal, é inapropriado nas democracias plurais e transdisciplinares. Verdades só existem no campo das doutrinas religiosas, sociais ou políticas extremistas e não devem constituir objeto de busca ou finalidade do processo democrático.

Serão brevemente delineadas (por amostragem) algumas concepções de prova, presentes na literatura jurídico-processual nacional e estrangeira, a fim de se sedimentar arcabouço teórico para compreensão das considerações tecidas ao longo da investigação. Essa tentativa de sistematização de uma noção jurídica de prova adequada ao processo democrático faz-se importante, porque é por meio da “[...] prova e da fase instrutória em que se encontra inserido, que repousa e se estrutura o ónus da prova e suas regras de repartição¹⁰⁷”.

1.3.2.1 A prova é atividade?

Dentro da corrente que conceitua prova como atividade, Hernando Devis Echandia define a prova:

“como atividade do juiz e das partes ou como os vários métodos utilizados para obter a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos a respeito dos quais irá proferir sua decisão, as provas são atos jurídicos processuais, porque elas envolvem a vontade humana”¹⁰⁸”.

¹⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 53.

¹⁰⁶ LEAL. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*, p. 54-55.

¹⁰⁷ RANGEL. *O Ónus da Prova no Processo Civil*, p.21.

¹⁰⁸ ECHANDIA. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I, p.19. No original: “como actividad del juez o las partes o como los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia e las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana”.

Provas, para os defensores dessa noção, são atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, pelas quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária, provar é o procedimento ou atividade probatória, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção¹⁰⁹. Ainda com a noção de prova como atividade, Francesco Carnelutti define prova como a ação de comprovar a existência de um fato, isto é, o procedimento utilizado para a verificação da exatidão do que é afirmado¹¹⁰.

Igualmente conceituando a prova como atividade, alertam Marinoni e Arenhart, esteados em Proto Pisani, que a prova “*pode representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição [meios de prova] se formam e são recepcionados pelo juízo*”, o que dá a ideia de prova como “[...] *atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução)*”. Tem-se a prova como atividade lógica do conhecimento ligada à ideia de “*reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o ter a certeza sobre os eventos ocorridos [...]*”, o que “*significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser*”¹¹¹. A noção de prova como atividade, que restringe a prova a uma atuação que conduziria a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento, tem a adesão de autores como Giuseppe Chiovenda, José Alberto dos Reis, James Goldschmidt, Adolf Schönke e Antonio Dellepiane¹¹².

1.3.2.2 A prova é meio?

Sustenta-se, nessa corrente, que a prova teria vinculação direta com os meios de prova utilizados durante a atividade instrutória desenvolvida em juízo. Consoante Rosemiro Pereira Leal “*provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova. A exemplificar, a perícia é um meio de prova para o exame de elementos de prova*”¹¹³.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5 – 2003-2004, p.229.

¹¹⁰ *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.495-496.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.64-70.

¹¹² THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p.31-33.

¹¹³ LEAL. *Teoria Geral do Processo*, p.173.

Para Arruda Alvim, as provas são meios definidos pelo direito como idôneos a convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos que vierem aos autos pela atividade das partes¹¹⁴. Marinoni e Arenhart constataam que a prova pode significar “[...] *os instrumentos de que se serve o magistrado, para conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível aqui falar-se em prova documental, prova pericial, etc.*”¹¹⁵. No mesmo sentido Liebman define prova como sendo os meios que servem para dar o conhecimento de um fato, e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico¹¹⁶.

Prova, para esta corrente, seriam todos os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ao conhecimento do órgão jurisdicional. São os testemunhos, os documentos, depoimentos pessoais das partes, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda que não previstos em lei. Dentro dessa corrente, que restringe à noção de prova a meio, encontram-se como principais expoentes Eduardo Couture, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Sérgio Bermudes, José Eduardo Carreira Alvim, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini¹¹⁷.

1.3.2.1 A prova é resultado?

A citada corrente defende que a prova não seria um ato ou uma atividade que conduziria a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento, sequer seria a prova um meio ou conjunto de meios tendentes à obtenção desse resultado. A prova é conceituada como o próprio resultado a que aludidos atuação e meios tendem. Porque provar não é descobrir, mas antes, confirmar algo já descoberto, embora duvidoso¹¹⁸.

Para Castro Mendes, “*a prova é um resultado juridicamente relevante, não é um efeito jurídico, mas um fenômeno jurídico. O seu genus é, portanto, este: o resultado.*” O referenciado autor qualifica como resultado (prova), a demonstração da realidade dos fatos

¹¹⁴ *Manual de Direito Processual Civil*, v. II. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.399.

¹¹⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, p.64-70.

¹¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Palmas: Intellectus Editora, 2003, p.80.

¹¹⁷ THIBAU. *Presunção e prova no direito processual democrático*, p.31-33.

¹¹⁸ CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 270-274.

alegados em juízo. Portanto, a prova teria como finalidade a demonstração, não a descoberta da verdade dos fatos¹¹⁹.

Adverte Rui de Freitas Rangel que “os autores que sustentam esta teoria, fundamentam-se no princípio dispositivo que domina o nosso processo, concluindo que a prova não é descoberta, mas confirmação de algo que foi previamente formulado¹²⁰”. Essa noção de prova conecta-se à ideia das partes confirmarem as suas versões sobre os fatos e o juiz escolher, após a produção das provas, uma dentre as versões apresentadas¹²¹. São difusores dessa corrente João de Castro Mendes, Carl Joseph Anton Mittermayer, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Misael Montenegro Filho¹²².

1.4 O sincretismo da legislação brasileira e a noção democrática de prova

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, sem preocupação científico-teórica, denuncia um sincretismo nas abordagens enunciativas do direito à prova¹²³. Constata-se a presença da prova ora como atividade, ora como meio, ora como resultado. Nestas duas últimas concepções, é notória a existência de uma supervalorização do papel do juízo.

Consoante disserta Fernanda Gomes e Souza¹²⁴, é possível se visualizar a noção de prova como atividade na disposição contida no artigo 333¹²⁵ do CPC vigente. Referida disposição estabelece, de forma estática, a regra geral de distribuição do ônus da prova e seu eventual afastamento por convenção das partes. Ao dispor que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a mencionada norma deixa expressa sua opção pela noção de prova como atividade, na medida em que esta se constitui como um conjunto de ações (procedimentos) desenvolvidas pelas partes com vistas à consecução de determinado resultado.

¹¹⁹ *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p.274 e ss.

¹²⁰ RANGEL. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, p.36.

¹²¹ RANGEL. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, p.35-37.

¹²² THIBAU. *Presunção e prova no direito processual democrático*, p.31-33.

¹²³ Alerta Rosemiro Pereira Leal que no “[...] CPC vigente, editado numa época repressiva pelo discurso da jurisdição redentora, o conceito de prova assume contornos diferenciados, ao contrário de uma teoria da prova, numa proposta democrática que suplica equacionamento técnico-jurídico pela garantia do devido processo legal”. (LEAL. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*, p.50).

¹²⁴ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013, p.49.

¹²⁵ “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em 05.03.2013).

A citada autora afirma também que o conceito de prova como meio pode ser visualizado na redação dos artigos 130¹²⁶ e 332¹²⁷ do CPC. Tais dispositivos indicam que cabe ao órgão jurisdicional a “escolha” das provas necessárias à instrução procedimental e, ainda, que podem as partes se valerem de todos os meios legais ou moralmente legítimos, a fim de fazer prova de seus argumentos. No artigo 332, há expressa referência à prova como mecanismo que tem por objetivo revelar a “verdade” dos fatos. Conclui Fernanda Gomes e Souza, dizendo que a concepção de prova como resultado está presente no artigo 131¹²⁸ do CPC que, por sua vez, estabelece que cabe ao julgador apreciar livremente a prova, desde que indique os motivos de sua convicção. As razões (fundamentos) decisoriais enunciados pelo julgador consistiriam, dessa forma, na demonstração da “verdade” dos fatos, de acordo com a escolha feita pelo juízo¹²⁹ - e daí a noção de prova como resultado¹³⁰.

Pelo que se constata, com exceção da disposição referente às regras que definem a distribuição do ônus da prova (art.333 acima citado) – que, conforme se verá, vale-se de marcos teóricos centrados no protagonismo das partes e no princípio dispositivo – as demais previsões que tratam da prova no Código vigente foram concebidas sob moldes judiciaristas. Significa dizer que a eficácia probante, consoante estabelecido pela legislação processual civil brasileira, é ainda determinada pela intuição do julgador. A avaliação da prova necessária à adequada reconstrução dos fatos é auferida pelo “*poder da sensibilidade e talento de apreensibilidade jurisdicional*”¹³¹.

E é por essas e outras razões que infelizmente ainda ressoam entre os teóricos contemporâneos da prova afirmações como: “*provar é formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes ao processo*”¹³², ou que a prova é “*um instrumento destinado ao conhecimento das questões fáticas, inerentes à causa, para que o juiz, podendo*

¹²⁶ “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em 05.03.2013).

¹²⁷ “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em 05.03.2013).

¹²⁸ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em 05.03.2013).

¹²⁹ Nesse sentido, ver nota n.116: RANGEL. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, p.35-37.

¹³⁰ BORGES. *A prova no processo civil democrático*, p.50.

¹³¹ LEAL. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*, p.50.

¹³² JÚNIOR, Sidnei Amendoeira. Direito constitucional à prova e suas limitações. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Coords.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.314.

*formar sua convicção, possa decidi-la com justiça*¹³³”. Ou ainda, que “*verdade e justiça são realidades e valores complementares*”, de modo que a finalidade da prova seria “*convencer e persuadir o juiz da existência dos fatos, da bondade dos mesmos*”, objetivando o encontro da verdade judiciária que é “*aquilo que o julgador terá por verdadeiro*¹³⁴”.

A presença na legislação e literatura jurídico-processual brasileiras de um discurso da jurisdição redentora e salvífica – que confere ao juízo poderes de “*busca da verdade*” é inegável. A legislação processual atualmente vigente e doutrina desenvolvida a partir dela, autorizam o juízo a se utilizar de entendimentos altamente subjetivos¹³⁵, e, demasiadas vezes, assentados em escopos metajurídicos¹³⁶ para valorar a prova, sob o pretexto de realizar a justiça social e sepultar conflitos. O discurso socializador-instrumental da legislação processual ordinária brasileira e de sua (in) conseqüente doutrina contrastam com a estrutura procedimental do processo democrático, no qual a prova é uma premissa constitucional amplamente conectada aos demais princípios do devido processo.

Nas democracias pós-modernas, a prova deve projetar-se sob cinco noções fundamentais, “*a) o direito à proposição de produção de provas; b) o direito à admissão da prova proposta; c) o direito à produção de provas admitidas; d) o direito à valoração e valorização das provas produzidas*¹³⁷” e o direito à opção pelo ônus. Significa dizer, de acordo com o esquema fazzalariano de processo (marco teórico do presente estudo), que as partes têm “*o poder de propor provas, a faculdade de participar ativamente da produção da prova e o ônus decorrente de eventual omissão*¹³⁸”. Tais premissas devem ser instrumentalizadas por meio das garantias de participação na construção das decisões e a fundamentação racional dos decisórios deve se dar com base na proposição, admissão, valoração e valorização da prova produzida nos autos. É por meio dessa perspectiva que a prova pretende se implementar como liberdade fundamental, constitucionalmente assegurada e instrumentada por meio do contraditório.

E é certamente nessa quadra que se abre a conexão com o instituto do ônus da prova. Isso porque este também se configura como regra-garante da efetiva influência e participação das partes na construção dos pronunciamentos decisórios, bem como funciona como técnica

¹³³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.41.

¹³⁴ RANGEL. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, p.38-44.

¹³⁵ BORGES. *A prova no processo civil democrático*, p.62.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.175.

¹³⁷ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.326-327.

¹³⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória: imposição do ônus da prova para o órgão da acusação*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/ Movimento Editorial, 2006, p.232.

para a valoração das provas produzidas. A prova, em processo democrático, além de ser uma liberdade constitucionalmente garantida, é informativa, isto é, referente informador dos provimentos, e o procedimento legal previsto para a sua produção assegura sua impessoalização. Provar, em processo democrático, significa representar e demonstrar os meios da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei¹³⁹. A prova é destinada ao juízo, a quem cabe valorizá-la em nome da valoração. E, por se tratar de liberdade garantida, há sempre a opção pelo ônus a esta vinculado.

Os provimentos jurisdicionais democráticos têm sempre fundamento na estrutura formal do procedimento, com vinculação adstrita à prova nele produzida ou à sua ausência (ônus). Os fundamentos da sentença são egressos da lógica procedimental formalizada¹⁴⁰. Portanto, se não se colheu prova através daquela, a aplicação do ônus (desvantagem deliberadamente assumida pela parte) é consequência que se impõe. A ausência de vinculação do decisório à prova produzida viola o art. 93, IX e X¹⁴¹ da CRFB.

A prova e o ônus que a ela se conecta apresentam-se, no processo democrático, como fator de visibilidade da argumentação jurídica. Provar é atividade de demonstrar pelo instituto da prova. E, portanto, tem conexão normativa com os princípios da indiciabilidade (elemento), ideação (meio) e formalização (instrumento) que coordenam a interação do elemento, meio e instrumento de prova dentro da estrutura procedimental que garante a impessoalização das decisões¹⁴². Esta é, pois, a concepção de prova adotada no presente estudo.

Traçadas as premissas teóricas da pesquisa empreendida, adentra-se, propriamente, nos capítulos seguintes, ao exame conceitual e, posteriormente, funcional do tema proposto.

¹³⁹ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 173.

¹⁴⁰ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 173-175.

¹⁴¹ “Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]*” (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28.02.2013)

¹⁴² LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.175-178. Para conceituação dos princípios da indiciabilidade (objetivação), ideação (ideariedade) e formalização (instrumentalidade) que se conectam normativamente para determinar o significado e aplicação do instituto da prova: Cf. LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.172 e p.268.

CAPÍTULO II

O ÔNUS DA PROVA: tentativa de reconstrução do conceito

2.1 Introdução ao problema

Na teoria do processo, o ônus da prova constitui uma figura jurídica essencial. É definido por juristas como “*o problema mais complexo e dedicado*” de toda a teoria da prova. Diante disso, “*a doutrina vem se debatendo há séculos frente a tais dificuldades, que afetam não somente os princípios teóricos, senão também a própria política de prova*¹⁴³”. “*A disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo*¹⁴⁴”, já que argumentar envolve a necessidade de produzir prova e a carência desta importa no fato de que a parte que deixou de fazê-lo, suporte as consequências de sua omissão.

Desincumbir-se do ônus de provar o que lhe cabia, livrar-se do risco de desvantagem, produzir prova a favor dos seus interesses, pode ser sinônimo de êxito no processo. Nessa casuística, o ônus notabiliza-se como regra de atuação e estruturação da atividade probatória das partes, conduta de valoração e julgamento do juízo. A importância prática do instituto do ônus da prova é gigantesca diante da “*frequente dificuldade em apartar os fatos constitutivos dos impeditivos, com a atribuição do ônus da prova ao autor ou ao réu, conforme a qualificação que se dê ao fato*¹⁴⁵” e há uma enorme gama de questões e institutos àquele relacionados. Dessa forma, em face da relevância do instituto do ônus da prova, bem como da importância de seus critérios distributivos que orientam a atuação das partes no processo e a decisão do juízo, necessária uma análise sistemática a respeito do tema.

Nesse tocante, cumpre destacar que a dificuldade de exame do instituto do ônus da prova é ainda maior, frente aos desafios que se colocam a partir da visão pós-moderna de processo como instituição constitucionalizada, viabilizadora da participação, fiscalização e do controle pelos seus princípios estruturais do contraditório paritário, da ampla defesa, da fundamentação racional do decisório e do juízo imparcial, que, alçados à suprallegalidade¹⁴⁶,

¹⁴³ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 160.

¹⁴⁴ CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 443.

¹⁴⁵ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.17.

¹⁴⁶ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.108.

devem ser acatados pela legislação infraconstitucional e em todos os procedimentos produtores de atos de poder estatal.

A problematização da temática do conceito de ônus da prova, conforme foi dito introdutoriamente, parte do confronto com as concepções tradicionais acerca do aludido instituto. As perspectivas tradicionais a respeito do tema, corriqueiramente, tendem a associar o conceito de ônus à ideia de dever ou obrigação, num apego irracional à concepção de bilateralidade (direito-dever) típica da teoria da relação jurídica. Isto acaba por justificar o argumento de que o ônus da prova é tão apenas regra de julgamento de livre manejo do juízo¹⁴⁷, reduzindo a funcionalidade do instituto, o que é incompatível com a ideia de participação e controle da argumentação decisional pelas partes. Esta equívoca sinonímia, bem como a consequência dela advinda, denunciam o exercício autoritário e tutelar da jurisdição (ocorrido à margem da principiologia processual constitucionalizada), inviabilizando a proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁸. Por tais razões, argumentos tradicionais neste sentido são indefensáveis no presente estudo.

Antes de se amadurecer o conceito de ônus da prova, no entanto, é preciso delinear-se o alcance da expressão ônus processuais. Vale mencionar que, atualmente, reconhece-se a autonomia conceitual da aludida categoria. Contudo, durante longo período de tempo, o instituto foi confundido com as noções de obrigação, dever, direito subjetivo, faculdade ou simplesmente era reduzido à ideia de encargo. Esta última noção, por sua vez, confunde-se com o sentido comum da expressão ônus que, etimologicamente, contempla a noção de “*carga, encargo, obrigação ou dever*”¹⁴⁹.

2.2 Traços teóricos iniciais

Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

“A autonomia conceitual do ônus é conquista relativamente recente, embora a sua noção já existisse no direito romano, precisamente em função dos princípios então

¹⁴⁷ Esta visão se sustenta na premissa de que as partes têm direito à prova – e, consequentemente, como seu correlato: o dever de produzir prova – de modo que não se pode transmutar este direito em ônus. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e Ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª série, p.74-75; VARELA, Antunes *et alii*. *Manual de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985, p.445 e ss; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, t. I. São Paulo: RT, 2005, p.383 e ss; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Palmas: Intellectus Editora, 2003, p.96-101.

¹⁴⁸ GRESTA. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo*, p.105.

¹⁴⁹ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 23.

vigentes quanto ao encargo da prova, fundados na necessidade prática de que cada uma das partes alegasse e provasse, no processo, os fatos que lhes eram favoráveis. Na Idade Média, a referida noção foi restaurada pelos glosadores e pós-glosadores; e, na Idade Moderna, ela iria influenciar o Código Napoleônico e os demais códigos civis do século XIX¹⁵⁰.”

Acrescenta o mesmo autor que, contudo, nunca houve preocupação no sentido de se elaborar uma teoria geral do ônus que pudesse diferenciá-lo de outros institutos jurídicos, particularmente da obrigação, o que só veio a ocorrer no século XX:

“A depuração do conceito [de ônus] iniciou-se na Áustria e na Alemanha, em razão da dificuldade encontrada pela doutrina desses países em conciliar a noção romana – herdada do direito comum, que identificava o ônus da prova com a necessidade de provar (necessitas probandi) – com a realidade de um processo em que fossem reconhecidos amplos poderes instrutórios ao juiz e concedida uma extrema liberdade na valoração do resultado probatório. Posteriormente, esse conceito também passou a ser estudado em países como Itália e a França, nos quais predominava o princípio dispositivo¹⁵¹.”

O conceito de ônus processuais, segundo Echandia, ganha destaque com a definição do processo como relação jurídica¹⁵² que, por sua vez, estrutura-se como reflexo da relação obrigacional do direito privado. Anteriormente ao século XX, leciona Dinamarco, o ônus se confundia com categorias como a obrigação, faculdade e dever, de modo que:

“[...] a teoria dos ônus processuais, sua conceituação e distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportaram à sua ciência no século XX, servindo para estabelecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos omissivos das partes¹⁵³”.

Até meados do século XIX, predominavam o sincretismo entre direito material e processual, além de uma visão plana do ordenamento jurídico estatal, o que dificultava a caracterização autônoma de institutos tipicamente processuais. A noção de direito de ação se confundia com a ideia de lesão ao direito subjetivo:

“[...] o procedimento era rito e forma quando a ciência do Direito Processual Civil começou a se formar, na segunda metade do século XIX, período em que o individualismo alastrava-se por todas as formas de relações humanas e caracterizava o próprio espírito da época¹⁵⁴”.

De acordo com Vicente de Paula Maciel:

¹⁵⁰ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p.20-21.

¹⁵¹ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p.21.

¹⁵² ECHANDIA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966, p.8-9.

¹⁵³ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, p.201.

¹⁵⁴ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.168.

“Até quando a doutrina do direito subjetivo permaneceu mais ou menos assentada nas bases do movimento pandectista, na primeira metade do século XIX, o processo civil foi considerado como um procedimento técnico, como um instrumento, um meio para a defesa de direitos, uma prestação que o Estado deve aos titulares dos direitos subjetivos, um dever do Estado ou mesmo um serviço público. [...] Mas a valorização do direito objetivo frente ao direito subjetivo provocou mudanças quanto ao tema dos escopos processuais. Ao processo civil passou a ser atribuída a tarefa de tutelar o direito objetivo e atuar a lei no caso concreto. Isso provoca o acatamento da concepção objetiva, que será um dos conceitos fundamentais da nova escola processual que se desenvolve¹⁵⁵”.

Na segunda metade do século XIX, impulsionadas pelo movimento de afirmação de direitos subjetivos, iniciam-se investigações em torno do direito de ação, buscando distingui-lo da *actio* romana. Tal fato permitiu o resplandecimento da autonomia do direito processual que, até então, como os demais ramos do direito, concebiam-se como reflexo, ramificação do direito civil. Acentuava-se a tendência de construção de uma ciência do processo que pudesse conjecturar pressupostos para conferir autonomia teórica ao direito processual, distinguindo-o do direito material disputado pelas partes. A tentativa era de obter uma noção de direito de ação que rompesse com o sistema de direito subjetivo¹⁵⁶.

A primeira das repercussões provocadas pela suposta “autonomia” almejada pelo direito processual foi a tomada de consciência para a existência de uma relação jurídica processual¹⁵⁷, - base de uma teoria do processo -, que, pelo menos em tese, pretendia se distinguir da relação de direito material pelos seus sujeitos, pressupostos e objeto¹⁵⁸. O movimento autonomista pretendia proclamar a independência, o caráter abstrato e publicístico do direito de ação, e, por via de consequência, do processo¹⁵⁹.

A partir da segunda metade do século XIX, particularmente em 1868 com a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e

¹⁵⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p.93.

¹⁵⁶ MACIEL JÚNIOR. *Teoria das Ações Coletivas*, p.74-83.

¹⁵⁷ A ideia relacionista consolidada em torno do direito de ação tinha sua base na concepção de direito subjetivo que fora se elaborando “a partir da Idade Média, em dois sentidos: como um poder absoluto de que não se presta contas ou como um poder de exigir condutas de outrem. Dessa conexão com a ação, surgiu a concepção de processo como relação jurídica.” Os conceitos de ação e processo responderam a uma realidade normativa do século XIX e a ação se tornou “centro de reflexão do direito processual civil, do qual se irradiavam os conceitos que seriam utilizados no tratamento do seu objeto, mesmo quando este foi identificado na norma processual e no processo”. “O direito subjetivo, a ação, a relação jurídica, o processo formavam um quadro conceitual desenhado no século XIX para explicar a atividade do Estado que se manifesta na jurisdição”. (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.168-169).

¹⁵⁸ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, p 18.

¹⁵⁹ A afirmação relacionista, contudo, acaba por gerar um paradoxo. É que categoria da relação jurídica, base da teoria processual de Büllow e seus seguidores, é herança da concepção de direito subjetivo, como poder de exigir uma conduta de outrem. Portanto, é impossível se conceber abstração ou mesmo autonomia do direito de ação pelo foco relacionista, já que o exercício do direito de ação dependerá sempre da existência de violação concreta a um direito subjetivo. Por tal razão, a expressão “autonomia” foi colocada entre aspas no texto.

Pressupostos Processuais) de Oscar Büllow¹⁶⁰, os processualistas passam a conceber o processo com uma relação jurídica que se estabelece entre partes e juiz¹⁶¹.

A compreensão de processo como relação jurídica comporta a ideia de que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento¹⁶². Assim, a relação jurídica processual constitui-se, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, como “*o nexa que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhe poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições e ônus*”¹⁶³. É sobre este conceito que se assenta a perspectiva de bilateralidade direito-dever, típica da noção relacionista de processo.

Ainda segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, a relação jurídica processual distingue-se da relação de direito material, não só em razão da presença do Estado-juiz, mas, sobretudo, pela presença deste na condição de sujeito exercente do poder (jurisdição). “*Correlativamente, as partes figuram na relação processual em situação de sujeição ao juiz. [...] no binômio poder-sujeição é que reside a principal característica da relação jurídica-processual, do ponto de vista subjetivo*”¹⁶⁴.

Os poderes, direitos, faculdades, deveres, obrigações, sujeições e ônus vislumbrados na relação processual, para tais teóricos, são situações jurídicas que se sucedem¹⁶⁵ e se desenvolvem gradualmente de forma complexa, progressiva e unitária, com vistas a um resultado final: emitir um ato estatal imperativo¹⁶⁶. Tais situações são classificadas, pelos relacionistas, como ativas e passivas¹⁶⁷.

Configura-se uma situação ativa, “*quando a norma estabelece para o sujeito uma possibilidade de executar livremente o ato processual em seu próprio benefício*”, ou então, “*assegura-lhe a possibilidade de exigir de outro sujeito a realização de determinado ato, de acordo com seu interesse*”. Ao passo que se caracteriza uma situação passiva “*quando a*

¹⁶⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), v. I. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p.151.

¹⁶¹ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, com Büllow: “*a palavra processo assume a versão de relação jurídica entre partes e juiz, ou de seqüência progressiva de atos das partes, sob a direção do juiz, segundo interesses subjetivos invocados pelos demandantes (autor e réu) para obter uma decisão que solucionasse a controvérsia existente*”. (LEAL. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 59).

¹⁶² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.300.

¹⁶³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.300.

¹⁶⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.304-305.

¹⁶⁵ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.23-24.

¹⁶⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.308.

¹⁶⁷ ECHANDIA. *Nociones generales de derecho procesal civil*, p.8.

*norma compele o sujeito a praticar o ato processual ou a aceitar o ato praticado por outro sujeito, implicando ou não, no sacrifício de seu interesse*¹⁶⁸”.

Segundo Leonardo Augusto Marinho Marques¹⁶⁹, nas situações jurídicas ativas são enquadrados os direitos processuais (em sentido amplo): poderes, direitos (sujetivos) e faculdades.

*“Poderes e faculdades são posições jurídicas ativas, correspondentes à permissão (pelo ordenamento) de certas atividades. O que os distingue é que, enquanto a faculdade é a conduta permitida que se exaure na esfera jurídica do próprio agente, o poder se resolve na esfera jurídica alheia*¹⁷⁰”.

*“A faculdade corresponde ao direito genérico de liberdade de conduta, compreendido na fórmula fazer o permitido e deixar de fazer o que não é imposto*¹⁷¹”. O direito subjetivo, por sua vez, ainda de acordo com Marinho Marques, *“representa uma faculdade específica, o poder de exigir de um sujeito processual um fazer ou um omitir*¹⁷²”. Já os poderes (que são, igualmente, situações ativas) são também denominados direitos potestativos e *“expressam a possibilidade de submeter alguém à vontade de outrem. Significa o domínio da vontade alheia*”. Em contrapartida, nas situações passivas enquadram-se os deveres, que se *“caracterizam por condutas impostas pela norma, que se realizam para satisfação de um interesse alheio*¹⁷³”, sujeições e o ônus.

Encerra Marinho Marques afirmando que inicialmente, o instituto do ônus não compunha nenhuma dessas situações jurídicas que se formavam na relação processual. Com James Goldschmidt, Carnelutti e Fazzalari, todavia, a ideia de ônus processuais ganha destaque na teoria do processo¹⁷⁴. A perspectiva de ônus também é incorporada nos estudos de Couture, Chiovenda, Liebman, Dellephiane, Sentis Melendo, Rosenberg, Micheli e Echandia¹⁷⁵. Partindo da distinção dos conceitos das diversas situações passivas e ativas que

¹⁶⁸ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.24.

¹⁶⁹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.25-26.

¹⁷⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.301.

¹⁷¹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.25.

¹⁷² MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.26.

¹⁷³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Ônus processual, figura fundamental da teoria do processo: conceito em Goldschmidt, Carnelutti e Fazzalari. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, Nova Fase, v.II, ano 2006, p.211.

¹⁷⁴ MARQUES. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, p.209-220.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. I e II. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946; DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução: Erico Maciel. 5 ed. Campinas: Minelli, 2004; ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1976; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Palmas: Intellectus Editora, 2003; MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1990; MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas

se formam no processo, os processualistas, especialmente os do início do século XX, centram-se na análise da categoria dos ônus processuais.

Antes de se adentrar neste exame, contudo, é preciso se reforçar que a compreensão bipolar relacionista de situações jurídicas formadas a partir do processo, não é compatível com a noção de processo democrático. Isso porque tais situações, compreendidas como correlatas, “*criam vínculos de subordinação entre os sujeitos do processo e estes vínculos expressam a possibilidade de um sujeito exigir do outro o cumprimento de um dever jurídico*”¹⁷⁶.

O modelo clássico de relação jurídica constrói-se sobre a ideia de que esta é um enlace normativo entre duas pessoas, as quais uma pode exigir da outra o cumprimento de uma obrigação¹⁷⁷. Além disso, na teoria do processo como relação jurídica, há indicação clara de que as partes estão subordinadas ao juízo: “*o Estado, personificado no juiz, não se coloca em pé de igualdade com as partes [...] ele exerce o poder, em benefício geral e no cumprimento de sua função de pacificar pessoas em conflito e fazer justiça*”¹⁷⁸. Daí a ser inafastável a conclusão de que tal teoria trabalha com vínculos de sujeição entre os sujeitos processuais.

Também por tal razão, é inegável que, apesar de ter pretensão diversa, a teoria do processo como relação jurídica acabou não se distinguindo, em suas bases fundamentais, das construções do Direito Privado dos séculos XVIII e XIX, impregnadas das concepções individualistas da época. A confluência de direitos e deveres para a prestação jurisdicional permitia, igualmente no processo concebido como relação jurídica, a afirmação bilateral: a todo direito corresponde uma obrigação¹⁷⁹.

É fato que os vínculos de sujeição concebidos a partir da teoria do processo como relação jurídica não se harmonizam com a perspectiva democrática de um processo isento de coerção e de tratamento paritário entre as partes, conforme se verá. A despeito disso, o arcabouço conceitual da teoria relacionista é de essencial importância para o estudo, porque foi a noção do processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu que permitiu a visualização de direitos, poderes e deveres para atuar no processo como situações jurídicas ativas e passivas¹⁸⁰ (respectivamente).

Europa-America, 1961; ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Tradución: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Judiricas Europa-America, 1956.

¹⁷⁶ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.25.

¹⁷⁷ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.83-86.

¹⁷⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p.306.

¹⁷⁹ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.62-63.

¹⁸⁰ Cf. CARNELUTTI. *Sistemas de Direito Processual*, v.I. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p.119.

2.2 Ônus processuais: distinções necessárias

2.2.1 Ônus e obrigação

Pelo fato de o conceito de relação jurídica processual ter sido extraído do Direito Privado, a teoria relacionista acaba concebendo os direitos, poderes e deveres para atuar no processo, à semelhança dos vínculos que permeavam as relações entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no conceito de obrigação¹⁸¹, conforme já apontado. Talvez seja em razão disso que, até hoje, a literatura jurídico-processual comumente confunda as figuras do ônus e da obrigação civil.

Na sucinta definição de Caio Mário: “*obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável*”¹⁸². Trata-se do vínculo pelo qual uma pessoa é compelida à satisfação de uma pretensão obrigacional em proveito de outra.

A relação jurídica obrigacional comporta uma dupla perspectiva: a sujeito ativo (que exige o cumprimento de uma prestação) e do sujeito passivo (que está submetido às exigências do sujeito ativo ou que está obrigado a cumprir determinada prestação). A obrigação é, assim, um vínculo de natureza civil, de caráter econômico imediato ou mediato.

Pois bem. Por essa definição simples de obrigação, já é possível se concluir que os conceitos de ônus e obrigação não se confundem.

Ora, enquanto na obrigação ocorre uma submissão do sujeito a interesse alheio, ou seja, o sujeito passivo age a fim de satisfazer interesse que não é seu, no ônus não se pode dizer que isso ocorra. Neste, o sujeito age com total liberdade, a fim de satisfazer interesse próprio. Age para alcançar um fim que lhe seja favorável ou no intuito de evitar algo que lhe seja desfavorável. Dessa forma, enquanto na obrigação existe uma relação de submissão, subordinação, sujeição ao interesse alheio, consubstanciada numa exigência com coerção (econômica ou não); no ônus o sujeito assume com total liberdade as consequências do seu ato, porque só se “subordina” à sua própria vontade.

Apesar de aparentemente nítida e simples a distinção, alguns teóricos inicialmente chegaram a cogitar uma aproximação entre as noções de ônus e obrigação, como se correlatos

¹⁸¹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.27.

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.5.

fossem. Segundo Micheli¹⁸³, um dos teóricos que trabalhou essa perspectiva foi Brunetti, na denominada teoria do *dever livre*.

De acordo com Micheli, Brunetti acreditava que as normas civis criavam *deveres livres*. Isso porque o sujeito obrigado por tais normas estaria livre para poder optar pelo exercício, ou não, dos deveres por estas prescritos. Os deveres criados pelas normas civis, assim, seriam livres porque se situariam dentro do espectro de opção e autorresponsabilidade do sujeito obrigado. Neste sentido, disserta Micheli, afirmando que na teoria de Brunetti, os comandos legais civis:

“[...] não criavam deveres jurídicos verdadeiros e próprios, mas somente deveres livres, juridicamente qualificáveis, na medida em que é jurídico o fim previsto, mas que deixam o sujeito livre para usar, ou não, dos meios necessários à consecução do fim. Portanto, a inobservância deste dever não comporta, evidentemente, violação de um comando, porque a conduta do sujeito está no âmbito da liberdade reconhecida e concedida a ele pela lei. Nesta categoria, Brunetti trata não somente daquelas hipóteses que permitem compreender a noção geral de ônus, mas também de obrigação, precisamente no tocante à liberdade reconhecida ao devedor de satisfazer o seu débito ou decidir se submeter a uma sanção diversa¹⁸⁴”.

Ao conceber as obrigações civis e ônus como *deveres livres*, Brunetti não distingue as noções, uma vez que tanto na obrigação como no ônus, o sujeito se encontraria em posição de optar livremente pela realização de determinada conduta. Ainda de acordo com Micheli, ao equivaler ônus e obrigação, a teoria do *dever livre* de Brunetti se fundamentaria também no lado passivo do ônus¹⁸⁵, já que procurava destacar a necessidade (ainda que “livre”) de cumprir determinados atos, a fim de evitar consequências negativas¹⁸⁶.

Micheli prossegue sua análise afirmando que, muito embora Brunetti conceba uma espécie de *dever livre* como equivalente de ônus e obrigações, a figura do ônus não pode ser confundida com o conceito de *dever jurídico*¹⁸⁷. De acordo com Micheli, um *dever jurídico*

¹⁸³ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p.63-65.

¹⁸⁴ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.63-64. No original: “[...] Tales reglas no fundan, pues, deberes jurídicos verdaderos y propios, sino sólo deberes libres juridicamente calificados, em cuanto jurídico es el fin previsto, pero que dejan al sujeto em libertad de usar o non de los medios necesarios para la obtención del fin mismo. Por tanto, la inobservancia de este deber no comporta evidentemente violacide um mandato, ya que la conducta del sujeto está también siempre em el ámbito de la libertad reconocida al mismo por la ley. Em esta categoría, Brunetti hace entrar no sólo aquellas hipótesis que se suelen comprender en la noción de carga [...], sino también la obligación, precisamente en consideración a la libertad reconocida del deudor de dar cumplimiento a su débito, o bien de someterse a una sanción diversa”. Para mais críticas à teoria de Brunetti: Cf. MICHELI. *La Carga de la Prueba*, notas 12 e 13, p. 64-65; PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, nota 16, p.22.

¹⁸⁵ Brunetti não entra na temática do sacrifício do interesse (alheio ou próprio) para distinguir ônus e de obrigação, não obstante enfoque o lado passivo do ônus como dever, ainda que “livre”. Isso porque o autor simplesmente não diferencia os institutos. E daí a dificuldade de se concordar com sua teoria.

¹⁸⁶ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p. 64-65.

¹⁸⁷ Micheli se refere a *deveres jurídicos* como aqueles decorrentes da prescrição de normas jurídicas de natureza civil. Ou seja, trata-se do equivalente a obrigações civis.

indica uma *necessidade jurídica* de que o sujeito adote um determinado comportamento, estabelecido por uma norma, para satisfação de um interesse alheio. Ao dever jurídico, explica Micheli, sempre se concebe um correlato poder individual.

No tocante ao ônus, adverte Micheli, há uma *necessidade prática*. E é esta que impulsiona o titular de um determinado poder a agir de certa forma, com a finalidade de obter um efeito em benefício próprio¹⁸⁸. Deste modo, segundo Micheli, a teoria de Brunetti se equivoca ao desconsiderar o interesse a ser satisfeito no ônus e na obrigação.

Ao defender a concepção adequada de ônus, Micheli diz que o ideal seria se partir da noção de *poder-direito*, concebida com base no pensamento de Carnelutti. Afirma, então, que “[...] *quando o único meio para conseguir um resultado favorável está no exercício de um poder por parte do interessado, o poder deste último se converte em um ônus. O ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para obtenção de um interesse*¹⁸⁹”.

Esse seria entre traço distintivo entre o ônus e obrigação. Ou seja, de acordo com Micheli, a obrigação e o ônus teriam em comum apenas “*o elemento formal*”, o que chama de o “*vínculo de vontade*”. Contudo, distinguir-se-iam, pelo “*elemento substancial*”, isto é, enquanto a obrigação satisfaria interesse alheio, o ônus tutelaria interesse próprio¹⁹⁰.

Micheli extraiu parte de sua proposta teórica para os ônus processuais, conforme dito, do pensamento de Carnelutti. Observe-se, todavia, que Micheli se distancia de Carnelutti quando concebe o ônus como situação jurídica ativa, que configura um *poder-direito* dentro da relação jurídica processual. Micheli acredita que o ônus se enquadra melhor ao lado das situações jurídicas ativas formadas no processo, porque se situa dentro do âmbito de liberdade que a lei confere à parte. Carnelutti, ao revés, como se verá, afirma que o ônus é uma situação jurídica passiva, um *poder-dever*, porque é uma condição imposta pela lei para se obter uma vantagem¹⁹¹, enquadrando-se melhor no âmbito das situações passivas.

Partindo da perspectiva de interesse que, segundo Micheli, distingue ônus de obrigações, desenvolvem-se as teorias mais recentes acerca da noção de ônus processuais, especialmente com Francisco Carnelutti, James Goldshmidt, Eduardo Couture e,

¹⁸⁸ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p. 67.

¹⁸⁹ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.67-68. No original: “[...] *cuando el único medio para conseguir un resultado favorable está en el ejercicio de tal poder por parte del interesado, el poder de este ultimo se convierte en una carga. La carga es una facultad, cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interes*”.

¹⁹⁰ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p. 67-68. No original: “*la misma [carga] tiene de común con la obligación, como se ha visto, el elemento formal (vínculo de la voluntad), distinto del elemento substancial (tutela del interes próprio, en lugar de un interés ajeno)*.” Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 123-124.

¹⁹¹ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.113-122.

posteriormente, a visão singular (de essencial relevância para a presente pesquisa) de Elio Fazzalari¹⁹².

2.2.2 Ônus como poder-dever

A figura do ônus ganhou notoriedade com Francesco Carnelutti (na Itália), encontrando espaço em boa parte de suas obras¹⁹³. Carnelutti acredita na existência de deveres processuais para as partes como reflexo ou correlatos de deveres jurídicos¹⁹⁴. Apesar de ser adepto da teoria do processo como relação jurídica, Carnelutti defende que, no processo, constitui-se não somente uma relação jurídica entre as partes, mas relações jurídicas múltiplas: ativas e passivas¹⁹⁵.

Em cada relação jurídica constituída, a norma coloca o sujeito em posições distintas, com vistas à composição do conflito de interesses. Tais posições expressam *estados* do sujeito no conflito, e, a estes Carnelutti denomina situações jurídicas¹⁹⁶. As situações jurídicas são classificadas pelo processualista italiano como: ativas, neutras e passivas¹⁹⁷. Como situações jurídicas ativas, Carnelutti qualifica o direito subjetivo e o poder. Configurando situações passivas o autor concebe a sujeição, o ônus e a obrigação. Na situação jurídica neutra, Carnelutti insere a faculdade¹⁹⁸.

Afirma o processualista italiano que as faculdades correspondem à noção do *poder-fazer*, estando conectadas à noção de liberdade¹⁹⁹. As faculdades se referem a um interesse considerado indepentemente do conflito²⁰⁰.

Os direitos subjetivos e os poderes, por sua vez, caracterizar-se-iam pelo *poder-fazer*, não no sentido de liberdade, e sim no sentido de supremacia. Enquanto os primeiros derivam de mandatos jurídicos, os últimos derivam da norma instrumental²⁰¹.

¹⁹² MARQUES. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, p.210.

¹⁹³ Nesse sentido: Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I e II. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000; CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

¹⁹⁴ Cf. CARNELUTTI. *Sistemas de Direito Processual Civil*, v. I, p.110-122.

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 362-363.

¹⁹⁶ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p.215-217. Carnelutti descreve as situações jurídicas (formadas no processo) como estados em que se colocam os sujeitos a partir das posições que a norma jurídica àqueles designa frente a um conflito de interesses. (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.119-120).

¹⁹⁷ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p. 220-221 e p.362-364.

¹⁹⁸ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.120.

¹⁹⁹ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.120.

²⁰⁰ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.117. Por isso, as faculdades se diferem do Direito subjetivo, já que este último visa a um interesse tutelado no conflito.

Para Carnelutti, o direito subjetivo caracteriza-se pela liberdade em que se encontra o titular do interesse protegido, de valer-se, ou não, do mandato. Assim, o seu exercício representaria uma faculdade assegurada pelo direito²⁰². Já poder se expressaria, de acordo com o autor, pela possibilidade de submeter alguém à vontade de seu titular²⁰³. Significa a possibilidade de mandar para a composição do conflito de interesses. O exercício do poder, segundo Carnelutti, pode ser livre ou necessitado²⁰⁴. E é, justamente, neste ponto, que o processualista italiano concebe sua perspectiva de ônus como poder-dever.

Dentre as situações jurídicas passivas, Carnelutti concebe a sujeição, a obrigação e os ônus processuais. Tais situações constituir-se-iam como passivas, em sentido amplo, porque resultantes da subordinação de um interesse, efetuada por meio de uma medida jurídica, correspondendo, assim, à noção genérica de dever-fazer²⁰⁵. Obrigação e sujeição²⁰⁶ diferenciam-se do ônus em relação à titularidade do interesse a favor do qual se opera o sacrifício²⁰⁷. Se o interesse é alheio, há obrigação; se é próprio, há ônus²⁰⁸. Para Carnelutti:

“[...] o exercício de uma faculdade aparece como uma condição para obter determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um

²⁰¹ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v.II, p. 114. Carnelutti pondera que a confusão entre os conceitos de direito e de faculdade levou à construção da conhecidíssima doutrina dos direitos subjetivos como direitos potestativos cuja característica consistiria em que àqueles não corresponderia obrigação alguma e seu conteúdo se esgotaria no poder de determinar um efeito jurídico. Não concorda o autor com essa concepção afirmando ser inconcebível a visão de um direito sem obrigação correlativa. (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v.I, p. 117).

²⁰² CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 117 e 121.

²⁰³ “O poder não é mais que a expressão subjetiva do mandato, e, significa, portanto, a possibilidade de mandar (para a composição do conflito de interesses). O Direito (subjetivo), pelo contrário, é a possibilidade de se valer do mandato (alheio; para prevailecimento de um interesse). O que existe de comum entre o Poder e o Direito é que um e outro são atributos da vontade, mas o poder sugnifica o domínio da vontade alheia, e o Direito, pelo contrário, domínio da própria vontade.” (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.114).

²⁰⁴ E daí porque se faz, comumente na doutrina, a analogia a partir de Carnelutti: *poder-direito* e *poder-dever*, enquadrando-se o ônus da categoria do *poder-dever*, já que nele a parte agiria compelida por uma necessidade.

²⁰⁵ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.120.

²⁰⁶ Ressalta o autor: “O gênero próprio de uma e das outras consiste na necessidade que se traduz em um sacrifício e, portanto, na subordinação de um interesse. A diferença específica entre a primeira [sujeição] e as outras duas [obrigação e ônus] fundamenta-se em que, mediante a sujeição, a necessidade se traduz em ineficácia, e mediante o ônus ou a obrigação, no vínculo de querer. Entre a segunda [obrigação] e a terceira [ônus], a diferença visa à pertinência do interesse a favor de que o sacrifício se produza; se este for interesse alheio, existe obrigação, se é um interesse próprio, existe ônus”. (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 120). Já a diferença entre obrigação e sujeição, para o autor, reside no seguinte: “obrigação é o vínculo imposto à vontade (para subordinação de interesse); sujeição é a impossibilidade de querer com eficácia; [...] enquanto a obrigação é a não liberdade, a sujeição é a ineficácia do querer.” (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 114).

²⁰⁷ Nesse sentido: Cf. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Carnelutti, o Estado e o ônus da prova. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, Faculdade de Direito, v.1, n.2 (2º sem.1998), p.45-52.

²⁰⁸ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 120.

interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar do ônus²⁰⁹”.

Portanto, o ônus em Carnelutti está relacionado ao cumprimento de atos para obtenção de um benefício em prol de interesse próprio. Situa-se dentre as situações passivas, porque no ônus, a lei não confere liberdade à parte para decidir agir conforme o interesse lhe determina²¹⁰. A parte deve fazer, age por necessidade porque a lei lhe estimula a obter determinada vantagem. É por isso que, segundo Micheli, a ideia de Carnelutti é de vincular a noção de ônus ao interesse próprio, e, concomitantemente, associá-lo à figura de poder-dever²¹¹.

Em Carnelutti, a figura do ônus se confunde com a noção genérica do dever-fazer. Trata-se de uma condição imposta para se obter uma vantagem²¹². De acordo com o processualista italiano, o exercício do ônus garantiria uma situação de vantagem processual, benefício ou efeito favorável, e, por isso não haveria margem para a liberdade e sim uma necessidade. Por tais motivos, o ônus se encaixaria melhor nas situações jurídicas passivas.

Ao classificar os ônus processuais, Carnelutti distingue ônus processuais em sentido estrito e ônus financeiros, referindo-se os primeiros ao cumprimento de atos, enquanto os últimos, ao pagamento de quantias. Os ônus em sentido estrito ainda dividir-se-iam em ônus de impulso (conforme se opõe à parte promover o processo, iniciá-lo ou fazê-lo prosseguir) e ônus de aquisição, dentre os quais se insere o ônus da informação e o ônus da prova. Já os ônus financeiros podem referir-se aos gastos dos atos ou ainda à caução²¹³.

2.2.3. Ônus como imperativo do próprio interesse

James Goldschmidt, processualista alemão, é outro teórico que contribuiu enormemente para que se alcançasse a autonomia conceitual dos ônus processuais, já que defendia que, no processo, não há qualquer dever para as partes²¹⁴.

Tentando confrontar-se com a teoria do processo como relação jurídica, Goldschmidt concebe sua teoria do processo como situação jurídica. Para o autor, o processo seria um

²⁰⁹ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 119.

²¹⁰ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 113.

²¹¹ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.68.

²¹² CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p.116-117.

²¹³ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.117-144.

²¹⁴ MARQUES. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, p.213.

complexo de perspectivas, possibilidades, ônus e liberação de ônus que se volta à decisão final²¹⁵. E, esta, por sua vez, declararia a existência de um direito subjetivo.

Goldschmidt concebe quatro situações nas quais as partes confrontam-se diante da prática ou omissão de atos processuais: os direitos processuais que incorporam as expectativas, possibilidades e liberações (dispensa) de um ônus processual e o encargo (este ocupa o lugar dos deveres/obrigações, propiciando o surgimento da teoria do ônus processuais)²¹⁶.

As chamadas expectativas constituir-se-iam como esperanças de obter futuras vantagens processuais, sem necessidade de nenhum ato próprio (ex.: esperança do réu de que a petição inicial seja inepta ou que o autor seja contumaz). Possibilidades, por sua vez, seriam situações que permitiriam à parte obter uma vantagem processual pela execução de um ato processual (ex.: produzir provas, alegar suspeição ou impedimento). Por fim, a liberação de um ônus representa a situação em que se encontra uma parte que lhe permite abster-se de realizar algum ato processual, sem temor de que lhe sobrevenha o prejuízo que costuma ser inerente a tal conduta (ex.: a liberação do litigante sob o pálio da assistência judiciária gratuita de pagar custas)²¹⁷.

Para Goldschmidt, é inconcebível se admitir a existência de deveres processuais para as partes. Isso porque “*O exercício dos direitos processuais não exclui que a conduta que se observa seja contrária a um direito, senão que bem pode suceder que esta constitua uma verdadeira fraude processual, suscetível de penalidade ou um perjúrio*”²¹⁸. Complementa:

“Diferente dos direitos materiais, os direitos processuais não supõem nunca nem um ‘dever’ de outros nem uma ‘faculdade’ do titular. Sua inobservância, pelas consequências processuais que possa produzir, é uma verdadeira ‘infração da lei’, porém não infração no sentido de um dever jurídico, senão de inaplicação ou falsa aplicação da lei. [...] Fora do dever de comparência, não existe no Direito vigente nenhuma outra obrigação das partes nem nenhum dever de abstenção”²¹⁹.

²¹⁵ Ao criticar a teoria do processo como relação jurídica (da qual são adeptos, segundo o referido autor, Oscar Bülow, muito possivelmente Kohler e Hellwig) dizendo ser a aludida concepção “infrutuososa para a ciência” do processo, James Goldschmidt destaca que: “*Os vínculos jurídicos que nascem daqui entre as partes não são propriamente ‘relações jurídicas’ (consideração ‘estática’ do direito), isto é, não são faculdades nem deveres no sentido de poderes sobre imperativos ou mandatos, senão ‘situações jurídicas’ (consideração dinâmica do direito), quer dizer, situações de expectativas, esperanças de conduta judicial que há de produzir-se e, em última análise, da decisão judicial futura; numa palavra: expectativas, possibilidades e ônus. A situação jurídica diferencia-se da relação jurídica não somente pelo conteúdo, senão também porque depende, não da ‘existência’, senão da ‘evidência’ e muito especialmente da prova de seus pressupostos. O conceito de ‘situação jurídica’ deve-se a Kohler, o qual vê nela uma relação jurídica imperfeita. Porém, em todo caso, é um conceito especificamente de direito processual, e até talvez o seu conceito fundamental.*” (GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, Tomo I. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 21-22).

²¹⁶ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.32-33.

²¹⁷ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 234-235.

²¹⁸ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 235.

²¹⁹ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 235 e p. 242.

Portanto, situações que teóricos (especialmente os relacionistas) costumam a conceber ou qualificar como “deveres” processuais não constituem, para Goldschmidt, propriamente deveres, porque seu descumprimento não implica em ato ilícito. Assim, a compreensão da existência de deveres processuais, para o processualista alemão, é um equívoco.

Analisando a legislação alemã, Goldschmidt diz que o processo impõe às partes apenas deveres morais²²⁰, cujo descumprimento não constitui ato ilícito, punido a título de sanção. Em razão disso, a proposta do autor é de substituir os chamados “deveres processuais” por ônus.

Goldschmidt defende que no processo, só existem ônus, ou seja, “*situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual. Em outras palavras, se trata de ‘imperativos do próprio interesse’*”²²¹. Aduz, ainda, o autor que todo ônus guardaria uma íntima conexão com as possibilidades processuais, já que toda possibilidade imporá às partes o ônus de ser diligente para não perdê-la.

Assim, para Goldschmidt, diversos deveres impostos às partes pela lei processual alemã, como o do réu comparecer ao processo, o dever de lealdade (de dizer a verdade), o dever de colaboração, de abster-se de praticar atos procrastinatórios seriam melhor concebidos na ótica de ônus processuais, já que a não liberação desses encargos importaria num prejuízo à parte por estes incumbida. Destaca o autor como ônus processuais mais importantes: o de comparência, o de afirmação e declaração (contestação), ônus de intervir na causa, ônus de provar, de jurar, de exhibir documentos, caução e aditamento de custas, além da gestão do processo²²². E ainda, a exoneração dos ônus estaria ligada a limites de tempo, ou seja, a prática do ato processual deve ocorrer geralmente dentro de prazos fixados por lei.

Por fim, Goldschmidt classifica os ônus em perfeitos e menos perfeitos. O não cumprimento dos primeiros resultaria em prejuízo imediato às partes, enquanto nos ônus menos perfeitos haveria apenas possibilidade de prejuízo, ou seja, este dependeria do arbítrio (declaração) judicial²²³. Em Goldschmidt, o conceito de ônus como “*imperativos do próprio interesse*” se desenvolve sob a defesa do processo como uma “*situação jurídica*” que (pelo

²²⁰ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 242. Cita como exemplo desses deveres morais opostos pela Lei 27 de 1933 que reformou parte do ZPO, o dever das partes de não dizer coisas que não sejam verdade, de não atrapalhar o trabalho do tribunal, o dever de inutilizar seus esforços atrasando intencionalmente a marcha processual, o dever de facilitar o trabalho do juiz na investigação da verdade, o dever de atuar de forma honrosa e diligente no processo, dentre outros. (GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 243).

²²¹ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p. 243.

²²² GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p.243-244.

²²³ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p.244; e, MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 31-32.

menos em tese) se confrontaria com a relação jurídica processual. Segundo o autor, sob o espectro do direito material discutido em juízo se desenvolveriam no processo situações jurídicas que determinam o conceito e os caracteres dos direitos e ônus processuais, o que não pode ser considerado uma teoria relacional²²⁴.

O conceito de ônus processual como imperativo do próprio interesse também é desenvolvido por Eduardo Couture. No entanto, diferentemente de Goldschmidt, o autor uruguaio enfoca o lado passivo do ônus ao contrapô-lo à noção de direito, assemelhando-se, nesse ponto, à orientação defendida por Carnelutti. Diferentemente de Carnelutti, contudo, Couture não associa o exercício do ônus à obtenção de um benefício, mas à liberação de uma desvantagem. E, nesse ponto, aproxima-se do pensamento de Goldschmidt.

De acordo com Couture, os ônus processuais representam um importante progresso da doutrina processual moderna. Eles agiriam obrigando a parte a comparecer, contestar, provar, arrazoar, sob ameaça de não mais ser ouvida e de se prosseguir²²⁵. Assim definindo:

“[...] o ônus é imperativo do interesse próprio. Quem tem sobre si o ônus está implicitamente forçado a efetuar o ato de que se trate; é o seu próprio interesse que o compele. O ônus aparece como uma espécie de ameaça, como uma situação embaraçosa que grava o direito do titular. Mas a este é dado desembaraçar-se da carga, cumprindo o que é visado por ela²²⁶”.

Nesse aspecto, destaca Couture que a noção de ônus se opõe à de direito, já que enquanto esta consiste numa faculdade que a lei confere ao sujeito para praticar um ato processual, o ônus é uma cominação ou imposição de praticar determinado ato. Dessa forma, o ônus viria sempre acompanhado de um risco, caso a parte que o possui não pratique o ato dentro do tempo determinado por lei.

Couture pondera, ainda, que o ônus também se opõe à noção de obrigação. A exemplo do que já foi destacado com relação a outros autores, também para o processualista uruguaio, na obrigação o vínculo existente é imposto por interesse alheio, enquanto no ônus a imposição deste ocorre por interesse próprio. Assim, a diferença entre ônus e obrigação não residiria na sujeição de vontade, mas nas consequências decorrentes da omissão de seu titular.

Cita Couture exemplos dessas consequências: a obrigação não satisfeita cria um direito em favor do credor, ao passo que o ônus insatisfeito importa em prejuízo para o seu titular. A obrigação insatisfeita corresponde à responsabilidade subjetiva ou voluntária, enquanto a insatisfação do ônus corresponde a uma responsabilidade objetiva decorrente da

²²⁴ GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I, p.22.

²²⁵ COUTURE. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p.122.

²²⁶ COUTURE. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p.120.

inatividade, produzindo-se este efeito *ope legis*, mesmo sem o concurso da vontade do adversário²²⁷.

O processualista uruguaio aduz, ainda, que os ônus processuais guardariam uma íntima relação com a iniciativa processual, já que “*a ação prossegue por meio de ônus impostos à parte*”²²⁸. Significa dizer: a lei impele a parte de praticar determinados atos, sob a cominação de prosseguir em caso de omissão. Assim, o ônus atua obrigando a parte a comparecer, contestar, provar, arrazoar, sob pena de não mais ser ouvida e de se prosseguir. A omissão da parte em praticar tais atos pode vir a beneficiar seu adversário, entretanto, não confere àquele qualquer direito. Assim, o ônus da prova, para Couture, seria uma espécie do gênero ônus processuais, não implicando em:

*“[...] direito algum do adversário, mas antes um imperativo do próprio interesse de cada litigante; trata-se de uma situação de risco, que consiste em que aquele que não prova o que lhe cabe provar, perde a causa. Pode-se afastar essa carga provando, isto é, demonstrando a verdade dos fatos que a lei designa. Isto não representa, evidentemente, um direito do adversário, mas, ao contrário, uma situação jurídica pessoal atinente a cada uma das partes: o gravame de não serem aceitas as alegações que era mister provar e que não foram provadas. Como no velho brocardo, não provar é o mesmo que não existir”*²²⁹.

Destaca Leonardo Augusto Marinho Marques que as ideias de Goldschmidt e Canelutti foram bem aceitas na literatura jurídico-processual e, a partir dos citados autores, a figura dos ônus processuais passou a ser tratada nas obras de célebres processualistas como Chiovenda, Couture, Devis Hechandia, Calamandrei, Liebman e nas de processualistas brasileiros como Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Barbosa Moreira, Dinamarco, Moacyr Amaral, Marinoni, Arenhart, Arruda Alvim, Eduardo Cambi, dentre outros. Encerra o autor, dizendo que o ônus tem sido entendido na literatura jurídico-processual como uma situação jurídica de necessidade de se praticar determinado ato, para obter um resultado favorável ou a fim de evitar uma situação de desvantagem. Há, na verdade, uma faculdade de executar livremente o ato processual em seu próprio benefício²³⁰.

Para Marinho Marques, embora se admita que a noção de ônus tenha substituído a figura do dever processual, ainda subsiste a ideia da existência de determinadas obrigações para as partes como o dever de lealdade, de boa-fé e o dever de pagamento de custas processuais. A diferença que pode ser apontada, todavia, assenta-se no fato de que o ônus está relacionado com o que é permitido. E, portanto, a inatividade (omissão) da parte configuraria

²²⁷ COUTURE. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p. 121.

²²⁸ COUTURE. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p.121-122.

²²⁹ COUTURE. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p.163.

²³⁰ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 38-39.

ato lícito, situado dentro da margem de liberdade, que o próprio interesse desta a confere. Enquanto que o dever se relaciona com o que é devido, estando a parte obrigada a agir de acordo com o dever imposto pela norma, sob pena de cometimento de ato ilícito, reprimido com sanção²³¹. A perspectiva de interesse desenvolvida por Carnelutti e aprimorada por Goldschmidt é fundamental para a compreensão do esquema de processo em Fazzalari e, por via de consequência, para o processo democrático.

2.2.4 Ônus como desvantagem ou consequência processual

A intenção do presente trabalho, conforme já apontado no capítulo introdutório e ao longo deste, é de delinear traços conceituais para o instituto do ônus da prova que sejam compatíveis com a principiologia processual constitucionalizada e aptos a viabilizar a proteção dos direitos fundamentais, numa perspectiva democrática. Acredita-se que, nesse ponto, foram essenciais os estudos de Elio Fazzalari que proporcionaram uma revisão do conceito de ônus processual dentro do esquema estruturalista de processo como procedimento em contraditório realizado entre as partes (objeto de abordagem no item 1.3.1, do Capítulo I).

Vale lembrar que o marco teórico da pesquisa, na teoria do processo, não deixa de ser o esquema de processo fazzalariano. A proposta, contudo, ganha contornos diferenciados. É ampliada pelos acréscimos teóricos e garantistas do modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera, além de incorporar balizamentos (na teoria do direito) do procedimentalismo discursivo proposto por Habermas, que, igualmente, permite a amplificação da ideia de contraditório.

A teoria do processo democrático que aqui se defende, edifica-se sobre os pilares da liberdade (como autodeterminação), autonomia, garantia de participação paritária e construção de um diálogo autocrítico (feito de consensos provisórios) – sujeito à possibilidade de revisão permanente e incessante. Nessa perspectiva, renova-se (diariamente) a necessidade de reflexão contínua dos institutos jurídicos, a fim de libertá-los de dogmatismos²³².

Essa abertura constante à reflexão, à hermenêutica desconstrutiva e à crítica dos institutos jurídicos sedimentados é fundamental para a revisão de suas legitimações. Afinal, os consensos construídos em torno dos conceitos são sempre provisórios, assim como as noções

²³¹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 37-40.

²³² Alberico Alves da Silva Filho, tratando da teoria habermasiana da ação comunicativa, afirma que “*toda tradição cultural passa a constituir-se de modo reflexivo consigo mesma, obrigando-se a despojar-se de todas as formas de dogmatismo, além de sujeitar-se a contínuas revisões de suas legitimações*”. (Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17).

históricas. Os próprios direitos fundamentais devem ser compreendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente²³³.

Nas democracias pós-modernas, os destinatários dos provimentos se tornam, consciente e autonomamente, também seus autores e daí a possibilidade de autocrítica. Da mesma forma, se as partes se reconhecerem como autoras e destinatárias dos pronunciamentos jurisdicionais que lhes digam respeito, o direito discutido estará justificado autocriticamente.

Os pronunciamentos estatais somente se mostram legitimados quando os autores e destinatários destes se reconhecem como coautores, partícipes de sua construção. Este é o conceito de legitimidade atribuído aos atos de poder democráticos, conforme já foi dito. E esta dimensão dialógica, discursiva (pilar do Estado Democrático de Direito), que tem como fundamentos a liberdade de escolha e ação, bem como igualdade de oportunidades dos partícipes, foi inaugurada na teoria do processo por Elio Fazzalari. Ressalta daí a importância do marco teórico na tentativa de reconstrução semântica do instituto do ônus da prova.

Conforme já exposto no primeiro capítulo (ponto 1.3.1), no esquema de processo como procedimento em contraditório realizado entre as partes, - proposto por Fazzalari e desenvolvido a partir da teoria das situações jurídicas²³⁴ como tentativa de superação da noção de processo como relação jurídica -, diversas situações jurídicas se formam a partir de normas que regem a sua constituição.

O procedimento se configura como um arcabouço sequencial de atos normativos, “*uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas*”²³⁵. Fazzalari o concebe como “*uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as*

²³³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: uma discussão necessária*. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/06/1335-por-um-novo-constitucionalismo-por.html>. Acesso em 05.07.2013.

²³⁴ Após discorrer a respeito das dificuldades que a doutrina encontrava na aplicação do modelo clássico de relação jurídica, amparado e edificado sobre o conceito individualista de direito subjetivo, e expor uma série de propostas teóricas (de Hans Kelsen, Julien Bonnet, Léon Duguit, Gaston Jèze e Paul Roubier) na tentativa de rejeição e superação do conceito de relação jurídica, Aroldo Plínio Gonçalves conclui que a teoria das situações jurídicas (que ganhou força particularmente com Paul Roubier), “*se estruturou não como vínculo jurídico entre dois sujeitos, com poder de exigibilidade de um sobre a conduta do outro. A situação jurídica forma-se por um fato ou ato jurídico, produzido segundo a lei que governa a sua constituição. E, uma vez constituída, é ela o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, direitos e deveres que não se confinam mais no plano abstrato e genérico da norma, mas que se realizam na situação de um determinado sujeito.*” Trata-se de uma situação constituída por fatos e atos que a lei reconhece como idôneos para a sua formação. (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.74 e 79). É bom, contudo, lembrar que a utilização da *teoria das situações jurídicas* como tentativa de superação da categoria da relação jurídica processual e a impossibilidade de se considerar a existência de vínculos imperativos entre os sujeitos não levam à afirmação de que o processo seja uma situação jurídica. Situações jurídicas estarão presentes no processo, mas não o definirão, este é uma estrutura normativa que as comporta. (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.86). A respeito do processo como situação jurídica: Cf: GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, t. I e II.

²³⁵ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 113.

*posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso*²³⁶”. O procedimento é, portanto, uma complexa rede normativa, que se estrutura num âmbito de licitude e se desenvolve por meio de relações estabelecidas entre faculdades, poderes e deveres num esquema espaço-temporal, segundo um modelo legal. Procedimento é o gênero, a partir do qual, conforme já abordado, Fazzalari concebe as categorias da ação e do processo.

Fazzalari compreende o processo como “*um procedimento pelo qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades*”. A estrutura processual permite a “*participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades*²³⁷”, em contraditório.

Da possibilidade do provimento (como ato final que encerra o processo) surtir efeitos na esfera jurídica dos interessados, defende Fazzalari, nasce a legitimação para agir (legitimação para a ação). “*A participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários dos efeitos do ato final, constitui [...] a sua legitimação para agir*”. Assim, se cabe a cada parte uma sequência de posições processuais ao longo processo e a participação destas neste constitui a sua legitimação para agir, não se pode dizer que somente o autor possui ação²³⁸. No processo como procedimento em contraditório, o direito de ação é de todos os afetados pelo provimento²³⁹.

Conforme já dito, na proposta fazzalariana de processo, diversas situações jurídicas se formam a partir de normas que regem a sua constituição. Cada situação jurídica decorre de uma norma específica e revela a *posição subjetiva* concreta de um sujeito²⁴⁰. As *posições*

²³⁶ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 114.

²³⁷ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.118-119.

²³⁸ Cf. FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.500-508.

²³⁹ Pois, conforme alerta Fazzalari: “*cada parte tem uma série de poderes, faculdades, deveres assinalados exatamente para realizar, como uma série de atos, a sua participação no processo, ou seja, o contraditório. [...] A ação se identifica, portanto, como a ‘situação (composta) legitimada’ que cabe a cada parte no processo, isto é, com a sua ‘legitimação ativa’*”. Vale mencionar que Fazzalari visualiza a legitimação para agir sob dois ângulos: a *situação legitimante* que consiste na “*situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente, pode e deve cumprir certo ato*”; e a *situação legitimada* que são os poderes, faculdades ou deveres que cabem ao sujeito identificado (pela situação legitimante). A legitimação para agir, para Fazzalari, seria determinada pelo provimento a que se visa, ou seja, pela possibilidade deste surtir efeitos na esfera jurídica dos interessados. Com as palavras do autor: “*Como ressaltamos, a ‘legitimação para agir’ apresenta duas faces: a constituída pela ‘situação legitimante’, isto é, pela situação em presença da qual um poder, uma faculdade, um dever são conferidos a um sujeito; e constituída pela ‘situação legitimada’, a qual consiste justamente em tal poder, faculdade, dever. Se esta é a série de posições subjetivas (poderes, faculdades, deveres) que cabe a cada um partícipe, representa, por um lado, a consequência da sua ligação com a ‘situação legitimante’ (de fato, por exemplo, que ele se afine in limine litis, titular do direito subjetivo); por outro, constitui a ‘situação legitimada’ que a ele cabe*”. (FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.368-369 e p. 506-507, nota n.858 p.500).

²⁴⁰ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.219.

subjetivas, por sua vez, configuram-se como situações de vantagem em que se encontra um sujeito em relação a um bem. Aroldo Plínio Gonçalves, esclarecendo o conceito de posições subjetivas em Fazzalari, ressalta que se trata de “*posições apreendidas quando se confronta o ato do sujeito com a qualificação que a norma lhe confere, como poder ou faculdade*”, esclarecendo, ainda, que “*essas posições jurídicas não se formam do nada*”, são “*derivadas da situação jurídica*” que, por sua vez, resulta do ato ou fato a que a lei confere força para tanto²⁴¹.

As posições subjetivas (de vantagem de um sujeito em relação a um bem) são *faculdades, poderes* (direitos em sentido lato²⁴²) e *deveres*, todos decorrentes de uma situação jurídica que se constitui sob a disciplina da lei. Faculdade e poder são possibilidades juridicamente asseguradas que se distinguem pelo conteúdo de vontade. O poder é definido como ato gerado por uma vontade declarada em concreto; enquanto a faculdade é ato gerado por uma vontade implícita²⁴³. A faculdade manifesta-se naturalmente na conduta, enquanto o poder se manifesta pela declaração de vontade concreta do agente. Já os deveres significam a observância da conduta estabelecida pela norma (conduta a ser cumprida), segundo a valoração dos atos pelo ordenamento jurídico²⁴⁴.

Quando se fala de posição subjetiva concernente a deveres²⁴⁵ não se está a referir a uma conduta subjugada a outrem, mas uma conduta que deve ser observada porque foi qualificada por uma norma (cânone de conduta) como devida. Do mesmo modo, quando se fala de faculdades ou poderes relativos a uma posição subjetiva, estes não significam

²⁴¹ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 80-81.

²⁴² Fala-se em direitos como gênero cujas espécies são faculdades e poderes, porque os direitos configuram-se “*como uma posição de vantagem do sujeito em relação a um bem, manifestam-se na situação jurídica*”. “[...] o direito que decorre da situação jurídica é sempre uma faculdade ou um poder”. A posição subjetiva também se qualifica como um dever “*ou seja, como uma conduta que, perante a norma, deve ser observada*”. (GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.80).

²⁴³ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.85.

²⁴⁴ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.80-81.

²⁴⁵ Ao tratar do conceito de ônus processuais em Fazzalari, Leonardo Augusto Marinho Marques critica o fato de o referido autor insistir na existência de deveres processuais (ideia que se origina da aplicação da teoria das situações jurídicas – que estuda condutas impostas pela norma) dentro da estrutura procedimental proposta. Para Marinho Marques, mesmo que Fazzalari diga que a faculdade e os poderes estão na esfera da licitude e que a ilicitude só ocorre quando há o descumprimento de normas de direito material e, portanto, o antijurídico estaria fora da estrutura do procedimento, ao admitir a existência do dever processual, Fazzalari acabaria por reintroduzir o ilícito na estrutura procedimental. Tal fato contrariaria, segundo Marinho Marques, a lógica do próprio processo como procedimento em contraditório, que se concretiza no campo da liberdade e deve assegurar aos sujeitos a prática de condutas valoradas como lícitas. Não é dado ao Estado o poder de impor nenhum dever, sob o argumento de que se busca o melhor processo. Por isso, para Marinho Marques, as faculdades e poderes sempre se resolverão em ônus na teoria do processo. Apesar disso, afirma o autor, a doutrina processual continua a insistir na ideia de que existem obrigações para as partes. São citados quase sempre como “obrigações”, o dever de lealdade e o dever de pagar custas. (MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.48-50). Concorde-se plenamente com a opinião de Marques.

faculdades e poderes de um titular de direitos sobre atos de outras pessoas, mas prerrogativas que derivam da norma²⁴⁶.

E é justamente nesse ponto em que se descortina (e se ampara) a afirmação de que o esquema teórico de Fazzalari, - fundado em posições subjetivas reveladas por situações jurídicas decorrentes de normas que regem o procedimento -, vale-se de uma proposta que rejeita vínculos de sujeição, de exigibilidade, de subordinação entre os sujeitos processuais. O processo como procedimento em contraditório não permite que um sujeito se posicione em situação de vantagem em relação aos demais interessados no processo.

O contraditório como garantia do processo, elimina a existência de quaisquer vínculos imperativos ou de obrigação naquele. O contraditório, que caracteriza o processo em Fazzalari, garante aos interessados a participação em simétrica paridade, efetiva oportunidade de atuação, controle e garantia de influência, na preparação do provimento. Eliminado o vínculo de sujeição, característico da ideia de direito subjetivo (como poder de exigir a conduta de outrem), que, por sua vez, permeia a noção de relação jurídica, Fazzalari inaugura uma perspectiva processual que se pauta na liberdade e no tratamento igualitário dos partícipes do processo. Estes passam a gozar das mesmas oportunidades e possibilidades. Predomina a ideia de igualdade entre as partes e a liberdade de agir.

Sem vínculos de exigibilidade, as partes não podem exigir ou serem obrigadas à prática de quaisquer atos processuais. São livres para escolher e converter suas faculdades ou poderes em ônus processuais, porque se movimentam no espaço procedimentalizado em contraditório de acordo com seus próprios interesses²⁴⁷.

A figura do ônus, segundo o esquema fazzalariano, surge toda vez que há consequências legais desfavoráveis ao titular do ato, ligadas à ausência de exercício dos poderes e faculdades²⁴⁸. Destarte,

“os poderes e faculdades caracterizam-se como ônus, quando à falta de seu exercício a lei processual liga a uma consequência desfavorável ao titular do ato [...] A figura do ônus impede que as partes venham a sofrer outras sanções em decorrência de sua omissão voluntária²⁴⁹”.

²⁴⁶ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.80.

²⁴⁷ O que, por si só, já dispensa a prescrição de deveres ou obrigações processuais por parte do Estado. As partes movem-se interessadas pela decisão final e isso impede que o Estado lhes coaja a praticar atos.

²⁴⁸ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.91.

²⁴⁹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 221.

Portanto em Fazzalari, ônus processual é a consequência desfavorável a ser suportada pela parte que, consciente e voluntariamente, decide se omitir da realização de um ato processual específico. Nas palavras do referenciado autor:

“É, enfim, de se acrescentar que, quando se coloca do ponto de vista do conteúdo dos atos e se constata que, na ausência do exercício de uma faculdade ou de um poder, a lei processual conecta consequências prejudiciais para o titular daquela faculdade ou daquele poder – no sentido que regula uma sucessiva atividade de modo que ela realize uma situação desfavorável para aquele titular; por exemplo, impõe ao juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tinha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes -; quando isso se verifique, poderá indicar-se a faculdade ou o poder como ‘ônus’; como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo²⁵⁰.”

Os ônus processuais, em Fazzalari, nada mais são que as consequências processuais desfavoráveis impostas à parte a quem incumbe a prática de determinada faculdade ou poder, quando esta, voluntária e livremente, decide não os praticar. Sempre que houver uma consequência desfavorável ou desvantajosa ligada ao não exercício de determinada faculdade, poder ou dever processual, haverá ônus, nunca sanção, de acordo com Fazzalari.

O ônus se situa na esfera da licitude porque decorre (está ligado ao não exercício) de atos lícitos (posições subjetivas: faculdades e poderes) que compõem a estrutura procedimental. Nele a parte decide, com liberdade e consciência, que pode suportar o prejuízo decorrente de sua omissão, de acordo com sua conveniência e interesse no processo. Ela não está obrigada a agir e suporta os riscos de sua omissão.

Observe-se que, apesar da noção ônus estar ligada à perspectiva de interesse próprio em Fazzalari, diferentemente dos demais autores citados (Carnelutti, Goldschmidt, Couture, Brunetti, Micheli), para o processualista italiano, o ônus não é uma espécie de situação jurídica passiva ou ativa. Tampouco o ônus está conectado à necessidade de obtenção de um benefício ou vantagem. Muito menos relaciona-se à necessidade prática ou jurídica de seu titular. Em Fazzalari, o ônus é um fenômeno da liberdade conferida às partes pela norma, não é nada mais que uma consequência processual conectada ao não exercício de uma posição subjetiva. E daí porque a concepção de ônus em Fazzalari é tipicamente processual, situando-se no âmbito do direito ao processo constitucionalmente garantido.

²⁵⁰ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.499-500.

2.4 Ônus da prova

2.4.1 As contribuições da teoria estruturalista

As propostas aqui defendidas têm como parâmetro a pesquisa desenvolvida por Leonardo Augusto Marinho Marques em tese de doutoramento. Nesta, o autor propõe a adaptação do conceito de ônus da prova ao processo penal, seguindo a linha fazzalariana. A consequência processual desfavorável decorrente da ausência de prova, segundo o autor, deve ser imposta exclusivamente à acusação, em face do princípio da presunção de inocência – imperativo no processo penal democrático. Na proposta teórica, Marques vale-se tanto da teoria do processo como procedimento em contraditório realizado entre as partes de Fazzalari, como dos princípios constitucionais que, após 1988, permeiam o processo penal.

Entende-se que a proposta de Marques, extraída das ideias de Fazzalari, é plenamente adaptável ao processo civil. Com ressalvas, é claro, no tocante ao fato de que não se pretende, aqui, alterar as regras de distribuição dos ônus probatórios. Estes devem permanecer como incumbência de ambas as partes, conforme prevê o artigo 333 do CPC/1973²⁵¹, podendo ter sua repartição alterada conforme disposição dinâmica²⁵² prevista em lei.

No processo civil, a característica de dispositividade é perene e saudável é a sua preservação. Um processo civil com traços inquisitórios fortes justificaria o exercício tutelar da jurisdição, tão defendido pelos instrumentalistas e teóricos da socialização processual. A referência paternal e autoritária à “tutela jurisdicional” (típica do Estado Social) é óbice ao exercício (irrestrito) da autodeterminação e da cidadania. Tais garantias devem ser cultivadas (incentivadas e reforçadas) no contexto de processo democrático porque seu o desempenho, na forma de participação e controle, é o que confere legitimidade aos atos de poder estatal.

Além disso, se na proposta do processo como procedimento realizado entre contraditório entre as partes, o direito de ação é de todos os afetados pelo provimento, razoável e adequado que se dê tanto ao autor quanto ao réu (que são absolutamente iguais nas garantias de participação e manifestação) a possibilidade de converter seu poder de propor provas e sua faculdade de participar da produção destas, em ônus.

²⁵¹ Como se verá adiante, a proposta de distribuição do ônus probatório, prevista no art.333 do CPC vigente, ampara-se no princípio dispositivo e na exigência de preservação de igualdade entre as partes, características que devem ser preservadas e exaltadas no modelo de processo democrático.

²⁵² A respeito das teorias do ônus dinâmico, os problemas vislumbrados e possibilidade de aplicação no Brasil: ver Capítulo IV.

Fazzalari, ao discorrer sobre o conceito de ônus processuais em sua proposta teórica, exemplifica dizendo que a situação de prejuízo (livre e conscientemente assumido pela parte), ou seja, o ônus ligado à ausência de prática de ato processual, pode ocorrer, por exemplo, nas situações em que “*o juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes [...]*”²⁵³.

Significa dizer: Fazzalari admite que, junto à faculdade de fornecer ou produzir provas, a lei liga um prejuízo, uma desvantagem, que o referido autor qualifica como ônus. Nesta perspectiva, compreende-se que o ônus da prova é espécie do gênero ônus processuais e se configura como consequência desfavorável ligada ao não exercício do direito (faculdade/poder) de provar.

Para Fazzalari, não existe um “dever de prova” (ou uma “obrigação de provar”) para a parte (nem perante a parte contrária, nem perante o Estado), mas um direito conferido àquela no processo, consistente na faculdade de produzir e no poder de propor provas. Estes, por sua vez, quando não exercidos, de modo consciente e deliberado, convertem-se em ônus para o seu titular. O ônus da prova, portanto, em Fazzalari, é manifestação da liberdade das partes, nunca uma imposição estatal. Trata-se da própria da sucumbência, desvantagem processual ou consequência processual atribuída à parte onerada por sua omissão probatória voluntária.

No processo civil, a iniciativa probatória primária é das partes. Portanto, a elas compete o poder de indicar as provas, bem como os meios com os quais pretendem produzi-las. A iniciativa probatória e a possibilidade de indicar provas são poderes conferidos por lei ao autor e ao réu, que se manifestam na forma de declaração concreta. Estes poderes, no ordenamento jurídico brasileiro, são conferidos às partes tanto em sede constitucional (por meio da cláusula do devido processo) como infraconstitucionalmente nos artigos 282, inciso VI²⁵⁴ (autor), artigo 300²⁵⁵ (réu) e artigo 332 (ambas as partes) todos do CPC/1973.

Diante disso, tem-se que autor e réu são livres para apontar e propor, na inicial e na defesa, as provas que pretendem produzir, indicando os meios pelos quais intencionam fazê-lo. Cabe ao juízo, posteriormente, por força do disposto nos artigos 130 (já examinado) e 331,

²⁵³ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.500.

²⁵⁴ “Art. 282. A petição inicial indicará: [...] VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.” (BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

²⁵⁵ “Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.” (BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

§2º²⁵⁶ do CPC/1973, decidir quais as provas devem ser produzidas, só atuando supletivamente caso entenda que as provas requeridas não são suficientes ao esclarecimento / reconstrução dos fatos. O impulso do procedimento probatório e a atividade instrutória são, assim, poderes atribuídos às partes²⁵⁷ (pelo menos inicial e primordialmente).

Já a oportunidade de participar dos atos instrutórios e a possibilidade de participar ativamente da produção de provas podem ser compreendidas como faculdades asseguradas pela norma: “*Os atos instrutórios revelam implicitamente, em seu conteúdo, a vontade das partes*”²⁵⁸. As aludidas faculdades são relevadas pelos dispositivos dos artigos 324²⁵⁹, 326²⁶⁰, 327²⁶¹, assim como o próprio artigo 130, todos do CPC/1973, que facultam às partes a produção de novas provas na fase de instrução.

Importante lembrar que o poder de indicar e propor provas, bem como a faculdade de participar de sua produção, decorrem (são espécies), no contexto brasileiro, do direito constitucional à prova. Trata-se de prerrogativas concedidas por lei às partes e que jamais podem ser confundidas com deveres, consoante já dito.

Isso porque, vale repetir, na proposta do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, as partes são livres para propor provas e realizar atos instrutórios no processo, de acordo com seus interesses (mas sempre dentro dos limites legais). Ninguém pode obrigá-las a participar da instrução ou compeli-las a fornecer provas, sob ameaça de sanção. É por isso que toda vez que as partes livremente se omitirem de produzir provas, restará a elas o dano, consubstanciado no prejuízo, na imposição de sucumbência contra quem a decisão favorável surtiria efeitos.

Nos termos do que prevê a cláusula geral de distribuição do ônus probatório no processo civil (artigo 333 do CPC/1973), se a omissão for do autor, consoante aos fatos

²⁵⁶ “Art. 331. [...] § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

²⁵⁷ SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 125.

²⁵⁸ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.232.

²⁵⁹ “Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

²⁶⁰ “Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

²⁶¹ “Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias”. (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

constitutivos de seu direito, ele sucumbirá. Ao passo que, tendo o autor provado os fatos nos quais baseiam sua pretensão, e o réu se omitido da prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do pedido do autor, é o réu quem suportará os prejuízos decorrentes do acolhimento da pretensão autoral. Ou seja, o direito (poder e faculdade decorrentes da norma) de provar não exercido, por opção livre e consciente das partes que dele têm plena ciência desde o início do processo, converter-se-á em ônus (dano) a uma delas. Este será atribuído (via de regra) àquela parte que deixou de desempenhar a faculdade de provar, de acordo com a prescrição normativa de distribuição do ônus.

Contudo, vale advertir que, em face da aplicação do princípio da aquisição processual ou comunhão da prova²⁶² ao modelo de processo atual, o não exercício da faculdade / poder de provar somente se converterá em ônus para o seu titular, quando nenhum dos demais partícipes do processo produzir provas que beneficiem o onerado. Portanto, a imposição do ônus como sucumbência ou conseqüência processual só ocorrerá se a prova dos fatos alegados não vier aos autos. E isso porque, uma vez produzida, a prova passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pela sua produção tenha sido o autor, réu, ou mesmo o juízo de ofício²⁶³.

Assim, não obstante a assunção do ônus decorrente do comportamento probatório omissivo se situe dentro do âmbito da liberdade das partes, a omissão probatória de uma delas não oferece garantia absoluta de aplicação da conseqüência processual danosa àquele que se omitiu. Isto, entretanto, não torna a aplicação do ônus uma faculdade do juízo. Conforme se verá adiante, a aplicação da conseqüência processual danosa é dever que se impõe ao órgão jurisdicional toda vez que as provas forem ausentes ou insuficientes. Trata-se também de uma garantia das partes que se utilizam do ônus para participar e controlar o conteúdo do

²⁶² Sobre o princípio da aquisição processual ou comunhão da prova asseveram Nunes, Bahia, Câmara e Soares: *“Sabe-se que o conjunto de provas trazidas aos autos do processo (testemunhos, documentos, perícia, etc.) constitui uma unidade (princípio da unidade) que deverá ser apreciada de modo livre e racional pelo juízo. Dessa unidade processual decorre o princípio da aquisição ou da comunhão da prova, ao estabelecer que uma vez introduzida legalmente uma prova aos autos, esta pode ser utilizada tanto de modo a beneficiar a quem a produziu quanto à parte contrária.”* (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.116). Para Daniel Assumpção, o ônus da prova é, assim, regra que se aplicará (no aspecto objetivo), *“apenas no caso de inexistência ou insuficiência da prova, uma vez que, tendo sido a prova produzida, não interessando por quem, o princípio não se aplicará. Trata-se do princípio da comunhão da prova (ou aquisição da prova), que determina que, uma vez tendo sido a prova produzida, ela passa a ser do processo, e não de quem a produziu”*. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Método, 2011 p.416). Não se concorda com este último posicionamento, conforme se verá mais adiante.

²⁶³ Nesse sentido, esclarece Rui Portanova: *“[...] a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição”*. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3.ed. Campinas, Livraria do Advogado, 1999, p. 217).

provimento (examinando compatibilidade deste com as provas produzidas no caso concreto e com a lei que o rege, de modo a fiscalizar a valoração efetuada pelo juízo).

Nesse caso, vale, uma vez mais, mencionar a advertência já citada de Fazzalari. Aquele que “*não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes*” pode ter contra si considerado “*inexistente o fato em relação ao qual*”²⁶⁴ estava fundada a sua pretensão. Ou seja, a liberdade de escolha é da parte e o que o art. 333 do CPC/1973 faz, é dar ciência a ela dos riscos de desvantagem ou prejuízo que suportará, caso opte por não produzir determinada prova sob a qual se funda a sua alegação.

2.4.2 Demarcação teórica do instituto no processo democrático

Por tudo que já se disse, constata-se que considerável literatura jurídico-processual vem se debatendo há algum tempo na pretensão de alcançar uma noção que realmente caracterize a figura do ônus. A tentativa sempre foi de evitar certa miscelânea semântica com outras figuras processuais que possam guardar uma ou outra afinidade com o aludido instituto. Disse-se, por exemplo, que o ônus da prova, como espécie de ônus processual, foi compreendido como equivalente de obrigação, poder-dever, poder-direito, dever de produzir prova orientado por uma necessidade prática ou jurídica, imperativo do próprio interesse e, finalmente, consequência processual. Tudo isto vale para demonstrar que o ônus da prova, como espécie do gênero ônus processuais alçou, com o tempo, autonomia teórica e não pode ser confundido com outros institutos que guardam consigo alguma semelhança.

Diante do que foi exposto, especialmente a partir do esquema teórico estruturalista, chega-se à conclusão de que a demarcação teórica do instituto do ônus da prova, numa configuração compatível com o processo democrático, pode ser traçada com base nas seguintes características:

- (1). Liberdade de atuação da parte: no ônus não existe qualquer vínculo de sujeição. Não se impõe ao titular do ônus o exercício obrigatório de determinada conduta. Portanto, o ônus da prova não se confunde com obrigação ou dever de subministrar provas como correlatos do direito constitucional à prova.
- (2). O ato processual de provar, a liberdade de agir, desejando assumir ou não o ônus àquele conectado, orienta-se pelo interesse do próprio onerado. Não existe

²⁶⁴ FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p.500.

subordinação a interesse de terceiro (parte ou Estado), senão ao risco processual que o titular assume ao não exercer a faculdade ou o poder processual de provar.

- (3). Por orientar-se pela liberdade da parte, é esta quem terá de avaliar se deve, ou não, produzir prova de suas alegações, assumindo, consciente, autônoma e voluntariamente, os riscos da não produção. Desse modo, não se pode afirmar a existência de uma necessidade absoluta, “prática” ou “jurídica”, de produção da prova. Trata-se de uma escolha da parte.
- (4). Faculdades, poderes ou deveres processuais, caso não exercidos pelo seu titular, podem transformar-se em ônus, na medida em que há ameaça de desvantagem processual em caso do não exercício. O ônus da prova é, portanto, uma consequência processual decorrente da omissão probatória do seu titular. Trata-se da consequência processual desvantajosa livremente assumida pela parte que decide não exercer seu direito de provar.
- (5). A imposição dessa consequência (ônus = dano = sucumbência) deverá ocorrer sempre que não se tenha produzido prova a favor das alegações do onerado, já que, em face do princípio da aquisição processual, provas produzidas por outros partícipes do processo poderão aproveitar a qualquer das partes.
- (6). A noção de ônus da prova não pode ser resumida à noção restritiva de simples encargo, frequentemente associada à ideia de dever ou necessidade, porque não se trata de uma situação jurídica passiva ou ativa assumida pela parte no processo.
- (7). Trata-se, concomitantemente (conforme será trabalhado no tópico seguinte), de garantia dúplice a ser compreendida como *regra de conduta para as partes* e *regra de julgamento para o juízo*.
- (8). A atividade probatória das partes caracteriza-se como uma possibilidade juridicamente assegurada pela lei, não uma obrigação. Não há possibilidade de o Estado forçar as partes a atuarem no processo, porque os interesses destas já as movem naturalmente para o provimento final.
- (9). A perspectiva fazzalariana de ônus como consequência processual danosa que decorre naturalmente da omissão probatória da parte é adequada ao processo democrático e, em razão dela, o ônus da prova não pode mais ser definido como uma faculdade relacionada à obtenção de uma vantagem. Como já se disse, não se pode garantir que com a produção da prova e atuação positiva da parte onerada, haverá procedência do pedido inicial ou improcedência para o réu; do mesmo modo, pode o juízo julgar a favor da parte onerada valorando a prova produzida

pela parte contrária (princípio da aquisição processual). Assim, o que existe sempre é o risco de uma consequência desfavorável²⁶⁵, em caso de omissão, porque ao órgão jurisdicional é vedado decidir além do que está acertado nos autos.

- (10). Finalmente, tem-se que a noção de ônus como consequência desfavorável ligada ao não exercício de um ato processual é adequada tanto para o processo civil quanto para os processos penal²⁶⁶, administrativo, eleitoral, tributário, etc. A ideia é de inseri-la na teoria do processo democrático, compatibilizando-a com os princípios e as garantias de liberdade e igualdade entre as partes.

Num modelo constitucional de processo, repete-se, orientado pelo direito constitucional à produção de provas - corolário da ampla defesa como ampla argumentação (e ao qual não corresponde um dever de prova) -, o ônus da prova se constitui como desvantagem processual decorrente da omissão consciente, autônoma e voluntária da parte que decide não produzir provas. Essa desvantagem é previamente definida em lei²⁶⁷ pelas regras que repartem, no processo, o ônus da prova e orientam não só a atividade probatória das partes, apontando para a possibilidade de desvantagem em caso de omissão, como regulam a atuação decisória do juízo.

²⁶⁵ Nesse sentido, Marinoni e Arenhart: “A ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento necessário para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode ter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada impede o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. [...] a produção da prova [desincumbência do ônus para alguns] não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o decumprimento do ônus não implica necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte Patti ‘unacerta percentuale di rischio sussiste anche per la parte há fornito la prova’.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.164).

²⁶⁶ Em se tratando de processo penal democrático, como demonstra Leonardo Augusto Marinho Marques, não se deve seguir as regras tradicionais de repartição do ônus - típicas do processo civil. Isso porque, na vigência do princípio da presunção de inocência, a ausência de prova gera a impossibilidade de acolhimento da pretensão punitiva e conseqüente absolvição do acusado. Marques acredita que apenas a noção Fazzalariana de ônus como consequência desfavorável a ser suportada pelas partes em caso de omissão se conforma com os princípios constitucionais do processo penal democrático. Esse entendimento imporá exclusivamente à acusação o ônus da prova, em obediência aos princípios da presunção de inocência e do favor rei. Significa dizer que em caso de julgamento de fatos incertos (duvidosos, sem lastro probatório) não deverá haver acolhimento da pretensão punitiva. O ônus da prova recairá sempre sobre a acusação. (Cf. MARQUES. *Do Julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.164-168).

²⁶⁷ Aqui, a possibilidade regulatória de regras que repartem previamente o ônus da prova não descarta a aplicação da distribuição dinâmica deste. Aliás, somente é possível se concordar com a repartição dinâmica se suas hipóteses de aplicação estiverem previamente previstas em lei. A este respeito: ver Capítulo IV.

O modelo constitucional aqui referenciado, como “*um modelo único de tipologia plúrima*”²⁶⁸, encontra na Constituição sua base principiológica, arquitetando-se num sistema processual-garantia constitutivo de direitos fundamentais. Neste esquema, todas as espécies de processo passam a ter como base os princípios constitucionais-fundamentais, porque o modelo constitucional se expande, aperfeiçoa-se e se especializa, “*exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também de acordo com as características próprias de cada microssistema processual*”²⁶⁹. Isto quer dizer que o processo, qualquer que seja a sua natureza, possui uma base única fundada nos princípios constitucionais: um bloco aglutinante de garantias que confere legitimidade aos provimentos.

E, se assim o é, estando a garantia constitucional da ampla argumentação diretamente relacionada ao exercício da ampla defesa, e, por via de consequência, ao direito constitucional de produzir provas, tem-se que a categoria do ônus da prova é também garantia direta do modelo constitucional e democrático de processo. Na medida em que se oferece às partes o direito, ou seja, a oportunidade de produzir provas, confere-se a estas também a possibilidade de decidirem, deliberada e conscientemente, não exercê-lo, convertendo seu direito (que deixou de ser exercido) em ônus: uma consequência desfavorável decorrente da ausência de produção de provas.

Entende-se, dessa forma, que somente o conceito de ônus da prova extraído do esquema teórico e genérico de ônus processuais proposto por Elio Fazzalari é capaz de se adaptar ao modelo geral e constitucional de processo democrático.

A intenção do presente estudo não foi de encontrar propostas teóricas que se adaptem facilmente ao processo civil, mas excluam de seu âmbito de aplicação os processos penal, administrativo, tributário, eleitoral. O intuito da pesquisa é de se encontrar traços para uma noção de ônus da prova que seja adequada à ideia de processo jurisdicional democrático, independentemente das características do direito material discutido.

A importância de propostas como esta se assenta na necessidade reconstrução dos institutos da teoria geral do processo, fundados não a partir do conceito de jurisdição²⁷⁰. Mas arrimados na noção de processo²⁷¹ como bloco aglutinante de garantias fundamentais, dentre

²⁶⁸ ANDOLINA; VIGNERA. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, p.11.

²⁶⁹ BARROS; COUTINHO. *Princípio da imparcialidade e reformas dos estatutos processuais: análise crítica à luz do modelo constitucional de processo*, p.111.

²⁷⁰ Como pretendem Dinamarco e seus seguidores.

²⁷¹ BARROS, Flaviane Magalhães de. Ensaio de uma teoria geral de processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006, p.25.

as quais estão, repete-se, a oportunidade de produzir provas, acompanhada do ônus decorrente de seu não exercício (situação de desvantagem processual livremente assumida).

Uma releitura constitucionalizada e democrática do instituto do ônus exige a vinculação obrigatória deste com a garantia de produção de provas e ampla argumentação. Trata-se de uma extensão destas, uma consequência atrelada ao seu não exercício. O ônus da prova, assim compreendido, projeta-se às exigências do processo democrático da pós-modernidade, assegurando às partes o exercício do diálogo irrestrito com liberdade, consciência e igualdade de oportunidades.

2.5 O ônus da prova como técnica: seu duplo caráter funcional na configuração do processo democrático

Expostos os traços teóricos do conceito de ônus da prova, projetados no processo democrático, necessário analisar as funções dessa figura jurídica, como técnica essencial à teoria do processo. Afinal, a funcionalidade do instituto do ônus da prova igualmente reclama revisitação teórica diante de posturas doutrinárias que, a partir da defesa de um fortalecimento exacerbado do papel do juízo, tendem a reduzi-la.

Ao formular um conceito para o ônus da prova, Hernando Devis Echandia menciona que se trata de uma noção de técnica processual que possui dupla finalidade: contém regra de julgamento por meio da qual se indica ao juiz como deve julgar quando não encontra no processo provas que lhe dêem certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão, e contempla, igualmente, a função de indicar a qual das partes interessa a prova de tais fatos para evitar consequências desfavoráveis²⁷².

Afirmando que o instituto “*funciona como uma válvula de escape e de segurança do sistema probatório*”, Rui Manuel de Freitas Rangel também concorda que as regras que repartem o ônus probatório indicam ou determinam às partes “*qual delas é que sofrerá os efeitos da falta de prova.*” E ainda que, diante da possibilidade de incerteza e dúvidas acerca dos fatos, as regras que promovem a repartição do ônus de prova, “*têm como finalidade última a procura da veracidade e da certeza possíveis dos factos alegados pelas partes em*

²⁷² ECHANDIA. *Teoría General de la prueba*, t.I, p.424. No original: “*Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet [...] 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar [...] para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones*”.

juízo”. E “[...] face à sua estrutura constituem uma regra de decisão ou, como afirma Castro Mendes, a forma de decisão das questões irreduzivelmente incertas consiste no sistema chamado *ônus da prova*²⁷³”.

Segundo Alfredo Buzaid, o problema do ônus da prova tem duas facetas:

“[...] uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto subjetivo; e outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é um princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente²⁷⁴”.

Muito embora não se consinta com a posição que traz a busca da verdade como finalidade prova a ser perseguida no processo, consoante aduz não só Alfredo Buzaid, como imensa maioria da literatura jurídico-processual nacional e a própria legislação brasileira, concorda-se que o instituto do ônus da prova se articula e se orienta entre os pontos destacados. Não só a argumentação fundada na prova, como também sua força persuasiva, são importantes no trabalho de construção do provimento final. Afinal, as partes sozinhas não produzirão o pronunciamento que lhes surtirá efeitos. No processo democrático, elas são coconstrutoras deste juntamente com o órgão estatal que deve promover, em conjunto com os destinatários da decisão, o accertamento dos fatos sobre os quais se ergueu controvérsia.

Em razão disso, é fundamental que as regras de distribuição dos ônus probatórios enunciem a atividade probatória das partes, possibilitando conhecimento prévio de a quem toca provar o que ou quem tem interesse de provar e apontando de quem é o risco de sucumbir em caso de omissão. As partes são destinatárias das normas relativas à distribuição do ônus da prova no processo²⁷⁵, porque estas orientam o seu comportamento durante a instrução processual. É preciso que se dê às partes a oportunidade de produzir provas ou de, livre e conscientemente, optar pela assunção do ônus decorrente de sua omissão. Portanto, a noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque uma categoria jurídica não pode ser concebida sem um titular²⁷⁶. Neste aspecto, concebe-se o ônus da prova como técnica de procedimento.

A despeito disso, o ônus da prova também exerce importante função junto ao juízo. E, nesta via, pode afirmar-se que o ônus seja, igualmente, uma garantia das partes, na medida em

²⁷³ RANGEL. *O Ônus da prova no processo civil*, p. 91.

²⁷⁴ Do Ônus da Prova. In: *Estudos de Direito*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66

²⁷⁵ CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p.35.

²⁷⁶ CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p.317.

que estas possuem um verdadeiro mecanismo de controle sobre o conteúdo da decisão que lhes surtirá efeitos. A aplicação obrigatória das regras do ônus da prova evita o recurso a juízos criativos de bom senso, equidade ou com base em máximas da experiência, ordenando ao órgão jurisdicional que a decisão seja proferida de acordo com a prova produzida nos autos, segundo o sistema legal.

Nesse sentido, as regras que distribuem o ônus da prova atuam como técnica de valoração de provas, - porquanto tem o juízo o dever legal de considerar todos os elementos de prova produzidos nos autos (indicando sua existência) -, e decisão. Nesta última hipótese, as regras do ônus da prova ditam o conteúdo do julgado em caso de dúvida ou incerteza²⁷⁷. De resto, a noção de ônus da prova como técnica de valoração de provas e julgamento se evidencia por dois outros motivos: 1) em razão da necessidade de motivação-fundamentação das decisões proferidas e; 2) a partir do momento em que se confere ao órgão jurisdicional poderes para determinar a complementação ou aperfeiçoamento do conjunto probatório já existente, os denominados poderes instrutórios (analisados no Capítulo V do estudo).

Dentro da noção de modelo de processo democrático que se propõe, a conclusão de que as regras que distribuem o ônus da prova devem desempenhar dupla função de garantia é inafastável. Fala-se em garantia dúplice porque as regras do ônus da prova funcionam orientando partes (quanto ao controle da decisão/liberdade de produzir provas) e juízo (quanto à valoração das provas e fundamentação) na construção do pronunciamento decisório final. A seguir tratar-se-á mais especificamente das regras de distribuição do ônus da prova, bem como da origem e características principais das noções de ônus subjetivo e objetivo que incorporam essa dupla finalidade do instituto. Os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova como técnicas processuais de procedimento, valoração de provas e julgamento são complementares dentro do esquema de processo democrático.

²⁷⁷ Esse aspecto é importante porque, no processo atual, vigora o princípio da inevitabilidade do julgamento pela imposição da vedação ao *non liquet* tanto jurídico, como fático.

CAPÍTULO III

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: uma abordagem acerca das teorias estáticas

3.1 Distribuição do ônus da prova: traços teóricos iniciais

Desde o direito romano já se sentia a necessidade prática de se estabelecer critérios para a distribuição do ônus da prova entre as partes. Isso porque, naquela época, sob o império do princípio dispositivo, a posição ocupada pelas partes no processo era de importância singular²⁷⁸. Era essencial que as partes tivessem ciência desde o início do processo acerca das desvantagens assumidas em caso de ausência de provas, a fim de que pudessem, assim, estruturar sua atividade probatória²⁷⁹.

A regra do *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* ou *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*²⁸⁰ (incumbe a prova a quem diz ou afirma) surgiu no Direito Romano. Tratava-se de um princípio que orientava o comportamento probatório de quem vinha a juízo em primeiro lugar. Segundo Moacyr Amaral Santos, o princípio romanístico de que cabia ao autor exclusivamente o ônus da prova, partia de uma interpretação literal do brocardo acima citado. Tanto é assim que a parte que simplesmente negava as afirmações do autor, para os teóricos estudiosos dos textos romanos, não estava obrigada a fazer prova de sua negativa. Asseverava-se que da negativa não cabia prova, já que (pelo menos em tese) seria impossível provar aquilo que não existe²⁸¹.

Contudo, ainda alerta Moacyr Amaral, como na prática quase sempre a afirmação do réu consistia não somente numa negativa das afirmações do autor, mas na articulação de fatos novos que pudessem impedir, anular, modificar, desconstituir ou extinguir a pretensão autoral, cabia igualmente ao réu, na exceção, trazer a prova ao juízo. Ou seja, ao se defender o réu fazia uma afirmação e não mais uma simples negativa²⁸², incorporando o mesmo papel do autor, motivo pelo qual lhe cabia a prova dos fatos articulados.

De acordo com Micheli, para os romanos ao réu era suficiente contestar os fatos afirmados pelo autor. Cabia-lhe, no entanto, fazer prova, caso alargasse o campo de discussão

²⁷⁸ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 78.

²⁷⁹ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.50-55.

²⁸⁰ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 99.

²⁸¹ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.99-100.

²⁸² Nesse sentido: Cf. MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.33-34.

da demanda²⁸³ por meio de uma exceção. Partindo desta compreensão, Ulpiano concebe a regra: *reus excipiendo fit actor* ou *reus in exceptione actor est*²⁸⁴.

Esses princípios [ônus da prova cabe ao autor e da negativa não se faz prova], extraídos dos brocardos romanos, foram acolhidos por alguns glosadores; e, durante um longo período de tempo, levaram à prevalência de um critério de distribuição do ônus da prova que se baseava na natureza ou na qualidade dos fatos. Afirmava-se que os fatos positivos (ou afirmações) dependiam de prova, enquanto os fatos negativos (as negativas) não podiam ser objeto desta²⁸⁵. O conhecido texto de Paulo encerra a aludida máxima: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*²⁸⁶. Este corolário da denominada “teoria das negativas” conduziu à equívoca afirmação, durante séculos, de que era impossível a prova das negativas.

Todavia, os estudiosos do processo civil moderno, atentando-se às discrepâncias causadas pela interpretação do brocardo de Paulo, aos poucos foram rejeitando-as. Pugliese²⁸⁷ contestou com veemência a compreensão dada à máxima de Paulo, afirmando que *qui negat*, em contraposição a *qui dicit*, não quer dizer ‘quem alega um fato negativo’, mas sim ‘quem nega ou contesta o fato afirmado pelo adversário’. E, por conseguinte, *qui dicit* não é ‘quem afirma um fato positivo’, mas ‘quem afirma um fato qualquer’²⁸⁸. Portanto, positivos ou negativos não são os fatos, mas os elementos presentes na conduta das partes. Pontes de Miranda também se manifesta a respeito do equívoco na interpretação da máxima:

“Há uma lamentável erronia no interpretar tais frases no Direito Romano. O princípio real é este: a prova incumbe a quem articula um fato do qual pretenda concluir a existência de uma relação de direito, ou melhor – da existência, para o autor, de uma situação subjetiva. Quem vai a juízo e articula, tem, por força, como intenção, mostrar que uma determinada situação lhe é favorável. [...] Foi em tal sentido que Paulo, no Digesto (L.2, de probat. et de praesumpt., XXII, 3), escreveu: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Não se deve entender a negação dos fatos, mas a negação da situação jurídica que fundamenta a ação²⁸⁹”.

A teoria das negativas, nascida no Direito Romano e prevalente durante toda a Idade Média, mostrou-se, assim, insuficiente. Apesar disso, deve destacar-se que os critérios de

²⁸³ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p. 38-40.

²⁸⁴ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.100.

²⁸⁵ Consoante Moacyr Amaral Santos esse acolhimento dos preceitos pelos glosadores levou à consagração da máxima: *affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*. (SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.100).

²⁸⁶ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 79.

²⁸⁷ PUGLIESE, Giovanni. Regole e direttive sull’onere della prova nel processo romano *per formulas*. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo, Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1958, p.579-617.

²⁸⁸ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 63.

²⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.316-317.

distribuição do ônus probatório, extraídos a partir dos textos romanos, introduziram, na teoria do processo, outro nível de racionalidade, permitindo o reforço do modelo argumentativo de prova²⁹⁰. As regras do ônus probatório passaram a configurar-se como princípios jurídicos de cunho retórico, aptos a convencer o juízo, porque sempre faziam

“possível uma decisão de mérito, e a estrutura do processo tendia a por em relevo a eficiência da atividade probatória das partes; a elas incumbia a necessidade de dar ao juiz os elementos do fato, aptos a construir a premissa menor do silogismo judicial”²⁹¹.

Daí a se falar que as primeiras teorias que trataram do tema, deram excessivo destaque ao aspecto subjetivo do ônus da prova.

A relação entre ônus e atividade probatória das partes, além de estar fortemente presente na literatura jurídico-processual dos glosadores e teóricos que desenvolveram seus estudos a partir dos textos romanos, também se encontrava bem ilustrada no tardio direito comum alemão. O processo alemão que, à época se desenvolvia pelo *Reichsabschied* (1654), encaminhava-se sempre para uma sentença interlocutória (*Beweisinterlocut*). Esta sentença tinha como objetivo indicar os fatos relevantes aduzidos pelas partes, determinar a necessidade de provas e definir com quem ficaria o encargo de provar. Assim, a despeito de não existir, na Alemanha, uma regra legal específica sobre a distribuição do ônus da prova, desde o século XVII, já se visualizava a importância do ônus da prova e a *Beweisinterlocut* gravava o provimento final pelas regras de distribuição dos riscos²⁹².

As regras de distribuição concebidas com amparo Direito Romano, segundo Micheli, teriam origem retórica na lógica aristotélica. E ainda, teriam sido retomadas na Idade Média para servir de fundamento na elaboração da teoria das presunções, além de terem contribuído, também, para a formulação da concepção de ônus probatório como regra de julgamento²⁹³.

Pois bem. Diante da insuficiência demonstrada pela teoria das negativas, os teóricos da prova passaram a buscar um critério, baseado na posição das partes, que pudesse dividir o ônus entre ambas. Reconheceu-se, então, caber às partes o ônus da prova de suas respectivas alegações. A prova caberia a todo aquele que afirma a existência ou inexistência de um fato

²⁹⁰ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.23-25.

²⁹¹ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p. 37. No original: “Ya entonces el criterio del onus probandi se configura como un principio juridico, apto para hacer siempre posible una decisión en el mérito, pero la estructura misma del proceso tiende a poner de relieve la eficiencia de la actividad probatoria de las partes, a las que incumbe la necesidad de dar al juez los elementos de hecho, aptos para construir la premisa menor del silogismo judicial”.

²⁹² MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.51.

²⁹³ MICHELI. *La Carga de la Prueba*, p.33 e nota 89.

sobre o qual se funda a sua pretensão²⁹⁴. Destaca Santos que essa compreensão teórica surgiu no direito francês e se desenvolveu na maioria dos países ocidentais. Praticamente todos eles reproduziram o exposto no art. 1315 do Código Civil Francês²⁹⁵.

O novo critério formulado justificava-se não apenas na necessidade de se igualar o tratamento, conferindo-se paridade às partes, mas também atentava-se para o fato de que não bastava somente alegar. Era preciso que a alegação da parte viesse acompanhada de prova, porque sem demonstração, o pedido ou a defesa (exceção) resultariam não fundados e o juízo não poderia acolher alegações infundadas ou inexistentes. Assentou-se, assim, na literatura a respeito do tema, a ideia de que quem oferece como fundamento do pedido ou da defesa, a afirmação ou a negação de um fato, cumpre subministrar a prova da existência ou da inexistência deste fato. E isto por uma razão lógica: ora, se o objetivo da parte é sempre alegar com fim de modificar ou destruir a posição jurídica do adversário, razoável que promova a prova da existência do fato capaz deste resultado²⁹⁶, sob pena de não ter acolhidas as suas alegações. A ideia é de que cada parte cumpra com a prova dos pressupostos fáticos da norma que pretende lhe surtam efeitos.

Entretanto, o critério baseado na posição das partes também não se mostrou suficientemente seguro para a definição das regras de distribuição do ônus da prova. E isto acabou levando uma série de processualistas, principalmente italianos, a empreenderem árdua pesquisa para definição de um critério seguro e confiável de distribuição. Tanto a prática como a ciência processual necessitavam de uma diretriz eficaz de distribuição do ônus da prova e muitos estudos foram empreendidos neste percurso. Todavia, a longa e difícil tarefa desempenhada pelos teóricos deste trabalho continua ainda hodiernamente.

Há diversas teorias que tentam explicar os critérios de distribuição do ônus da prova. Estas podem ser classificadas entre antigas – de inspiração civilística e que se formaram em torno da exegese dos textos romanos – e modernas²⁹⁷. Boa parte dessas teorias foi analisada por Moacyr Santos Amaral em obra clássica (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v.I), sob inspiração da dissertação de Sebastião Soares de Faria denominada *Principaes theorias relativas ao Onus Probandi*²⁹⁸. Far-se-á uma breve exposição de algumas dessas principais teorias, bem como das posições Micheli, Rosenberg e Echandia, para, no capítulo seguinte,

²⁹⁴ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.103.

²⁹⁵ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 104-105.

²⁹⁶ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.103-106.

²⁹⁷ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 79.

²⁹⁸ Encontra-se análise semelhante também nas obras de Hernando Devis Echandia, Leonardo Augusto Marinho Marques, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, Suzana Santi Cremasco. Todas as obras foram amplamente pesquisadas e citadas neste estudo.

tratar-se das teorias contemporâneas que atentam para a necessidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova.

3.2 A subjetivação do ônus da prova: principais teorias

O denominado conceito ou aspecto subjetivo de ônus da prova aproxima-se da ideia de necessidade das partes fornecerem as provas dos fatos que repute relevantes aos seus interesses. Diversas teorias foram concebidas a partir deste critério, podendo-se citar, dentre as principais, as de autoria de: Jeremy Bentham, Adolf Dieterich Webber, Bethmann-Holweg, Fitting, Luigi Gianturco, René Demogue²⁹⁹, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Emilio Betti. Todos estes autores destacam, em sua compreensão, um aspecto funcional das regras de distribuição do ônus da prova centrado basicamente na atuação probatória das partes e na posição que estas assumem no processo. Na perspectiva subjetiva, as regras do ônus da prova são exclusivamente voltadas a governar a estruturação da atividade probatória das partes e estão aliadas à natureza dos fatos que fundamentam as suas respectivas pretensões.

De acordo com Leo Rosenberg, o conceito de ônus subjetivo da prova foi, até Julius Glaser (1883), o único aspecto conhecido e reconhecido do ônus probatório na literatura especializada no tema. Alerta o processualista alemão, que a exposição mais prestigiada exemplo desta exaltação é a de Adolf Dieterich Webber, que leva o título de “*Sobre a obrigação de subministrar provas no processo civil*”³⁰⁰. Para Webber e os demais subjetivistas, o ônus da prova deve ser pensado como necessidade jurídica das partes subministrarem prova de suas afirmações.

Segundo Rosenberg, a definição de Webber era plenamente válida no contexto alemão, considerando que até o final do século XXI, o processo comum (alemão) contava com uma espécie de decisão interlocutória (a *Beweisinterlocut*, já citada no ponto anterior) que resolvia a questão das provas, determinando definitivamente seu tema e o ônus

²⁹⁹ As teorias de Jeremy Bentham, Adolf Dieterich Webber, Bethmann-Holweg, Fitting, Luigi Gianturco, René Demogue (teorias clássicas) foram objeto de exaustiva análise em obra clássica, confeccionada em 1936, por Sebastião Soares de Faria. Em razão de tais teorias terem sido concebidas em torno da exegese dos textos romanos e já se demonstrarem como perspectivas superadas na literatura jurídico-processual, por discutirem critérios atualmente sedimentados e/ou ultrapassados na doutrina e nas legislações dos mais diversos Estados, as teorias de Bentham, Webber, Bethmann-Holweg, Fitting, Gianturco, Demogue não serão objeto de abordagem e/ou análise no presente estudo. Reputa-se, também, que o exame das mencionadas concepções é desnecessário em face das concepções teóricas que ora se defendem. Desse modo, tratar-se-á apenas das perspectivas teóricas e critérios de distribuição mais recentes (presentes nas legislações atuais), concebidos por Carnelutti, Chiovenda e Betti. Para consulta e aprofundamento sobre as teorias clássicas, contudo: Cf. FARIA, Sebastião Soares de. *Principales teorías relativas al onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

³⁰⁰ ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p.16-17.

correspondente a cada parte. Tal fato produzia no processo, uma espécie de obrigação dirigida à parte onerada para que trabalhasse na produção dos elementos de convicção jurídica a respeito dos fatos controvertidos (duvidosos); enquanto que se reservava à outra parte o direito à contraprova, permitindo-se-lhe produzi-la³⁰¹.

Adverte Rosenberg, no entanto, que essa definição exclusiva de ônus subjetivo, como critério estruturador da atividade probatória das partes, é insuficiente no processo atual. Segundo o processualista alemão, o ônus da prova consiste numa necessidade jurídica de prova, relacionada com um fato real e que tem por fim evitar uma decisão desfavorável. Para Rosenberg, portanto, a parte não tem o “dever” de provar. Entretanto, o descumprimento do ônus que pesa sobre ela, acarretar-lha-á a imposição de uma consequência processual desvantajosa: o juiz considerará o fato afirmado pelo onerado inexistente.

Rosenberg salienta, ainda, que há certo perigo nas teorias puramente subjetivistas. Isso porque, de acordo com o autor, estas tendem a confundir o ônus da prova com a apreciação da prova. Os teóricos que defendem o aspecto subjetivo do ônus de forma isolada, segundo Rosenberg, podem tender a tratá-lo como dever ou obrigação e essa possibilidade não existe quando se trata o ônus no aspecto objetivo ou material³⁰². Para Rosenberg, a atividade processual das partes oneradas na produção da prova, não deve constituir a característica essencial da teoria do ônus. Em razão disso, como se verá, o mencionado teórico dará ênfase ao aspecto objetivo do instituto³⁰³.

Apesar das críticas de Rosenberg, ainda existe na literatura jurídico-processual um grande número de teóricos³⁰⁴ que trabalha e considera o aspecto subjetivo do ônus da prova como característica primordial do instituto.

³⁰¹ No original: “*Por outro lado no se podia esperar una definición distinta, tratándose del proceso común, ya que en el auto interlocutorio de prueba se determinaron definitivamente el tema de la prueba y la carga correspondiente a las partes, y esto em forma de un mandato dirigido a la parte obligada, para que ‘produjera los elementos de convicción jurídica’ con respecto a los hechos importantes dudosos, mientras que se reservo a la otra parte la contraprueba, es decir, se le permitió producir-la*”. (ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.17).

³⁰² ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.18.

³⁰³ Para Rosenberg a atividade processual da parte onerada com a prova não constitui a essência da doutrina do ônus. Isso porque ao mesmo tempo em que a sentença deve ser ditada atendendo à íntegra dos debates produzidos, também deve ter em conta as afirmações e todas as ofertas de prova. Desta maneira, não é tarefa exclusiva da parte onerada com a prova, proporcionar os elementos para formação de convicção do magistrado. Só importa que os fatos sejam demonstrados por meio de provas, pouco importando quem as produziu. Por outro lado, prossegue o autor no raciocínio dizendo que o problema do ônus da prova só se apresenta quando a prova não foi produzida, ou seja, as regras do ônus só se aplicam quando não existe certeza a respeito de determinado afirmação que deveria ser provada. É por esta razão que o ônus da prova se caracteriza como o perigo que a parte assume de não produzir ou subministrar provas a seu favor, na medida em que se não for produzida prova de determinada afirmação discutida, a parte que alegou e não subministrou prova de sua existência, não obterá êxito na demanda. (*La Carga de la Prueba*, p.18-19).

³⁰⁴ Nessa defesa, pode-se citar, consoante Arenhart: CHIOVENDA, *Giuseppe. Princípios de derecho procesal civil*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*; LOPES, João Batista. *A prova no*

Para tais teóricos, em linhas gerais, as regras relativas à distribuição dos encargos caracterizam-se como regras de procedimento que indicam quem deve provar o quê no processo. A disciplina do ônus da prova teria por finalidade reger e estruturar a conduta probatória das partes, distribuindo entre elas o papel de trazer provas para o processo. Tocaria, assim, ao autor produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu incumbiria a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor³⁰⁵. Assim, como técnicas de procedimento, as regras que distribuem o ônus da prova teriam a função de disciplinar quem tem a faculdade, - acompanhada do seu ônus respectivo (desvantagem processual) -, de trazer aos autos prova sobre certo fato ao processo.

Para os subjetivistas, as regras relativas à distribuição do ônus devem incidir na fase inicial do processo. Isso porque as partes devem saber, de antemão, quais provas tem a opção de trazer aos autos para que tenham sua tese acolhida. Nessa esteira, como técnicas de procedimento, estas devem comunicar as partes, desde o início do processo, as consequências processuais correspondentes à sua omissão. A função das regras que distribuem o ônus da prova seria, assim, a de disciplinar a conduta das partes, regulando a faculdade e poder de produzir e propor provas, juntamente com a possibilidade de convertê-los em ônus, na medida em que se informa previamente quem assumirá a desvantagem em caso da ausência de provas.

Comenta Barbosa Moreira a respeito:

“O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (objetivo ou formal). [...] A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ao material)³⁰⁶”.

A respeito do ônus subjetivo, também disserta Micheli:

*“[...] a lei, em determinados casos, atribui ao sujeito o poder de dar vida a uma condição (necessária e suficiente) para a obtenção de um efeito legal, considerado favorável para o referido sujeito. Em tais casos, fala-se em integração da hipótese legal por meio das **atividades do sujeito**, ao qual a ordem jurídica atribui tal poder*

direito processual civil brasileiro. (ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Maio/2006, v.54, n.343, p.25-60).

³⁰⁵ ARENHART. *Revista Jurídica*, p.25-60.

³⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª série, p.74-75.

e cujo exercício é precisamente o único meio para alcançar o fim jurídico previsto pela norma³⁰⁷. (Grifo nosso)

A perspectiva subjetiva do ônus da prova trata, portanto, da visualização do instituto como técnica de procedimento. A seguir, selecionam-se os principais teóricos que visualizam a distribuição do ônus com ligação particular ao seu aspecto subjetivo.

3.2.1 Teoria de Giuseppe Chiovenda

Chiovenda afirma que não se pode falar propriamente na existência de um dever de prova, mas tão somente numa necessidade de provar ou um ônus. O processualista italiano prefere ligar o ônus a uma necessidade, salientando que a carência de prova dá origem a uma situação análoga à que enseja o inadimplemento de um dever: a parte, a quem incumbe o ônus de provar, suporta as consequências da falta de prova³⁰⁸.

Referido autor também conecta o ônus à prova dos fatos que, afirmados e provados, justificam a existência do direito assim como à situação de obtenção de uma vantagem.

Destaca:

“[...] não existe o dever de provar, a não ser no sentido em que se diz: quem quer ganhar, deve trabalhar. Mas exatamente por isso se fala de ônus da prova [...] A atividade que se expende na prova, como em geral a atividade que se emprega em proveito próprio, é uma condição para alcançar a vitória, não é um dever jurídico³⁰⁹”.

A distribuição do ônus da prova, de acordo com Chiovenda, variaria de acordo com a natureza dos fatos a serem provados, classificados como: constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito. Ainda de acordo com o autor, para que exista ônus de provar, é preciso que não milite presunção a favor da parte em tese onerada. Havendo presunção, esta dispensaria a prova³¹⁰.

Chiovenda comenta que o ônus da prova, além de ser uma das figuras vitais do processo, reflete as mais profundas diferenças entre os processos das diferentes civilizações. Aduz o autor que nos processos primitivos, boa parte dos casos podia ser resolvida mediante a

³⁰⁷ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 84-85. No original: “[...] la ley, en determinados casos, atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico, considerado favorable para dicho sujeto. Se habla en tales supuestos de la integración de la hipótesis jurídica mediante las actividades del sujeto, al cual el orden jurídico atribuye tal poder, cuyo ejercicio representa precisamente el único medio para alcanzar el fin jurídico previsto”.

³⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p.442.

³⁰⁹ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civi*, p.436.

³¹⁰ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.442-443.

invocação das Divindades ou por simples juramento e isto fazia com que se reputasse a prova um direito do réu. Na medida em que o sistema processual vai se concentrando na convicção do juízo, aguça-se a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de provas. Estas passam a ser de interesse das partes, apresentando-se como um encargo assumido por elas³¹¹. Nessa via, o encargo tenderia a onerar o autor seja porque é ele o “*iniciador da lide*”, ou porque a necessidade de obter uma vantagem o estimula à produção da prova “*a fim de obviar ao juramento do avversário*”³¹².

Todavia, Chiovenda aponta que nem toda prova que é necessária à formação da convicção do juiz incumbe ao autor. Toda vez que o réu não se limitar a apenas negar o direito do autor, tocar-lhe-á o ônus de provar os fatos impeditivos ou extintivos da pretensão autoral³¹³. O processualista italiano explica que as bases do ônus da prova são encontradas nos brocardos romanos³¹⁴ que, contudo, não respondem à complexidade do instituto.

De acordo com Chiovenda, se generalizadas nos casos concretos, as máximas romanas nada significam senão for levada em consideração a natureza dos fatos. Além disso, tais princípios conduziram à famosa máxima de repartição *onus affirmanti non neganti incumbit probatio* que, por sua vez, transfigurou-se no princípio *negativa non sunt probanda* (negativas não admitem prova), inaceitável na doutrina hodierna³¹⁵. Assim, conclui o processualista italiano, é difícil se chegar a uma formulação geral e completa de um princípio que presida o ônus da prova, dando-lhe justificação racional, absoluta e geral³¹⁶.

Chiovenda arremata pontuando que duas razões justificam a repartição do ônus de provar. A primeira de oportunidade e segunda que consiste em fazer do ônus da prova um princípio de justiça distributiva, um princípio de igualdade entre as partes³¹⁷.

Em relação à segunda dimensão, destaca o autor italiano que o princípio dispositivo impõe às partes a tarefa de preparar o material de cognição, reforça o ideal de igualdade e é dele que resulta a necessidade de repartição dos ônus probatórios. Referido princípio preconiza que se deve deixar à iniciativa das partes afirmarem e provarem tudo aquilo que pretendem que seja considerado pelo juízo. Ou seja, o ônus da prova se distribuiria entre as

³¹¹ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p. 444.

³¹² CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.444.

³¹³ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.445.

³¹⁴ Chiovenda se refere às seguintes máximas romanas: *necessitas probandi incumbit ei qui agit, reus excipiendo fit actor, ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* e *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*. (CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.445).

³¹⁵ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.445. A respeito da dificuldade de aplicação dos princípios romanos: Cf. CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.446-447.

³¹⁶ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*. v. II, p.447.

³¹⁷ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*. v. II, p.448.

partes de acordo com seu interesse em provar que, por sua vez, justificar-se-ia na possibilidade de obtenção de uma vantagem. Portanto, se o autor não provou os fatos que representam o fundamento de sua demanda, o réu não precisa provar fatos desconstitutivos da pretensão do autor, podendo se limitar a negá-la pura e simplesmente, sem a obrigação de provar. O ônus probatório do réu, de acordo com Chiovenda, surge sob a ameaça de prejuízo, ou seja, quando já há provas constitutivas das alegações do autor³¹⁸.

A teoria desenvolvida por Chiovenda também focaliza o princípio lastreado na natureza dos fatos, dividindo-os em constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos. Sintetiza processualista italiano o seguinte enunciado distribuição:

“O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações, ou coincidem com essa, ou são inexatas³¹⁹”.

A ideia de Chiovenda foi, assim, a de alcançar um princípio de distribuição ônus que pudesse constituir regra geral de acordo com a oportunidade e interesse da parte em produzir provas, somados à consideração da natureza dos fatos³²⁰ por estas invocados.

3.2.2 Teoria de Francesco Carnelutti

Conforme já abordado, Carnelutti enquadra o ônus da prova em um esboço de sistema de ônus processuais³²¹. Qualifica o ônus como de situação jurídica passiva e o distingue da obrigação³²², porque o ônus tutela interesse próprio e possui sanção diversa.

No tocante ao ônus da prova, Carnelutti afirma que a noção se fundamenta no conceito de risco processual. Trata-se de um ônus que se coloca entre o ônus da informação e da exibição³²³. *“O ônus em provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar³²⁴”*, sendo que a parte que afirma deve demonstrar por provas o fato base de sua pretensão. Em relação ao fato

³¹⁸ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.448.

³¹⁹ CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.451-452.

³²⁰ A respeito do critério da normalidade que distingue fatos constitutivos de impeditivos: Cf. CHIOVENDA. *Instituições do Direito Processual Civil*, v. II, p.450-451.

³²¹ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.117-144.

³²² Alerta Carnelutti que o conceito de ônus se distingue de obrigação porque na obrigação *“a liberdade jurídica fica excluída pela sujeição, ou seja, pela necessidade de obter um mandato, não pelo contrário, pela necessidade de agir de um modo como preferência a outro para a obtenção de um interesse”*, como ocorre no ônus. (CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, p. 119).

³²³ CARNELUTTI. *A prova civil*, p.256-257; CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.131-134.

³²⁴ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.133.

de quem suportará as conseqüências da falta de prova, Carnelutti afirma que as partes teriam dois interesses: o primeiro unilateral (relacionado à afirmação dos fatos base da pretensão ou exceção) e o segundo bilateral (já que, uma vez afirmado o fato, cada uma das partes têm interesse em proporcionar a prova sobre o alegado)³²⁵. Nesta última hipótese, dar-se-ia um duplo interesse em antítese, pelo concurso da prova e contraprova.

Diante disso, Carnelutti afirma que o interesse não é um critério adequado para justificar a distribuição do ônus probatório, por que:

“[...] enquanto o interesse na afirmação é unilateral, no sentido de que cada uma das partes tem interesse em afirmar tão somente o fato constitutivo da base de sua pretensão ou exceção, o interesse na prova (na demonstração), é bilateral no sentido que uma vez afirmado um fato, cada parte tem interesse em fornecer prova referente ao mesmo: uma tem interesse em provar a sua existência e a outra sua inexistência [...]. Portanto, para a distribuição do ônus da prova, deve-se escolher entre as partes segundo um critério distinto do interesse da prova, a que deva prejudicar a falta de prova³²⁶”.

De acordo com Carnelutti, cada uma das partes tem que propor a prova dos fatos em cuja afirmação está interessada. Não somente porque esta prova não pode ser buscada pelo juízo, mas também porque em caso de ausência de provas, o fato afirmado deverá ser considerado inexistente. Assim, a fórmula geral de distribuição do ônus da prova, para Carnelutti, pode ser enunciada do seguinte modo:

“a falta de certeza de um fato prejudica aquela das partes que tem interesse em sua afirmação e, portanto, a falta de certeza do fato constitutivo prejudica quem faz valer o direito, enquanto a falta de certeza do fato extintivo ou invalidativo prejudica aquele contra quem se o faz valer³²⁷”.

Em razão disso, o instituto do ônus da prova, em Carnelutti, teria duas faces: uma de direito material e outra de direito processual. De acordo com o processualista italiano, quem faz valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem o seu fundamento. Por outro lado, quem excepciona afirmando a inexistência, a modificação ou a extinção de tais fatos, deve provar os fatos nos quais fundamenta a exceção³²⁸.

Para Carnelutti, a imposição do ônus da prova surge a partir do momento em que se ergue controvérsia sobre um fato afirmado. Esta controvérsia justifica a necessidade de a parte (contra a qual a controvérsia se ergueu) produzir provas. Além disso, segundo Carnelutti, o

³²⁵ CARNELUTTI, *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.131.

³²⁶ CARNELUTTI. *A prova civil*, p.257.

³²⁷ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p.398.

³²⁸ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p.398-399.

ônus da prova estaria diretamente relacionado ao ônus da afirmação, o que limitaria o juízo a considerar, na decisão, tão somente os fatos alegados pelas partes.

Complementa o raciocínio dissertando:

“O problema está dominado pelo princípio segundo o qual, enquanto no processo atuam duas partes em contraste entre si, não só é possível, mas útil, privar o juiz de toda iniciativa em relação à busca de provas, na qual cada uma das partes deve pensar em seu interesse; é verdade que isso a estimula a propor só as provas favoráveis, não as provas contrárias, mas a isso, naturalmente, provê a outra parte; assim, não podendo contar com a iniciativa do juiz, cada parte se vê estimulada ao máximo na busca e o juiz fica livre de uma tarefa que pode comprometer sua imparcialidade. Por isso, a faculdade de cada uma das partes se acrescenta a cargo de propor as provas em apoio aos motivos adotados por elas³²⁹.”

Carnelutti explica, então, que a questão do ônus da prova está diretamente relacionada com os fatos afirmados pelas partes e com a obrigação do juízo de classificá-los com existentes ou inexistentes antes de proferir sua decisão³³⁰. Caso considere o fato existente, é certo que a decisão será favorável à parte que o afirmou como pressuposto de sua pretensão. Em contrapartida, se o considera inexistente, a decisão beneficiará a parte contrária³³¹.

O autor italiano trabalha no sentido de buscar um critério adequado e seguro, que se ampare na própria finalidade do processo, para a distribuição do ônus da prova, já que, para Carnelutti, quem detém o ônus deve suportar o risco da falta de prova. Afirma, então, que com a utilização das regras [máximas] da experiência talvez se chegue a este critério, porque tais máximas indicam qual das partes está em melhores condições de produzir a prova. Diante disso, uma regra de distribuição criada em regras de experiência, para Carnelutti, tornaria o ônus da prova um instrumento de concretização da justa composição de lide³³².

O processualista italiano finaliza concluindo que há coerência na regra que determina que os fatos constitutivos sejam provados por quem propõe uma pretensão e as condições modificativas ou impeditivas provadas por quem excepciona³³³. Arremata, dessa forma, chegando às mesmas conclusões de Chiovenda³³⁴ no tocante à distribuição do ônus da prova, elege como critério a natureza dos fatos alegados.

³²⁹ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p.395-396.

³³⁰ CARNELUTTI. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p.398.

³³¹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 130.

³³² CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p.132.

³³³ CARNELUTTI. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II, p. 134.

³³⁴ Vale lembrar, todavia, que diferentemente de Chiovenda, Carnelutti não considera o interesse um critério válido para se distribuir o ônus da prova.

3.2.3 Teoria de Emilio Betti

Partindo da ideia de igualdade entre as partes, Betti procura articular as noções de ônus da prova e ônus da afirmação. Para o autor, este seria o critério mais adequado para se regular a repartição do ônus probatório. Isto porque, quem pede, seja na inicial ou na contestação, tem o ônus de afirmar os fatos que autorizam seu pedido, e, por via consequência, o ônus de provar os fatos afirmados³³⁵.

De acordo com Betti, a repartição do ônus da prova em caso de insucesso na obtenção da prova ou inércia da parte, não deve orientar-se pelo interesse da parte em provar. Nesse ponto, o aludido autor adota a mesma concepção de interesse (unilateral e bilateral) de Carnelutti³³⁶. O critério que orientaria o ônus da prova, para Betti, seria, então, o ônus da afirmação e da contestação, já que todo aquele que afirma ou excepciona deve provar, sob pena de sucumbir³³⁷.

Em Betti, o ônus da prova e o ônus da afirmação estão rigorosamente coordenados. E esta coordenação somente desaparece diante dos fatos notórios³³⁸. Betti destaca que há um ônus da demanda e um ônus da ação por parte do autor, bem como um ônus da exceção por parte do réu. Pontua que a diferença entre ônus da ação e o ônus da exceção, que repercute sobre o ônus da prova, pode ser buscada em dois critérios. Um formal que impõe a quem tem o ônus da ação, o ônus de afirmar e provar os fatos base de sua pretensão ou sua exceção. E outro material que, por sua vez, consiste no alcance jurídico que o direito substancial atribui aos fatos e às circunstâncias afirmadas³³⁹.

Amparado neste último critério, Betti procura distinguir os fatos ou circunstâncias conforme a sua relevância para o nascimento, a modificação ou a extinção da relação deduzida em juízo. Deste modo, afirma o processualista que os fatos constitutivos são aqueles aos quais a norma substancial atribui a eficácia de constituir a relação jurídica, incumbindo sua prova ao autor. As circunstâncias impeditivas são aquelas que concorrem com os fatos constitutivos e cuja presença não permite que estes surtam efeitos, incumbindo ao réu o ônus de sua afirmação e prova. E, finalmente, os fatos modificativos ou extintivos são aqueles que

³³⁵ BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936, p.335.

³³⁶ BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p.333.

³³⁷ BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p.334.

³³⁸ BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p.336.

³³⁹ BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p.337.

nascem posteriormente à constituição da relação jurídica e que conduzem à extinção ou modificação daquela, incumbindo ao réu o ônus de sua afirmação e prova³⁴⁰.

Conclui-se, assim, que para Betti, a atribuição do ônus à parte diante de sua inércia, não tem fundamento no interesse de provar. O critério adequado para a repartição estaria no ônus da afirmação acerca de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos. E, por isso, a orientação de Betti assemelha-se à de Carnelutti.

3.3 A objetivação do ônus da prova: principais teorias

Naturalmente, o que se espera das partes é que produzam provas das suas alegações, afastando o ônus decorrente de sua omissão. Imagina-se, pelo menos em princípio, que a parte onerada produzirá prova para se ver livre do ônus, exercendo seu direito à ampla argumentação e participando ativamente da construção do provimento que lhe surtirá efeitos. Contudo, pode ocorrer que as partes simplesmente decidam não produzir prova. Ou ainda que, por qualquer motivo, não sejam instrumentalizados nos autos elementos de prova suficientes ou necessários à reconstrução adequada dos fatos.

Nos referidos casos, o juízo pode deparar-se com uma situação de dúvida sobre os fatos. Isso porque, ainda que se permita uma postura mais ativa por parte do órgão jurisdicional no tocante à produção de provas, a hipótese de incerteza é facilmente visualizada. O juízo não pode utilizar-se dos poderes instrutórios de forma desenfreada na busca de uma desejada verdade real. Como já foi dito, deve posicionar-se de forma equidistante das partes, para não prejudicar a simétrica paridade no processo, já que a opção pelo sistema acusatório (dispositivo) no direito brasileiro importou na renúncia à busca incessante da verdade³⁴¹. É justamente nas hipóteses de incerteza fática que as regras do ônus da prova tornam-se critérios objetivos de decisão.

Ora, se a fundamentação das decisões jurisdicionais está intimamente atrelada às provas produzidas nos autos e se estas não são suficientes para dirimir a situação de dúvida sobre fatos, promovendo o accertamento dos pontos controvertidos, como deve o juízo decidir? Em resposta à indagação, considerando o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado e que este se encarrega, com obrigatoriedade, da apreciação da alegação de lesão ou ameaça a direitos, revelou-se uma nova abordagem do instituto do ônus da prova. Agora não mais como

³⁴⁰ BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p.337-338.

³⁴¹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.264. A respeito do ônus da prova e o mito da busca da verdade real haverá abordagem pormenorizada no Capítulo V do presente estudo, com foco na limitação dos poderes instrutórios do juízo.

uma simples orientação de conduta dirigida às partes, mas uma orientação de julgamento vinculativo do juízo.

A literatura jurídico-processual percebeu que as regras de repartição do ônus poderiam auxiliar o órgão jurisdicional na tarefa de julgar, considerando três razões: (1) o órgão jurisdicional não pode abster-se de decidir os casos levados à sua apreciação; (2) ao julgar, o juízo deve levar em conta todo o conjunto de provas carreadas nos autos, independentemente de quem as tenha produzido (princípio da aquisição processual); (3) há situações de incerteza quanto às provas produzidas nos autos.

Analisando esses três argumentos/situações, o ônus da prova passou a ser compreendido, objetivamente pela doutrina, como técnica de julgamento. Neste sentido, concebeu-se que por meio das regras de distribuição do ônus probatório, indica-se ao juízo como julgar na hipótese em que não encontra provas que lhe deem certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão.

Nesse aspecto objetivo, o ônus da prova é retratado também como um problema de aplicação do direito³⁴². A mínima dúvida a respeito dos pressupostos de fato da norma invocada no caso, impede a aplicação desta. No entanto, é vedado ao órgão jurisdicional pronunciar o *non liquet*. É justamente nessa hipótese em que atuam as regras que repartem o ônus da prova, enquanto técnica de julgamento. Tais regras indicam ao juízo, a que parte deve impor as consequências processuais decorrentes da dúvida ou incerteza na decisão. O prejuízo processual a ser imputado à parte onerada, nestes casos, só haveria de ser apurado no momento do julgamento, quando seria feita a valoração e valorização das provas carreadas aos autos³⁴³.

As primeiras noções indicativas do aspecto objetivo do ônus da prova, de acordo com Leo Rosenberg, surgiram na obra de Julius Glaser (*Der deutsche Strafprozess*), no ano de 1883³⁴⁴, em estudo relativo ao processo penal. Micheli também afirma que no mencionado trabalho apareceram, pela primeira vez, os conceitos distintivos de “*carga formal*” e “*carga*

³⁴² Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli, apesar das divergências, inexistentes para alguns autores (como Echandia), discorrem com clareza a respeito da relação entre aplicação do direito e ônus da prova. Ambos consideram que para aplicação adequada da norma legal invocada no caso concreto, deve-se proceder ao exame da prova dos pressupostos de fato desta. Neste caso, as regras de repartição do ônus da prova serviriam não só, indiretamente, como orientação à produção da prova, como atuariam, diretamente, como *regra do julgamento* na consecução de um resultado útil para a atividade jurisdicional. Reportando-se à aplicação silogística do direito, Rosenberg chega a afirmar que os fatos seriam integrantes da premissa menor e que o problema do ônus só surgiria quando estes não estivessem provados (ou o juiz não estivesse suficientemente convencido), caso em que a decisão a ser proferida deveria ser, necessariamente, desfavorável à parte que detinha o ônus de provar a questão não aclarada. Neste sentido: Cf. ROSENBERG. *La Carga de la prueba*, p. 8.

³⁴³ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.137.

³⁴⁴ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.16.

material” concebidos, posteriormente, como sinônimos de ônus objetivo e subjetivo, respectivamente. Aos poucos o conceito de ônus objetivo foi conquistando teóricos alemães, especialmente após a exposição inicial de Leo Rosenberg.

O conceito de ônus objetivo se notabilizou, primeiramente, na literatura jurídico-processual austríaca, pelo fato do processo austríaco da época ser fortemente marcado pela iniciativa do juízo e pelo predomínio absoluto desta sobre a atividade das partes. Chegou-se ao ponto dos teóricos austríacos esvaziarem quase por completo a figura do ônus da prova, relegando sua análise exclusivamente ao aspecto objetivo-formal³⁴⁵. Esclarece Micheli que, na Áustria, e, posteriormente em outros países europeus como Alemanha e Itália, o reforço ao:

“[...] princípio da aquisição processual, juntamente com os poderes instrutórios do juiz, além da possibilidade de valoração de todo o debate para o levantamento de elementos úteis à formação da convicção do magistrado, levaram à involução do conceito de ônus. Sem contar com a opinião daqueles que creem que atualmente toda teoria do ônus da prova é supérflua, dada a possibilidade de livre valoração das provas por parte do juiz; o que, apesar de concebível do ponto de vista teórico (e confirmável do ponto de vista histórico), não se aplica ao processo moderno³⁴⁶”.

Micheli discorda da posição dos autores que assim entendem. E afirma que, ainda que o perfil subjetivo do ônus seja atenuado ou indireto pelos poderes conferidos ao juízo, uma visão objetiva do instituto é primordial, uma vez que em certas situações

“pode ocorrer que, o juiz, valorando livremente os elementos probatórios produzidos, não se considere persuadido em nenhum sentido. Nesse caso, haverá a necessidade de estabelecer legalmente qual deve ser, então, o conteúdo de sua decisão³⁴⁷”.

Isto seria feito, segundo Micheli, por meio das regras que repartem o ônus da prova que atuariam, repete-se, ditando o discurso do juízo em caso de ausência de provas.

Acrescenta Micheli que chegará o dia em que a doutrina considerará unitariamente o fenômeno do ônus da prova, sob o perfil exclusivo da *regra de julgamento*. Isso porque este entendimento confere ao juízo o poder de se pronunciar em qualquer caso, ainda quando lhe

³⁴⁵ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 106.

³⁴⁶ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 106-107. No original: “*el principio de la adquisición procesal, juntamente con los poderes instructorios del juez y con la posibilidad de que el mismo valore el debate entero, para sacar de él elementos útiles a la formación de la propia convicción, han conducido a una involución del concepto de carga. Sin contar la opinión de quien ha creído actualmente superflua toda la doctrina de la carga de la prueba, dada la posibilidad de una libre valoración de las pruebas por parte del juez; lo que si es concebible desde el punto de vista teórico (y confirmable desde el punto de vista histórico), no se funda en concreto respecto del proceso civil moderno*”.

³⁴⁷ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 107. No original: “*Puede ocurrir siempre que el juez, valorados libremente los elementos probatorios aducidos, no se considere persuadido en ningún sentido, y de ahí la necesidad de establecer legalmente cuál deba ser entonces el contenido de su decisión*”.

restaram ignorados ou não esclarecidos os fatos da controvérsia. O centro de gravidade do estudo do ônus da prova será deslocado da atividade processual das partes, voltada a conseguir um resultado útil, para a atividade de julgamento do juízo³⁴⁸.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart, essa visão objetiva do ônus teria amparo na seguinte premissa (relacionista e de ótica bilateral): se as partes possuem *direito à prova*, têm, como correlato, um *dever de produzir provas*, e este *direito-dever* não pode se transmutar em *ônus*. Além disso, para o citado autor, as partes têm sempre um *interesse* na produção de provas, porque a prova sempre lhes trará um *benefício* (direto ou indireto). Ademais, ainda de acordo com Arenhart, a legislação atual orienta não somente as partes a produzirem provas, mas também o Ministério Público, quando atua como *custos legis*, e, igualmente o magistrado, que teria *“ativa e predominantemente função na colheita da prova”*³⁴⁹. Deste modo, pouco importaria quem produziu a prova, mas se ela foi produzida. Por estas razões, segundo Arenhart, a consideração do ônus da prova no perfil objetivo se adéqua muito melhor ao processo atual, porque seriam reduzidíssimas e subsidiárias as hipóteses de aplicação das regras do ônus probatório. O perfil subjetivo do ônus praticamente não teria sentido, de acordo com o autor³⁵⁰.

Cappelletti corrobora com a posição de Arenhart, dizendo:

*“[...] as regras relativas ao ônus da prova tem um caráter rigorosamente subsidiário, não correspondendo a um poder monopolizado pela parte onerada, e, portanto, como tal, só deverão ser levadas em consideração nas hipóteses de falta de prova, tendo a finalidade concomitante de oferecer ao juiz a possibilidade de julgar também na eventualidade da ausência de prova”*³⁵¹.

A finalidade exclusiva do ônus objetivo consistiria, então, na orientação de julgamento ao juízo sempre que não haja prova suficiente para a reconstrução dos fatos. Desta maneira, para os teóricos que defendem somente a existência do aspecto objetivo do ônus, as regras do instituto não atuariam num momento inicial do processo. Apenas ao final e, mesmo assim,

³⁴⁸ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 112.

³⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v.54, n.343, mai/2006, p. 28.

³⁵⁰ ARENHART. *Revista Jurídica*, p.29-30.

³⁵¹ No original: *“le regole in tema di onus probandi hanno carattere rigorosamente subsidiario: esse, diversamente dalle regole sull’onere di alegazione, non corrispondono ad un potere monopolistico di prova della parte onerata, e pertanto sono tali, che vegono in considerazione soltanto nella ipotesi di mancanza di prove, hanno insomma il fine ed effetto di render possibile al giudice di giudicare anche nell’eventualità di mancanza di prove”*. (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parto nel processo civile. Parte prima. Milano: Giuffrè, 1962, p.392).

somente diante da impossibilidade concreta de se produzir provas, já que se trata de determinação voltada exclusivamente ao juízo.

Há inúmeros teóricos brasileiros, principalmente os ligados às perspectivas socializadoras e instrumentalistas de processo, que defendem com veemência as ideias preconizadas e difundidas por Rosenberg, Micheli, Echandia e outros, deturpando, em certo sentido, o alcance pretendido pelos referidos autores. Ora, a proposta dos aludidos autores, conforme se verá, não era de eliminar por completo a noção de ônus subjetivo.

Percebe-se que a atribuição de elementos finalísticos, úteis ao processo (como reflexo dos fins perseguidos pelo Estado) e a proeminência de uma teoria do processo fundada na jurisdição e no discurso autoritário e solipsista do magistrado - típicos do fenômeno de socialização processual³⁵² - contaminaram a teoria do ônus da prova, relegando-a ao papel de estepe do juízo ativo que deve buscar a verdade a qualquer custo. Esta visão restritiva da funcionalidade do ônus é facilmente visualizada nas obras de Túlio Enrico Liebman, Luiz Guilherme Marinoni, José dos Santos Bedaque, José Carlos Barbosa Moreira, Antunes Varela, Sérgio Cruz Arenhart, Mauro Cappelletti, dentre outros.

Na defesa da teoria de um processo democrático, a posição sustentada pelos autores merece toda censura. No processo democrático, os perfis subjetivo e objetivo do ônus probatório são complementares. Como já foi dito, referido instituto ostenta a dupla finalidade de condução da atuação probatória das partes e orientação decisória para o juízo, garantindo previsibilidade e segurança nesta. Mesmo porque, conforme bem salienta o próprio Arenhart, “[...] *ciente a parte de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá vir em seu prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame*”.

E conclui:

“[...] aliás, nessa linha de pensamento, seria mesmo correto concluir que quanto mais o processo se aproxima do princípio dispositivo em que o juiz deve julgar estritamente secundum allegata et probata partium, tanto mais essas teorias se convertem, em duas faces da mesma moeda³⁵³”.

A seguir esboça-se o pensamento dos principais teóricos que trataram do aspecto objetivo do ônus da prova.

³⁵² NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 157-176.

³⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Maio/2006, v.54, n.343, p.30.

3.3.1 Teoria de Leo Rosenberg

Echandia classifica a teoria proposta por Rosenberg como aquela que “*impõe a cada parte o ônus de provar os pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável*”³⁵⁴.

Rosenberg, por sua vez, enuncia sua teoria da seguinte forma: a cada parte que formula determinada alegação, cabe comprovar os fatos que servem de base para as suas pretensões ou exceções. Tais fatos, segundo o autor, seriam os pressupostos das normas legais que regulam pretensões ou exceções alegadas. Deste modo, pode-se dizer que Rosenberg construiu uma teoria em que o direito material ocupa um papel de relevância na distribuição do ônus da prova. Isso porque esta se daria de acordo com a necessidade de cada parte provar os pressupostos fáticos da norma que invoca para fundamentar sua alegação.

Para Rosenberg, somente quando a prova das circunstâncias de fato afirmadas pelas partes, corresponde aos pressupostos legais da norma por estas invocada, pode-se dizer que a parte tem razão e seu pedido deve ser acolhido. Esta conclusão é ainda mais notória quando Rosenberg afirma que “*o problema do ônus da prova é um problema de aplicação do direito*”³⁵⁵. O processualista alemão explica a aludida afirmação, dizendo que uma norma só pode ser aplicada, quando sua tipicidade hipotética abstratamente formulada for convertida em realidade concreta. Assim, de acordo com Rosenberg, cada parte suporta o ônus de provar a existência dos pressupostos (inclusive os negativos) das normas por ela invocadas. Prova sem a qual não pode a parte ter sua pretensão acolhida³⁵⁶.

Rosenberg acredita que é impossível se formular uma teoria sobre a distribuição do ônus da prova que se baseie exclusivamente na situação processual da parte³⁵⁷. Também é impossível, para o autor, tomar a “natureza” dos fatos objeto da prova, de maneira isolada para se determinar a repartição do ônus. De acordo com Rosenberg, é preciso considerar-se a posição que o fato ocupa em relação ao fim jurídico perseguido por cada parte. Dessa forma, sempre é necessário provar os pressupostos fáticos da norma legal invocada pela parte³⁵⁸.

Para o autor:

[...] quem resulta favorecido pela norma, que consagra o fim jurídico perseguido, suporta o ônus de prová-lo (ao menos, naturalmente, que este seja admitido ou

³⁵⁴ ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t.I, p. 472. No original: “*Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hechos, de la norma jurídica que le es favorable*”.

³⁵⁵ ROSENBERG, Leo. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 222. No original: “*el problema de la carga de la prueba es un problema de la aplicación del derecho.*”

³⁵⁶ ROSENBERG. *Derecho Procesal Civil*, p.222-223.

³⁵⁷ Cf. ROSENBERG. *Derecho Procesal Civil*, p.226-227.

³⁵⁸ ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t.I, p.472-473.

*confessado pela outra parte e não requeira mais prova, ou no caso de gozar de presunção, notoriedade ou por seu caráter de indefinição*³⁵⁹”.

Ao tratar dos perfis objetivo e subjetivo do ônus da prova, Rosenberg adverte que como o Tribunal deve estar convencido da existência dos pressupostos da norma cuja aplicação se discute. Qualquer dúvida a respeito de um destes, impede que se reconheça a aplicação da dita norma³⁶⁰. A “*carga da certeza*” pesaria sobre a parte a quem aproveitariam os efeitos da norma cuja aplicação se discute no caso. Notabiliza-se, assim, na proposta de Rosenberg, o conceito objetivo de ônus da prova.

Rosenberg considera que as regras de distribuição do ônus da prova permitem ao juízo decidir: descrevendo o conteúdo da sentença de forma previsível, ditando a resolução do processo sempre contra a parte que suporta o ônus da prova de suas afirmações, na ausência de provas destas. Assim, a finalidade das regras de distribuição do ônus da prova seria a de permitir ao juízo, a livre apreciação da prova, evitando a insegurança pela eliminação das situações de dúvida³⁶¹.

Portanto, o ônus da prova, também denominado por Rosenberg como ônus da certeza, seria capaz de autorizar o pronunciamento judicial mesmo nas hipóteses de ausência de comprovação ou incerteza dos fatos. Esta é a função primordial do instituto, segundo o autor. Diante da incerteza (situação de dúvida) sobre uma questão de fato, como não pode o pronunciar o *non liquet*³⁶², o juízo precisa de uma instrução com relação ao conteúdo da sentença que deve proferir – e esta instrução é conferida pelas regras de distribuição do ônus da prova. Dessa forma, para o processualista alemão, a principal função do instituto seria a de atuar como *regra de julgamento*.

A despeito disso, Rosenberg não descarta a análise do aspecto subjetivo do ônus da prova. Explica ser este o encargo que as partes possuem na subministração das provas necessárias à formação do convencimento do juiz³⁶³. No entanto, afirma Rosenberg, o aspecto subjetivo do ônus da prova não é essencial, tampouco constitui a essência da teoria do ônus da

³⁵⁹ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t. I, p. 473. No original: “*quien resulta favorecido por esa norma, porque consagre el fin jurídico que persigue, suporta la carga de probarlo (a menos, naturalmente, que por estar admitido o confesado por la otra parte no requeira más prueba, o que esté extento de ésta por gozar de presunción o de notoriedad o por su carácter indefinido)*”.

³⁶⁰ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t.I, p.475.

³⁶¹ROSENBERG. *Derecho Procesal Civil*, p.228.

³⁶²Para Rosenberg um “*non liquet em las cuestiones del hecho no puede conducir a un non liquet en las cuestiones de derecho: el magistrado debe dictar em cada caso una resolución.*” E isso “*se le facilita gracias a las normas sobre la carga de la prueba, que en tal caso le dan una indicación sobre el contenido de su sentencia; em particular, para resolver cuando se ha mantenido incierta, en contra de la parte que soporta la carga de probar, la afirmación sobre los hechos*”. (*Derecho Procesal Civil*, p.221).

³⁶³Cf. ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.16-21.

prova. Para o autor, a aplicação das regras relativas ao ônus da prova só se justifica quando uma determinada circunstância de fato discutida, não foi aclarada ou permanece incerta. Nesta hipótese, as regras que distribuem o ônus da prova orientariam o juízo a decidir contra aquele que possuía o ônus de provar a circunstância incerta ou não aclarada.

A visualização do fenômeno do ônus, em Rosenberg, não é unitária, já que o aspecto subjetivo do ônus não pode ser descartado³⁶⁴. E esta orientação, que enfoca aspecto objetivo do ônus da prova, apesar de denominá-lo “*carga da certeza*”, pode ser perfeitamente explicada. Isso porque, na época em que a obra clássica do autor (“*Die Beweislast*” - O ônus da prova de 1953³⁶⁵, traduzida para o espanhol “*La carga de la prueba*”, no ano de 1955) foi publicada, combatia-se o modelo liberal de processo. Defendia-se a formulação de um papel mais forte e atuante para o juízo, na tentativa de implementar uma intervenção mais ativa do Estado no processo. Esse fenômeno foi um reflexo do movimento de socialização do processo que vinha ganhando espaço desde no final do século XIX, como já se disse.

Embora, de acordo com Dierle Nunes, Leo Rosenberg discordasse da existência da relação publicística processual³⁶⁶ e defendesse que a tarefa do juiz consiste na aplicação (silogística) do direito objetivo ao caso concreto³⁶⁷ (característica típica do liberalismo processual), o autor alemão parece defender também o reforço do protagonismo judicial. E isto não somente pelo fato de considerar o perfil objetivo do ônus da prova como aspecto principal de sua teoria. Mas também porque, ao analisar os dispositivos do ZPO³⁶⁸ após a reforma de 1933, Rosenberg chega a afirmar que as regras de distribuição do ônus da prova teriam fundamento nas exigências de *conveniência e justiça*³⁶⁹, salientando que

³⁶⁴ Neste sentido: Cf. PACÍFICO. *O ônus da prova no processo civil*, p.140.

³⁶⁵ Informação disponível em: <https://portal.dnb.de/>. Acesso em: 10.10.2013. Vale lembrar que no ano 1923, o processualista alemão já tinha dedicado esforços ao estudo do tema ônus da prova, em obra denominada “*Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*”, em português: “*O ônus da prova com base no Código Civil e no Código de Processo Civil*”, em que tratou de analisar o ônus da prova na legislação alemã, antes da reforma no ZPO em 1933. A obra, contudo, não encontra tradução para outros idiomas. (Disponível em: <https://portal.dnb.de/>. Acesso em 10.10.2013).

³⁶⁶ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 100.

³⁶⁷ ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.01. Para Rosenberg a aplicação do direito é resultado de um silogismo, em que um preceito abstrato constitui a premissa maior e o conjunto de fatos concretos, comprovados como verídicos, a premissa menor. O problema do ônus da prova reside exatamente na premissa menor do silogismo, devendo o juiz encontrar a verdade dos fatos levados ao seu exame, segundo o autor. (Cf. ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.07).

³⁶⁸ Ao afirmar que o conceito subjetivo de ônus da prova é insuficiente para a compreensão do instituto, Rosenberg explica que há “[...] *la obligación del presidente del Tribunal de procurar que se completen los datos insuficientes con respecto a los hechos que se hacen valer, y que se indiquen los medios de prueba (ZPO, § 139), en la obligación del Tribunal de requerir, de la parte compareciente, pruebas relativas a una circunstancia que se debe tener en cuenta de oficio, y de modo general en la imposición a las partes, de presentas las afirmaciones de hecho necesarias para fundar sus peticiones y de iniciar los medios de prueba correspondientes (ZPO, § 130, incs. 3 y 5; § 282)*”. (ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.19).

³⁶⁹ Cf. ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.84-85.

“[...] toda a economia nacional se baseia na segurança de poder realizar os direitos privados, e a coletividade tem interesse urgente em que o credor não somente possa recorrer ao órgão estatal para lhe pedir proteção jurídica, mas também que possa obtê-la sem maiores dificuldades³⁷⁰”.

Rosenberg acredita, assim, que um princípio para a distribuição das regras do ônus da prova deve buscar a *justiça e a equidade*³⁷¹, refletidas na decisão jurisdicional.

As propostas de Rosenberg, apesar de conterem traços característicos da liberalização, são também reflexo do fenômeno da socialização³⁷² processual. Elas reforçam (ainda que indiretamente) o papel ativo do juiz como defensor dos valores da sociedade. Além do que as regras do ônus da prova constituiriam um elemento precioso na eliminação da insegurança jurídica, contribuindo, diante da inevitabilidade do julgamento, para a paz social. Evidente a preocupação social do autor na justificação das normas que distribuem o ônus da prova.

Ademais, percebe-se em Rosenberg, um sistema de imposição demasiada de responsabilidade nas mãos do julgador que, entretanto, não exalta seu papel criativo. Rosenberg deixa claro que cabe ao legislador, e não ao juiz, em sua missão solitária de decidir, a função de satisfazer as exigências de justiça e equidade através da lei que deve servir de guia ao magistrado³⁷³. E daí a se dizer que, em certa medida, as propostas de Rosenberg são distorcidas pelos teóricos brasileiros, defensores do instrumentalismo.

Por fim, vale advertir que, não obstante a obra de Rosenberg seja uma das mais completas e minuciosas acerca do ônus da prova presente na literatura mundial, curiosamente, na Alemanha, não existe (e nunca existiu) regra legal específica que discipline critérios de distribuição do ônus da prova. Prevalece, naquele país, a ideia de que a parte que pretende se ver beneficiada pelos efeitos da norma que invoca, deve provar os pressupostos fáticos para a

³⁷⁰ ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.85.

³⁷¹ Citando Wach, Rosenberg afirma, no entanto, que a repartição não pode ficar ao alvitre ao juiz que, decidindo com base em seu conceito individual de justiça, estaria julgando conforme seus sentimentos, e não com base em princípios. Por isso, a distribuição dos riscos da ausência (ou carência) de provas deve necessariamente ser pautada pela lei (ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p.85).

³⁷² Essa fundamentação social para as regras de distribuição do ônus da prova é claríssima em Echandia. Ao tratar do ônus da prova como regra de julgamento para o juiz e da distribuição da falta de provas para as partes, o aludido autor defende que pelo primeiro aspecto, o fundamento da distribuição se assenta na extraordinária importância que reveste essa noção na teoria geral do direito e particularmente no processo, ou seja, garantir segurança jurídica, harmonia social e interesse geral que são fins próprios do processo e da jurisdição e que devem por eles ser realizados. (ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t. I, p.451).

³⁷³ Para Rosenberg “*Pero si el juez quisiera gobernar el barco del proceso singular siguiendo la estrella de la justicia, se expondría a las tempestades e inseguridades propias de alta mar y zozobraría. Y se destruiría totalmente la esencia del proceso. El individuo que decide libremente según la justicia, decide conforme com sus sentimientos, y no de acuerdo con principios. Desaparecería toda seguridad jurídica. Pues la justicia se manifiesta em cada cabeza de modo distinto. La sentencia así lograda parecería arbitraria a las partes. Y tal vez no estuvieran tan equivocadas al respecto. Sólo la justicia acrisolada a través de los siglos y configurada por el legislador, sólo la propia ley puede ser pauta y guía para el juez*”. (ROSENBERG. *La Carga de la Prueba*, p. 85).

sua aplicação. Desse modo, se forem relevantes para aplicação da norma fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, aquele que pretende se beneficiar dos efeitos daquela, está incumbido do ônus de provar a existência dos fatos que são exigidos para a sua aplicação. A doutrina que cuidou de sistematizar essas regras, tendo na Alemanha, Rosenberg como precursor, ficou conhecida como *Normentheorie* ou teoria das normas³⁷⁴.

3.3.2 Teoria de Gian Antonio Micheli

Seguindo a mesma tendência de Rosenberg, Micheli associa a necessidade de regras de repartição do ônus da prova à inevitabilidade do julgamento, ou seja, à impossibilidade de recusa de decisão judicial. Defende o afastamento do *non liquet* em qualquer hipótese: seja quando a lei se mostrar obscura ou lacunosa ou quando faltarem elementos de fato necessários à formação do convencimento judicial³⁷⁵. Portanto, a obrigatoriedade de decisão e a necessidade de eliminação das situações de certeza, para Micheli, seriam os principais fundamentos das regras que distribuem o ônus da prova. Por essas razões, o aspecto objetivo o ônus da prova e sua classificação como regra de julgamento vêm em primeiro plano.

Micheli, assim como Rosenberg, vincula o ônus da prova à ideia de aplicação do direito. Para o autor, cada parte suporta no processo o ônus de provar os pressupostos da norma cujos efeitos jurídicos aproveitam a ela.

Para proferir a sentença, o juiz deve estar convencido dos pressupostos da norma, cuja aplicação se discute. E, diante de uma situação de incerteza, o ônus da prova deve recair sobre aquela parte a quem aproveitaria os efeitos da decisão. Sendo assim, na análise da distribuição do ônus da prova, além dos pressupostos de fato da norma, também é preciso levar-se em consideração a posição das partes em relação aos efeitos pretendidos no processo. É neste aspecto que a teoria de Micheli se defere da concepção de Rosenberg.

Para Micheli, a posição ocupada pelas partes em relação aos efeitos da norma também é importante. E esclarece do seguinte modo: por exemplo, se o autor pretende a resolução do contrato, o fato constitutivo da norma por ele invocada, é o inadimplemento da parte contrária. Portanto, cabe ao autor prová-lo, já que a prova da ocorrência do inadimplemento deduz o efeito jurídico pretendido, ou seja, a resolução. A prova do inadimplemento seria o pressuposto fático do efeito jurídico pretendido pelo autor. Por outro lado, se o autor ajuíza ação objetivando o cumprimento do contrato, muito embora tenha que alegar a origem deste e

³⁷⁴ MURIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p.43-50.

³⁷⁵ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p.10.

seu descumprimento, a prova deste não lhe incumbe. Cabe ao demandado comprovar o adimplemento³⁷⁶, porque o efeito jurídico pretendido aproveita a ele.

Prossegue o autor com os exemplos, tratando das situações de distribuição do ônus da prova em relação às pretensões baseadas em obrigações de dar, fazer ou não fazer. Afirma que em relação às duas primeiras, bastaria ao autor provar o seu surgimento, eis que a existência da obrigação de dar e fazer é o pressuposto do efeito jurídico pretendido. Já nas obrigações de não fazer, caberia ao autor provar a violação que integra a sua pretensão. Isso porque, o fato positivo, que deve ser desfeito ou não praticado, integraria o efeito jurídico pretendido e, por isso, caberia ao autor o ônus de sua prova³⁷⁷. Desse modo, verifica-se que Micheli dá essencial importância não só ao direito material discutido, mas também demonstra a relevância desempenhada pelas pretensões deduzidas pelas partes em juízo. Especialmente em relação aos efeitos por elas pretendidos no caso concreto.

Além desses aspectos processuais e do caráter primário do ônus da prova do autor, para Micheli, é igualmente necessário analisar e interpretar o direito material subjacente ao pronunciamento perseguido em juízo, a fim de se obter qualificação do fato relevante³⁷⁸. Afinal, para o referenciado autor, a norma de direito material estabelece a relação entre a parte e o efeito jurídico pretendido.

Para Micheli, as regras do ônus da prova no processo civil não são inteiramente independentes da estrutura do processo concreto. Isso porque o processo é entendido como instrumento para realização do direito objetivo³⁷⁹ e, assim, tanto a sua perspectiva formal quanto a perspectiva substancial devem ser consideradas em conjunto.

De acordo com o processualista italiano, o ônus da prova se conformaria caso a caso e os planos processual e material se complementariam. E também neste ponto, referido autor se distingue de Rosenberg. É que Micheli diz que apesar da importância do direito material, na distribuição do ônus da prova, é indispensável que também se leve em conta as pretensões deduzidas pelas partes em juízo. Por isso, para o aludido autor, é muito mais relevante a estrutura do processo em concreto à situação abstratamente regulada em lei³⁸⁰.

Na tentativa de conjugação das normas abstratamente delineadas (direito substancial) com as pretensões deduzidas pelas partes em juízo, Micheli dá os primeiros passos em direção à construção de uma perspectiva para aplicação dinâmica do ônus da prova, na medida em

³⁷⁶ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 437 e p.427.

³⁷⁷ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 441-442.

³⁷⁸ PACÍFICO. *O ônus da prova no processo civil*, p.123.

³⁷⁹ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 449-454.

³⁸⁰ PACÍFICO. *O ônus da prova no processo civil*, p.125.

que o ônus concreto (verificado de acordo com a pretensão da parte) é que fixaria o sentido do ônus abstratamente regulamentado³⁸¹ em lei.

Echandia, ao tratar das propostas de Micheli relativas ao ônus da prova, classifica a teoria do autor como “*aquela que distribui o ônus de provar segundo a posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido*”³⁸².

Salienta-se que a obra de Micheli, que era professor catedrático da Universidade de Florença, foi publicada em 1942, traduzida para o espanhol em 1961. E, a exemplo do que ocorre com Rosenberg, referida obra refletiu posicionamentos típicos do fenômeno da socialização processual. Micheli defende um juiz com poderes amplos de investigação e formação de convencimento a respeito dos fatos por ato de ofício, independentemente da iniciativa probatória das partes³⁸³. No processo italiano analisado por Micheli, o juiz já não mais se encontrava numa posição passiva, mas possuía poderes suficientes para instrução e direção do processo, ainda que subsidiários às partes³⁸⁴.

3.3.3 A visão conciliadora de Hernando Devis Echandia

Echandia tenta conciliar as posições de Micheli e Rosenberg³⁸⁵. Aduz referido autor que o critério para definição de uma teoria geral do ônus da prova deve contemplar não somente a posição processual das partes e o fato objeto da prova, mas também o efeito jurídico perseguido por cada parte, em relação à norma legal que deve ser aplicada. Segundo o processualista, a parte assume a prova dos pressupostos de fato contidos na norma que fundamenta sua pretensão. Essa conclusão seria possível rechaçando-se quatro premissas que, em tese, sustentam a noção de distribuição de ônus da prova.

³⁸¹ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p.464.

³⁸² No original: “*teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido*”. (ECHANDIA. *Teoría General de la prueba judicial*, t.I, p.480).

³⁸³ MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 120.

³⁸⁴ Cf. MICHELI. *La Carga de la prueba*, p. 170-173.

³⁸⁵ Afirma Echandia “*Ambos los autores basan la distribución de la carga de la prueba en la posición sustancial de las partes, esto es, en la pretensión o la excepción que se han hecho valer en el juicio, respecto a la norma legal que consagra ese efecto jurídico, sin olvidar su posición procesal, aunque MICHELI hable del efecto jurídico pedido, y ROSENBERG se refiera a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en síntesis, equivale a lo mismo*”. Assim, as diferenças entre as teorias de Rosenberg e Micheli seriam apenas aparentes. Isso porque, levar em conta a norma jurídica a ser aplicada para relacionar os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes é, precisamente, determinar os pressupostos de fato que contemplam tal norma, para que seus efeitos jurídicos se produzam. A relação que existe entre a parte e o efeito jurídico pretendido é a mesma existente entre aquela e a norma que prevê o fato como pressuposto para a sua aplicação. ((ECHANDIA. *Teoría General de la prueba judicial*, t.I, p.482-484).

³⁸⁵ No original: “*teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido*”. (ECHANDIA. *Teoría General de la prueba judicial*, t.I, p.480).

Primeiro: de acordo com o processualista colombiano, na definição das regras de repartição do ônus, não é preciso se fixar quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco da falta de prova. Segundo: os critérios da normalidade e da inovação somente servem como guias da política legislativa, já que, com frequência, é difícil se perceber qual o fato novo ou anormal, servindo o critério apenas para o estabelecimento de presunções e a resolução de situações excepcionais, mas não como regra geral. Terceiro: as máximas romanas do *onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor, ei incumbit probatio qui dicit, no qui negat* e seus equivalentes podem adaptar-se aos conceitos modernos, mas sua interpretação literal pode conduzir a soluções absurdas. Quarto e último: afirma Echandia que o critério que considera a natureza dos fatos constitutivos, impeditivos, extintivos não serve para a elaboração de uma regra geral de distribuição. Isso porque uma mesma norma pode ser constitutiva ou impeditiva, segundo a posição da parte que a invoca, assim como os efeitos jurídicos pretendidos num mesmo processo e no tocante a uma mesma relação jurídica controvertida³⁸⁶.

Enuncia, então, o processualista colombiano, com base nessas quatro premissas, a seguinte regra geral para a distribuição do ônus da prova:

“[...] o ônus de provar um fato corresponde à parte cuja petição (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável; ou, expressado de outra maneira, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto da norma que consagra o efeito jurídico por aquela perseguido, qualquer que seja sua posição processual. É dizer, essa parte suporta o risco da falta de prova, o qual se traduz numa decisão desfavorável”³⁸⁷.

Em resumo, são essas as principais ideias de Echandia. Vale advertir que todas as teorias acima tratadas, de maneira geral, trabalham com critérios estáticos de distribuição do ônus da prova, por defenderem que a repartição dos encargos deve ser definida previamente e operar-se por força de lei. Daí o título que se adotou nesta seção, teorias da distribuição estática do ônus da prova.

³⁸⁶ ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t. I, p. 484-487.

³⁸⁷ ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t. I, p.490. No original: “[...] corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que comagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce em una decisión desfavorable”.

3.4 A repartição do ônus da prova no Direito Processual Civil Brasileiro

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 parece caminhar no mesmo sentido das teorias fundadas na posição assumida pelas partes no processo, conjugada à natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões (demanda ou defesa).

Muito embora alguns autores³⁸⁸ considerem que os referidos critérios são insuficientes em alguns casos, porque, em tese, trabalhariam com conceitos válidos apenas do ponto de vista da valoração jurisdicional da prova, bem como para fins de política legislativa, é inegável que a ideia de se repartir a oportunidade para a produção da prova segundo fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos teve profunda repercussão³⁸⁹ no Brasil e no mundo. Os preceitos ligados à aludida perspectiva ressoaram não somente na literatura jurídico-processual brasileira e estrangeira, particularmente com Chiovenda, Carnelutti, Betti (conforme abordado), além de Guasp, Schönke, De La Plaza, Moacyr Amaral dos Santos³⁹⁰, como também as legislações processuais de uma série de países consagram (até hoje) a referida teoria.

Como exemplos de legislações que adotaram a mencionada noção, Echandia cita o Código Civil Napoleônico (art. 1315), os Códigos Civis Italiano (art. 1312), Espanhol (art. 1315), Chileno (art. 1698), Colombiano (art.1757) e Código Civil Italiano (art. 2697)³⁹¹. Além do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 que adota expressamente o critério, na a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333³⁹². Tal regra dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo³⁹³ do direito do autor.

Vale lembrar, no entanto, que a vertente teórica empregada na regra geral do ônus preconizada no CPC vigente, já havia sido adotada no ordenamento jurídico brasileiro no

³⁸⁸ A respeito das críticas que a literatura jurídico-processual tem tecido em relação à regra que distribui o ônus da prova conforme a natureza dos fatos: Cf. PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 102-111; ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t.I, p. 466-468.

³⁸⁹ Sobre os avanços proporcionados pela teoria que recorre à natureza dos fatos: Cf. ECHANDIA. *Teoria general de la prueba*, t.I, p.465-466.

³⁹⁰ ECHANDIA. *Teoria general de la prueba*, t.I, p.465-467.

³⁹¹ ECHANDIA. *Teoria general de la prueba*, t.I, p.467-468.

³⁹² “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10.10.2013)

³⁹³ Para melhor elucidação do que sejam fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos: Cf. SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.146-147.

Código de Processo Civil de 1939 (art. 209³⁹⁴). Apesar do dispositivo revogado não primar pela melhor técnica legislativa (tampouco se referir de maneira expressa aos fatos modificativos ou impeditivos), já sinalizava para a adoção integral das teorias fundadas na natureza dos fatos e na posição das partes no processo.

Comentando o disposto art. 209 do CPC/1939, plenamente aplicável à regra hoje incerta no art. 333 do CPC/1973, Moacyr Amaral dos Santos destaca que:

“A distinção dos fatos jurídicos em constitutivos, extintivos e outros tem, pois, [...] grande aplicação na distribuição do ônus da prova. Por princípio geral, a prova incumbe a quem alega o fato. Assim, quem oferece, como a base de sua pretensão, um fato jurídico, deve provar-lhe os fatos constitutivos: quem ao fato jurídico opõe fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, deve provar a exceção. Reúnem-se nessa distribuição do ônus da prova os velhos preceitos: probatio incumbit ei qui dicit - a prova incumbe a quem alega um fato do qual deseja induzir uma relação de direito; necessitas probandi incumbit ei qui agit - ou - onus probandi incumbit actore - aquele que age, aquele que alega cumpre provar as suas alegações, o autor as da ação, o réu as da exceção; reus in excipiendo fit actor - quem, na contestação, alega fatos, tem tanta obrigação quanto o autor de dar prova deles.”³⁹⁵

Complementa referido autor afirmando que a regra de 1939 necessitaria ser compreendida por meio dos seguintes princípios: “1) - *Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer.* 2) - *A negativa indeterminada, ou absoluta, não se prova.* 3) - *Independem de prova os fatos reconhecidos.*” E, ainda, para que o réu assumira o ônus de provar, deve “1) - [...] *não só negar os fatos constitutivos articulados pelo autor como também alegar fatos que extinguem ou impedem aqueles;* 2) - *o réu reconhece os fatos constitutivos, mas alega fatos que extinguem, impedem ou modificam a relação jurídica*³⁹⁶”.

No tocante à regra geral atualmente vigente no CPC, aplicam-se observações idênticas às de Moacyr Amaral dos Santos. A exemplo do que ocorria na vigência do Código revogado, o art.333 do CPC/1973 só opciona às partes a possibilidade de assumirem o ônus conectado à prova, quando sobre o fato alegado se erguer controvérsia.

Portanto, não obtida a conciliação, é essencial que na audiência preliminar ou fase saneadora (art. 331, §2º do CPC) sejam fixados os pontos controvertidos. A partir da

³⁹⁴ “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 10.10.2013).

³⁹⁵ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 151.

³⁹⁶ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 152.

definição da controvérsia, é que as partes poderão racionalizar sua conduta probatória, optando, ou não, pela produção de provas para esclarecimento dos pontos controvertidos fixados ou assumindo seu ônus decorrente de sua omissão.

Presente uma das circunstâncias previstas no art. 334³⁹⁷ do CPC/1973 (fatos incontroversos, notórios, confessados ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade), a parte será dispensada do ônus de comprovar, quando menos, o fato principal objeto de sua obrigação. Se a parte está dispensada de provar, obviamente, não terá como assumir o ônus relativo a não produção da prova dos fatos constitutivos do seu direito, ou, em contrapartida, dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão que lhe é contrária. Terá, por outro lado, caso se trate de fato presumido pela lei, conforme será analisado no Capítulo V deste estudo, o ônus de comprovar que faz jus à presunção. Ou seja, para que seja dispensada do ônus relativo à prova dos fatos constitutivos do seu direito (ou extintivos, modificativos, impeditivos da contraparte), deverá trazer aos autos prova da circunstância lhe confere direito à aplicação da presunção.

Em todo caso, contudo, mesmo se tratando de fatos notórios, a parte tem sempre o ônus da alegação, já que quando a parte pretende retirar uma consequência de um fato, seja ele notório ou não, deve alegá-lo³⁹⁸. Valem, assim, conforme já dito, também em relação à regra geral do art. 333 do CPC/1973, as mesmas observações tecidas por Moacyr Amaral dos Santos em relação ao art. 209 do Código de Processo Civil revogado.

Mas o legislador de 1973 foi além do que já se encontrava previsto no CPC/1939. Inovou ao incluir um parágrafo único³⁹⁹ na regra geral relativa à distribuição do ônus probatório: uma disposição que permite às partes distribuírem os ônus de prova de modo diverso do previamente definido em lei. Isso pode ser feito por meio de convenção celebrada entre as partes, desde que esta não recaia sobre direito indisponível ou não torne excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes. Caso ocorrentes uma das duas hipóteses citadas, a convenção será declarada nula.

³⁹⁷ “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 07.03.2013).

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.269.

³⁹⁹ “Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10.10.2013).

Apesar da inovação, repete-se, a sistemática do Código vigente continua a adotar como regra geral (artigo 333 do CPC/1973) uma variante teórica da distribuição estática do ônus da prova. Esta estabelece critérios para repartição prévia e abstrata dos encargos, e por isso, pode também ser chamada de distribuição *ope legis* (por força de lei). A regra geral existente informa às partes, desde o início do processo, acerca do risco de desvantagem processual que assumem, caso optem por não produzir provas.

De resto, cumpre destacar que existem inúmeras outras previsões legais relativas ao ônus da prova na legislação processual civil brasileira. Tais disposições, malgrado adotem a perspectiva estática e abstrata de distribuição do ônus, não se utilizam dos mesmos critérios da regra geral, cumprindo, entretanto, a mesma finalidade da regra disposta no art. 333 do CPC/1973, a saber: cientificar as partes, desde o início do processo, da desvantagem processual assumida em caso de ausência de provas.

Pode-se citar como exemplos de regras que também operam distribuindo os ônus probatórios *ope legis* na legislação processual brasileira: (1) parágrafo único⁴⁰⁰ do art. 368 do CPC: dispõe que o ônus da prova relativo aos fatos declarados em documento particular, incumbe ao interessado na declaração de veracidade do documento, já que não há presunção em relação aos fatos naquele declarados; (2) art. 389⁴⁰¹ do CPC: impõe o ônus da prova àquele que argui a falsidade de documento (inciso I) e à parte que produziu o documento, quando a arguição for de falsidade da assinatura (inciso II).

Nas disposições citadas, muito embora a regra seja estática, pouco importa a posição ocupada pela parte no processo, mas a sua pretensão, a fim de que determinada norma lhe seja aplicada⁴⁰². Nesses casos, vale a máxima de Echandia (já citada): “[...] *a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto da norma que consagra o efeito jurídico por aquela perseguido, qualquer que seja sua posição processual.*”⁴⁰³

⁴⁰⁰ “Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10.10.2013).

⁴⁰¹ “Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir; II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10.10.2013).

⁴⁰² Assim, por exemplo, se A ajuíza ação sustentando que não obstante tenha assinado recibo, não vendeu determinado veículo a B e B insiste em afirmar que a venda ocorreu; B, que é réu e está interessado na veracidade dos fatos declarados no recibo, é que está incumbido de comprovar a existência da compra e venda, para livrar-se do ônus decorrente de sua omissão. Ao passo que se C argüi a falsidade de sua assinatura supostamente apostada num contrato de cartão de crédito firmado com D, pelo fato de D ser o responsável pela elaboração do documento, é dele o ônus de comprovar que a assinatura de C é verdadeira.

⁴⁰³ ECHANDIA. *Teoria General de la prueba judicial*, t. I, p.490.

Há outras hipóteses, presentes na legislação especial brasileira, que também trazem regras a respeito do ônus da prova que operam *ope legis*. Em matéria de relações de consumo, por exemplo, a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, elenca as seguintes hipóteses: (1) art. 12, §3º, II - atribui ao fabricante o ônus de comprovar que o defeito do produto não existe; (2) art. 14, §3º, I – atribui ao fornecedor de serviços, o ônus de comprovar que o defeito na sua prestação não ocorreu; e (3) art. 38 - atribui a quem patrocina a publicidade, o ônus de comprovar a veracidade ou correção da informação veiculada.

Nos casos previstos no CDC acima relacionados, significativa e respeitável parcela da literatura jurídico-processual especializada⁴⁰⁴ e o próprio Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁵ têm afirmado que se trata de típicos casos de inversão do ônus da prova *ope legis*. No entanto, não se concorda com a citada posição. Isso porque a inversão do ônus probatório ocorre quando a lei previamente estabelece determinada repartição e, averiguada, no caso concreto, a presença de determinada circunstância, há permissivo legal que impõe que nova distribuição da desvantagem processual ocorra. A inversão do ônus da prova, portanto, só se opera *ope iudicis*, porque se trata de hipótese de aplicação das teorias dinâmicas do ônus da prova. Isto não ocorre nos dispositivos dos artigos 12, §3º, 14, §3º e 38 do CDC. A possibilidade de dinamicização do ônus probatório nas relações de consumo por determinação legal, atualmente, só ocorre na hipótese de aplicação do art. 6º, VIII⁴⁰⁶ do CDC⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Nesse sentido: NUNES *et alii*. *Curso de Direito Processual Civil*: fundamentação e aplicação, p. 113.

⁴⁰⁵ Nesse sentido: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.300.588 - RJ (2011/0306656-3). 2ª Turma. Rel. Ministro César Asfor Rocha. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34594634/stj-23-02-2012-pg-2215>. Acesso em 10.10.2013.

⁴⁰⁶ “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;” (BRASIL. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 16.08.1990).

⁴⁰⁷ Nas hipóteses citadas, a parte não está onerada num primeiro momento por determinação legal, para, somente depois (por exemplo, quando constatada presença de dificuldade excessiva de acesso à prova), assumir o encargo de provar o que inicialmente incumbia à contraparte. Inversão só ocorreria se presente esta hipótese. Ou seja, se houvesse definição prévia e abstrata da distribuição, e, diante da presença de determinada circunstância, em adequação à dinâmica do caso concreto, impor-se-ia ao juiz inverter o ônus previamente fixado em lei. É por isso que a inversão do ônus probatório é técnica que só se opera *ope iudicis*. A inversão do ônus da prova é um caso típico de aplicação das teorias do ônus dinâmico, que obedecem à dinâmica do caso concreto, presente a circunstância ou autorização legal. Toda vez que a lei define previamente a quem compete o ônus de provar e não abre margem para a repolarização do encargo, está se falando de distribuição estática e não dinâmica do ônus. Nos casos acima citados, em razão da responsabilidade objetiva do fabricante ou do fornecedor de serviços pelos defeitos no produto ou na prestação do serviço, ou ainda, daquele que patrocina informação ou comunicação publicitária, a lei impõe a estes, desde o início do processo, o ônus de comprovar que os fatos alegados pela parte contrária não ocorreram. Não se trata de inversão do ônus ou repartição dinâmica do encargo, já que a parte que alega a existência de defeito ou a inveracidade da propaganda veiculada nunca teve o ônus de provar.

No projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, em trâmite no Congresso Nacional desde 2009 (Anteprojeto 166/2009, atualmente PL 8.046/2010, aprovado no Senado Federal em 15.12.2010), cuja relatoria atual é do Deputado Paulo Teixeira, permanecem as atuais regras de distribuição estática do ônus da prova (art. 380⁴⁰⁸). Contudo, o projeto traz uma disposição ainda mais inovadora. É que, além da possibilidade de alteração das regras do ônus da prova já previstas no parágrafo único do art. 333 do CPC atual, o novo Código destaca também a possibilidade de se distribuir dinamicamente o ônus da prova, de acordo com as circunstâncias e peculiaridades dos casos concretos. A disposição se encontra prevista, atualmente, nos §§1º e 2º⁴⁰⁹ do art. 380 do substitutivo preliminar ao PL 8.046/2010 (ainda não votado integralmente na Câmara). Referida disposição legal não existe no ordenamento atual (não obstante, conforme se verá adiante, a variante teórica venha sendo aplicada pelos tribunais à revelia da reserva de lei).

A inclusão das teorias do ônus dinâmico está sendo promovida na legislação pátria, porque a experiência concreta verificou que a repartição estática não atendia bem a todas as situações que exigiam das partes a produção de provas. A distribuição *ope legis* muitas vezes criava dificuldades às partes que assumiam estaticamente o ônus de se desincumbir da prova. Diante disso, optou o legislador brasileiro por ordenar que o juízo⁴¹⁰, observando a presença das circunstâncias legais instituídas, redistribua o ônus de prova, onerando a parte que, no caso concreto, reunir melhores condições técnicas para produzir a prova. Parece ter o projeto do novo CPC se encaminhado no mesmo sentido do posicionamento contemplado, desde 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁰⁸ “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” (BRASIL. Novo CPC Substitutivo Final – Emenda Aglutinativa Substitutiva Global – texto provisório. Relator Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/178164981/Novo-CPC-Substitutivo-FINAL-Emenda-Aglutinativa-Substitutiva-Global-Texto-provisorio>. Acesso em: 23.10.2013).

⁴⁰⁹ “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” (BRASIL. Novo CPC Substitutivo Final – Emenda Aglutinativa Substitutiva Global – texto provisório. Relator Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/178164981/Novo-CPC-Substitutivo-FINAL-Emenda-Aglutinativa-Substitutiva-Global-Texto-provisorio>. Acesso em: 23.10.2013).

⁴¹⁰ “Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380;” (BRASIL. Novo CPC Substitutivo Final – Emenda Aglutinativa Substitutiva Global – texto provisório. Relator Deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/178164981/Novo-CPC-Substitutivo-FINAL-Emenda-Aglutinativa-Substitutiva-Global-Texto-provisorio>. Acesso em: 23.10.2013).

Conclui-se, assim, que o Brasil adota, como regra geral, um modelo clássico de distribuição estática do ônus da prova, esteado em critérios prévios para a definição segura das desvantagens processuais assumidas por cada parte no exercício do seu direito de provar. As variantes estáticas, de um modo em geral, partem das normas de direito material sustentadas pelas partes, para definir a quem cabe a prova do pressuposto fático da aplicação de tais. Pode-se dizer, dessa forma que, que a legislação brasileira adota a *teoria das normas* como regra, na medida em que dispõe que cabe a cada parte a prova das circunstâncias que compõe a sintaxe fático-normativa do direito por ela invocado⁴¹¹. A legislação brasileira estabelece um diálogo entre direito material e processual⁴¹².

A intenção do dispositivo que assegura a regra geral da distribuição estática do ônus no Brasil (assim como ocorre em boa parte do mundo), é de garantir segurança jurídica e igualdade formal entre as partes. “A *distribuição invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários das teorias discordantes*”, de modo que esta regulação deve conduzir a um resultado determinado (assunção do risco de desvantagem), independentemente das contingências do processo particular⁴¹³. A regra estática tem pretensão de validade geral e preservação da imparcialidade no tratamento das partes, assegurando previsibilidade e segurança de distribuição dos riscos da ausência de prova. Por isso, é perfeitamente compatível com a perspectiva democrático de processo.

No capítulo seguinte, analisar-se-ão as chamadas teorias de distribuição dinâmica do ônus da prova, avaliando os impactos positivos e negativos de sua aplicação em face da teoria do processo democrático.

⁴¹¹ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.48.

⁴¹² Em razão dessa estreita ligação entre ônus da prova e direito material, em boa parte do mundo, as regras relativas à distribuição do ônus da prova estão presentes nos Códigos Civis. São exemplos: Portugal, Colômbia, França.

⁴¹³ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.58-59.

CAPÍTULO IV

DINAMICIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Ônus dinâmico: traços teóricos iniciais e origem

Independente da teoria⁴¹⁴ que se adote para justificar a necessidade de se distribuir o ônus da prova, tem-se que regras relativas à repartição, conforme apontado, devem ser compreendidas, simultaneamente, como técnicas processuais de estruturação da atividade probatória das partes (técnica de procedimento - perfil subjetivo) e conduta de julgamento para o juízo (técnica de valoração de provas e julgamento - perfil objetivo).

As compreensões que restringem à distribuição do ônus da prova às funções meramente subjetiva ou objetiva não se compatibilizam com o modelo de processo democrático. Isso porque ou afastam a aplicação do princípio da aquisição processual (no primeiro caso) ou violam o contraditório como garantia de influência e não surpresa⁴¹⁵ (na segundo hipótese). A redução de funcionalidade das regras de distribuição não é adequada, nem desejável. Talvez tenha sido justamente com este intuito, – preservar a funcionalidade das regras que distribuem o ônus da prova –, que a literatura jurídico-processual concebeu critérios para se repartir dinamicamente os riscos de desvantagem processual.

A legislação brasileira, como examinado, adota, como regra geral um modelo clássico de distribuição estática do ônus probatório. Para alguns teóricos, contudo, esse arquétipo legal – estático e inflexível -, ainda que conjugado aos poderes instrutórios conferidos ao juízo, mostra-se insuficiente e inadequado em alguns casos, diante da impossibilidade ou dificuldade da parte onerada produzir a prova.

Neste sentido, dissertam Fredie Didier e Hermes Zaneti:

“[...] nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica (prova impossível). [...] essa distribuição rígida do ônus da prova

⁴¹⁴ Fala-se dos modelos clássicos das teorias estáticas que distribuem prévia e abstratamente o ônus ou nas propostas dinâmicas (que serão tratadas com mais detalhes no presente capítulo).

⁴¹⁵ A compreensão das regras do ônus estritamente como técnica de julgamento permitiria ao juízo a alteração das regras de distribuição no momento da decisão final, quebrando a previsibilidade do sistema e impedindo o exercício do contraditório como garantia de influência das partes na construção do decisório. A ausência de participação e/ou reconhecimento das partes no provimento importa num *déficit* de legitimidade decisória. (NUNES, Dierle: BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.112).

atrofia nosso sistema e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir que tal regra inflexível esteja em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta⁴¹⁶”.

A constatação da dificuldade na produção da prova, obviamente, somente pode ser observada partindo do exame do caso concreto e de suas circunstâncias (adequação formal⁴¹⁷). A avaliação concreta das peculiaridades do caso é que, por vezes, segundo teóricos que trabalham esta ideia, poderia evidenciar certa desigualdade substancial entre as partes no tocante ao acesso ou à produção da prova. Isso, por si só, para tais autores, justificaria uma “autorização” a ser concedida ao juízo para redistribuir o ônus da prova, atribuindo-o àquela parte que estivesse em melhores condições de dele se desincumbir no caso concreto.

Os teóricos, que visualizam certas “deficiências” de aplicação do módulo estático de distribuição do ônus da prova, defendem que é necessário se dinamicizar os ônus probatórios, quando presentes situações de “excessiva dificuldade” por parte da parte onerada no caso concreto. A dinamicização probatória ocorreria, assim, com a finalidade de compensar a situação de “inferioridade” processual do onerado, preservando-se a *igualdade substancial* entre as partes, materializando-se os princípios da “*cooperação [intersubjetiva] para a descoberta da verdade*⁴¹⁸”, “*solidariedade com o órgão judicial [...], lealdade, boa-fé e veracidade*⁴¹⁹”, bem como a possibilidade de se alcançar uma “*decisão justa*”.

Surgiria, para os teóricos da dinamicização, uma abertura para a atuação do juízo que, no exercício de sua atividade concreta de julgamento e valoração de provas, teria poderes para, com base em *máximas de experiência*⁴²⁰, “*determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado*⁴²¹”, definindo o seu ônus correspondente a cada parte. A preocupação é de se garantir uma “tutela adequada” e “eficaz” de direitos pelo juízo que, por sua vez, tem a obrigação de entregar à parte o direito material que pleiteia, de forma “justa”.

⁴¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, p. 302.

⁴¹⁷ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV, p.303.

⁴¹⁸ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 62.

⁴¹⁹ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV, p. 304.

⁴²⁰ Apoiando-se em Michele Taruffo, Cambi assevera que a teoria da distribuição dinâmica “*reforça o senso comum e as máximas de experiência ao reconhecer que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia. [...] Desta forma, a teoria da distribuição dinâmica da prova – já contemplada expressamente no Código Modelo – revoluciona o tratamento da prova, uma vez que rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, possibilitando que, com os critérios abertos contidos no art. 335 do CPC, sejam tutelados adequadamente os direitos materiais*” (CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p.341-342).

⁴²¹ CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p.341.

A aludida preocupação, que conduziu à utilização das técnicas de dinamicização, guarda, ainda que não explicitamente, relação direta com a compreensão de *processo justo* advinda, em especial, do movimento de Acesso à justiça (1973)⁴²². Essa preocupação em emprestar proteção “justa” e “eficaz” ao direito material, amplamente divulgada pelo movimento de Acesso à justiça, motivou parte da literatura jurídico-processual mundial, a apontar certas “aporias” ou “problemas” na aplicação das teorias clássicas de distribuição do ônus da prova.

Direcionou-se a necessidade de consolidação de uma nova técnica de distribuição que pudesse importar na “*maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de proteção do direito material*”⁴²³. Partindo do argumento de que a abstração, a generalidade e a rigidez das regras estáticas não conseguiam dirimir determinadas situações, surgiu uma teoria preocupada com a realidade concreta dos processos, adaptada aos casos particulares, às circunstâncias e particularidades das alegações e das partes efetivamente envolvidas nos casos. A esta teoria denomina-se ônus dinâmico.

A ideia do ônus dinâmico é de que as regras de distribuição devem adaptar-se à dinâmica processual. Tais regras permitirão o deslocamento do ônus à parte que, no caso concreto, esteja em melhores condições técnicas de produzir a prova, estimulando a reconstrução fática, a cooperação entre os sujeitos processuais e o exercício igualitário da argumentação. A concepção mais acertada sobre o ônus da prova seria, então, para os teóricos da dinamicização,

*“a que permite a flexibilidade, o dinamismo de sua distribuição: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”*⁴²⁴.

Defendem os dinamicizadores que é necessário redistribuir o ônus probatório, de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, no intuito de se afastar a prova diabólica e se estimular a produção da prova. O que se propõe, com a perspectiva de ônus dinâmico, é a flexibilização do esquema estático, fixo e previamente previsto em lei para distribuição do ônus, transferindo-se o risco de desvantagem, em casos difíceis, àquela parte que possua maiores condições de dele se desincumbir:

⁴²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: SAFE, 1988, p.29.

⁴²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.116.

⁴²⁴ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV, p.303.

“A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo⁴²⁵”.

O ônus dinâmico estabelece que o juízo e as partes devem examinar a complexidade do caso concreto e observar eventuais circunstâncias que indiquem que a prova do fato controvertido depende de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe (ou deveria dispor). Presentes uma dessas circunstâncias, o ônus da prova deverá ser atribuído, por decisão judicial, à parte que tiver maiores possibilidades ou condições de provar o fato controvertido. Não é relevante, portanto, na hipótese de distribuição dinâmica, a posição assumida pela parte no processo ou a natureza dos fatos a serem provados⁴²⁶.

Os primeiros traços de sistematização das teorias de distribuição dinâmica do ônus probatório surgiram na Argentina, na segunda metade do século XX. Apesar disso, vale pontuar que, anteriormente, alguns teóricos clássicos já alertavam para a necessidade de se distribuir dinamicamente o ônus da prova, como foi o caso de Benthán, Gianturco, Demogue⁴²⁷ e até mesmo o admitissem Rosenberg e Michelli. Há também notícias isoladas de utilização da referida teoria na Alemanha e Espanha, já no início do século XX.

Ressalta Carlos Alberto Carbone que a ideia de ônus dinâmico sempre foi conhecida na Alemanha e até mesmo a própria palavra, utilizada na língua alemã para designar o ônus da prova, é reflexo da ideia de dinamicidade: *beweisumkehr* – que significa trânsito cambiante da prova. A teoria, atualmente, conforme se verá, é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça Alemão em inúmeros casos. Para Carbone e Peyrano também houve recepção do critério da flexibilização da distribuição do ônus da prova na Espanha⁴²⁸.

Apesar da noção de ônus dinâmico também estar presente em outras legislações como a portuguesa (como será detalhado adiante) e até mesmo na brasileira, pode-se dizer que foi mesmo na Argentina, no final do século XX, sob os influxos da teoria do processo como

⁴²⁵ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, nº788, p.98.

⁴²⁶ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV, p.303.

⁴²⁷ Cf. FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

⁴²⁸ CARBONE. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.211; PEYRANO, Marcos L. La teoría de las 'cargas probatorias dinámicas em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000). In: PERYANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.187-190.

situação jurídica de James Goldschmidt⁴²⁹, que os juristas trataram de dar contornos e sistematizar os preceitos fundamentais da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova⁴³⁰.

Alerta Edgar J. Baracat que, já em 1957, é possível se encontrar um caso de aplicação do ônus dinâmico na jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, ainda que sem referência expressa à teoria. No caso, a Corte impôs a um funcionário público o ônus de produzir a prova da legitimidade do seu enriquecimento, retirando do Estado o encargo da prova da ilegitimidade. A redistribuição se deu sob o argumento de que o funcionário estava em melhores condições de subministrar a prova da legitimidade de sua riqueza, enquanto ao Estado a prova do contrário seria praticamente impossível ou de dificuldade evidente⁴³¹.

Somente em 1992, todavia, nas “*Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*”, os juristas argentinos chegaram à formulação das premissas do ônus dinâmico, denominando definitivamente a nova técnica de distribuição de *teoria das cargas probatórias dinâmicas*.

Segundo informa Jorge W. Peryano:

“A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma [sic.] importa no deslocamento do onus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do posicionamento como autor ou réu, ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.”⁴³²”

⁴²⁹ PERYANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.13-14.

⁴³⁰ A teoria do processo como situação jurídica concebida por James Goldschmidt influenciou os juristas argentinos na construção da concepção de ônus dinâmico, porque Goldschmidt ponderava que, no processo, as partes vivenciam concretamente uma situação jurídica de expectativa de tutela jurisdicional do Estado. Assim, a teoria concebida pelo autor defendia uma espécie de “*consideração dinâmica do processo*”, porque no caso concreto é que surgiriam as expectativas, possibilidades e ônus para as partes. A partir dessa consideração dinâmica da estrutura processual, os teóricos argentinos passaram a vislumbrar a possibilidade de dinamicização do ônus probatório. Isso não quer dizer, contudo, que a concepção de distribuição do ônus da prova em Golschmidt era dinâmica. Pelo contrário, a ideia de ônus da prova, importada como espécie dos ônus processuais na teoria Goldschmidtiana, seguia o modelo estático de distribuição. (Cf. GOLDSCHMIDT. *Direito Processual Civil*, v. I, p.21-22).

⁴³¹ BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoria de la carga dinámica de la prueba com especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la matéria juzgada. In: PERYANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 274.

⁴³² PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.19/20. No original: “*La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatórios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quién está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para produzi-las, mas allá del*

Em 1993, por ocasião do *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal* na Argentina, a Comissão Processual Civil e Comercial do país considerou a formulação da *teoría cargas probatorias dinámicas* como “doutrina recebida” pelo direito pátrio⁴³³. Os estudos acerca da aludida teoria se intensificaram sob a coordenação do Professor Jorge W. Peyrano, na Faculdade de Direito de Rosário, durante toda a década de 1990.

Em 1997, a Suprema Corte argentina voltou a aplicar a *teoría das cargas probatorias dinámicas* no julgamento de caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico. No aludido caso, o Tribunal impôs ao médico e ao hospital - no qual o paciente fora atendido - o ônus de produzir a prova da adequação e correção dos procedimentos realizados durante a cirurgia, por entender que aqueles teriam melhores condições técnicas de produzir prova neste sentido. Desde então, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem tido enorme aceitação na comunidade jurídica argentina, além de estar sendo aplicada em larga escala pelos Tribunais⁴³⁴.

A despeito de toda essa evolução da teoria no âmbito da literatura jurídico-processual, jurisprudência e dos juristas argentinos alertarem que existem regras legais suficientes para aplicação da referida teoria⁴³⁵, pelo menos por ora, não existe previsão legislativa expressa e específica que regule a regra de deslocamento dinâmico do ônus da prova naquele país.

A legislação nacional da Argentina continua a adotar a distribuição estática do ônus da prova como regra. Prevê o art. 377 do *Código Argentino de Procedimiento Civil y Comercial para La Nación* que compete o ônus da prova

“à parte que afirma a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou Tribunal não tem o dever de conhecer. Cada uma das partes deverá

emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”.

⁴³³ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.20.

⁴³⁴ BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 274-275.

⁴³⁵ Jorge W. Peyrano, por exemplo, destaca que o art. 163, inciso 5º do CPN, ley 22.434, traria o fundamento da doutrina, ao dispor: “*La sentencia definitiva de primera instancia de vera contener: 5º) Los fundamentos y la aplicación de la ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y proviccion según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*”. (PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.24, nota 7).

*provar o pressuposto de fato da norma ou normas que invocar como fundamento da sua pretensão, defesa ou exceção*⁴³⁶.”

Alguns códigos de província, por outro lado, como é o caso do *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa* já vêm adotando expressamente a carga dinâmica. O mesmo ocorre também com o *Proyecto del Código de la República Argentina Unificado con el Código del Comercio*⁴³⁷. Portanto, a teoria das cargas dinâmicas nasce, na Argentina, por obra da literatura jurídico-processual especializada e da jurisprudência.

4.2 Características e critérios de aplicação

Ao sistematizar as principais diretrizes para a utilização da teoria das “*cargas probatorias dinámicas*”, Jorge W. Peyrano sintetiza quatro conclusões. De acordo com o autor, tais conclusões foram formuladas no *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal* tomando por base o enunciado teórico proposto nas *Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*.

Segundo Peyrano, “*a temática do deslocamento do ônus da prova [...] também conhecida como princípio da solidariedade ou efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdiccional na coleta do material para formação de sua convicção*⁴³⁸” importa num afastamento excepcional das normas legais sobre a distribuição do ônus da prova. Dito afastamento se traduz, ainda de acordo com o autor, na aplicação de regras que repartem o ônus da prova de acordo com as “*circunstâncias do caso concreto e relutantes a enfoques apriorísticos (do tipo fato a provar, papel do autor ou do réu, etc)*⁴³⁹”.

⁴³⁶ PERYANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 16, nota 7. No original: “*Art.377, Cód. Proc. (ley 22.434): ‘Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el supuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción’*”.

⁴³⁷ PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.86-87.

⁴³⁸ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.20-21. No original: “*La tematica del desplazamiento de la carga de la prueba [...] también conocida como principio de solidariedad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción*”.

⁴³⁹ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21. No original: “*a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc)*”.

Entre as “novas regras” de distribuição, Peyrano destaca “*aquella consistente em fazer recair o onus probandi sobre a parte que está em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova respectiva*”. E alerta que, neste caso, “*deve-se ser especialmente cuidadoso no momento de valorar a prova carregada pela parte que se encontre em melhor situação para produzi-la porque, normalmente, a mesma [parte] que está em condições de produzi-la, também pode desvirtuá-la ou desnaturá-la em seu próprio benefício*”. Assim, explica o professor argentino, a aplicação da teoria das cargas dinâmicas procede somente em casos extremos; “*vale dizer, quando a utilização da repartição legalmente prevista gera consequências claramente inconvenientes ou iníquas*⁴⁴⁰”.

Peyrano ainda alerta para duas conclusões: (1) é necessária a regulamentação legal do ideário ínsito à perspectiva do ônus dinâmico, sem, contudo, disposições taxativas ou demasiado causuísticas que possam ser interpretadas de maneira inflexível. A regulamentação da técnica do ônus dinâmico, segundo o autor, deve se dar por tipos abertos ou cláusulas gerais que confirmem certa margem de discricionariedade para a atuação do juízo na repartição dos encargos; (2) a redistribuição do ônus não pode ser promovida no momento da sentença, já que isso traria um risco excessivo e desnecessário à defesa.

Desse modo, segundo Peryano, deve-se trabalhar na construção de uma “*audiência preliminar*” em que o juízo advertirá “*a ambas as partes sobre os especiais esforços probatórios que deverão suportar*”, formalizando “*uma prudente e adequada utilização procedimental da mencionada doutrina*.”⁴⁴¹

Portanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova⁴⁴² tem como característica, permitir um deslocamento do ônus da prova consoante às circunstâncias e

⁴⁴⁰ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21. No original: “*aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que esta en mejores condiciones profesionales, técnicas o fáticas para producir la prueba respectiva. [...] se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla, porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuala o desnaturizarla en su propio beneficio. [...] se há buscado destacar que su aplicación es procedente solo in extremis; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del onus probandi genera consecuencias claramente inconvenientes e inicuas*”.

⁴⁴¹ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.22/23. No original: “*oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatórios que deberán encarar [...] la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina*”.

⁴⁴² Diferente, por outro lado, é a concepção de teorias de redução do módulo de prova (no original: teoria das “*pruebas leviores*”). Segundo Araisca, as teorias de redução do módulo de prova trabalham com a possibilidade de se atenuar o rigor probatório ou o “*grau de suficiência da prova*” em situações em que esta se mostre diabólica para ambas as partes. Atenua-se a exigência de prova plena, admitindo-se que a valoração da seja feita com base em argumentos de simples probabilidade ou verossimilhança. A prova plena é dispensada porque não pode ser obtida por nenhuma das partes, devido a peculiaridades (fáticas, circunstanciais, técnicas, jutrídicas)

particularidades do caso concreto. A aplicação da teoria permite, por via de decisão judicial, que o ônus de provar seja atribuído àquele que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de produzir provas, independentemente da natureza dos fatos a serem provados ou da posição processual da parte que deverá provar.

Isso não significa, conforme alerta Araisca, em explicação às conclusões de Peyrano:

“[...] que todos os fatos alegados deverão ser provados por uma parte ou por outra ou por ambas. O ônus recairá sobre quem estiver em melhores condições de provar determinado fato somente no caso concreto, e neste, pode ocorrer que uma das partes esteja em melhores condições para provar alguns fatos e outros não. Além disso, é preciso se ter em mente que o ônus dinâmico tem aplicação subsidiária, ou seja, sua noção deve ser aplicada conjuntamente às regras clássicas de distribuição da prova, já que, em princípio, deve caber a prova do fato a quem o alega. Contudo, pode ocorrer que, em um caso particular, a quem alegou o fato seja praticamente impossível prová-lo, e, nessa hipótese, se permitirá um deslocamento do onus probandi e quem terá o ônus de provar a existência ou inexistência desse fato será a outra parte - por se encontrar em melhores condições técnicas, profissionais, de fato ou econômicas para fazê-lo; e pode ocorrer que nos demais fatos cada um tenha que provar o fato que alegou, tudo isso num mesmo processo. Aplicar a doutrina das cargas probatórias dinâmicas não significa deixar de lado as regras clássicas de distribuição do ônus da prova, mas avaliar no caso concreto quais as regras a aplicar, podendo ser uma ou outra, ou ambas; cada uma delas para fatos distintos de um mesmo processo, segundo as particularidades do caso. Chama-se doutrina das cargas probatórias dinâmicas porque o onus probandi independe de enfoques apriorísticos, isto é, independe da condição de autor ou réu como partes no processo ou dos tipos de fatos a serem provados, limitando-se a indicar que o ônus de provar recairá sobre quem estiver em melhores condições técnicas, de fato ou profissionais para produzir a prova respectiva. Portanto, incumbe o ônus de provar a quem, pelas circunstâncias do caso, pouco importando o desempenho do papel de autor ou réu, encontra-se em melhores condições de produção da prova. [...] quem já tem informação sobre a prova, ou tem maior facilidade, por alguma particularidade, de ter acesso ou conectar-se à prova, ou que seja mais fácil trazê-la ao processo enquanto para a outra parte isso é impossível⁴⁴³.”

que obstam a reconstrução completa dos fatos nos autos. (AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.133).

⁴⁴³ AIRASCA. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.136-137. No original: “Y ello no significa que todos los hechos alegados deberán ser probados por una parte o por otra o por ambas, sino que en el caso concreto recaerá la carga de la prueba en quien esté en mejores condiciones de probar determinado hecho, y puede ocurrir que una de las partes este en mejores condiciones para probar determinado hecho pero non para el resto de los hechos, y además se puede y debe aplicar juntamente con las reglas clásicas de distribución de la prueba, es decir que, en principio, quien alega un hecho debe probarlo, pero puede ocurrir que en ese caso y proceso en particular a quien alegó el hecho le sea prácticamente imposible probarlo y por lo tanto allí se producirá un desplazamiento del onus probandi, y quien tendrá la carga de probar la existencia o inexistencia de esse hecho será la otra parte por encontrarse en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas paea hacerlo, y puede ocurrir que en los demás hechos cada uno tenga que probar el hecho que alego, todo ello em un mismo proceso. Aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en un proceso no signica dejar de lado las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba sino que habrá que ver en el caso concreto que las reglas corresponde aplicar, y podrán aplicarse unas u otras, o ambas, cada una de ellas para distintos hechos de un mismo proceso, según las particularidades del caso. Se llama doctrina de las cargas probatorias dinámicas porque el onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos, es decir que se independiza del rol de actor, o demandado de la parte en el proceso, y los tipos de hechos a probar, para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones técnicas, de hecho o profesionales para producir

A dinamicização, dessa forma, terá lugar, segundo os autores argentinos, sempre que conviverem a desigualdade material entre as partes e a excessiva dificuldade no exercício do direito ou faculdade de provar. Sua aplicação, no entanto, deve se dar de forma complementar e subsidiária, apenas quando as regras clássicas (estáticas) se mostrarem inadequadas ou insuficientes, a fim de se encontrar um equilíbrio entre as partes.

De nada adianta se deslocar o ônus, impondo-se à outra parte o exercício de uma prova, igualmente, diabólica ou de difícil produção. Dessa forma, a dinamicização é regra a ser aplicada tão apenas quando a parte que não detém previamente o ônus, dele tenha plenas condições de se desincumbir, por se encontrar em situação de conforto, por deter maior acesso ou mais facilidade na produção da prova. Além disso, vale lembrar, a aludida técnica sempre se opera *ope iudicis* (por decisão judicial), não obstante para que sua aplicação seja adequada, conforme se verá, seus critérios devem estar previstos em lei.

O ônus dinâmico pode, assim, ser compreendido como variante teórica que apresenta a proposta de distribuição do ônus da prova em adaptação às peculiaridades dos casos particulares, ao efeito de atender as circunstâncias específicas de cada um destes, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições técnicas e fáticas de produzi-la. A proposta é de flexibilização do módulo abstrato e estático de distribuição do ônus da prova, quando, frente ao caso concreto, verificar-se excessiva dificuldade de acesso à prova pela parte inicialmente onerada.

4.3 Fundamentos

Os fundamentos invocados pela literatura jurídico-processual⁴⁴⁴ para justificar a utilização da técnica do ônus dinâmico, dividem-se em dois grupos: (1) fundamentos ligados à

la prueba respectiva. Por lo tanto, le incumbe la carga de la prueba a quien, por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actor o demandado en el proceso, se encuentra en mejores condiciones para producir la prueba respectiva. [...] quien ya tiene la información o la prueba, o tiene mayor facilidad por su particularidad para acceder a la misma, le resulta más fácil y posible arrimarla al proceso, porque puede ocurrir que a la otra parte le sea imposible acceder a la misma”.

⁴⁴⁴ Nesse sentido: AIRASCA. In: PERYANO, Jorge W. e WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.141-143; TEPSICH, María Belén. *Cargas Probatorias Dinámicas*. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 158-160; DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo, v. IV, p.304.

necessidade de adaptabilidade ao procedimento⁴⁴⁵ ao caso concreto (ou adequação formal ao caso) e (2) fundamentos conectados à concepção de “processo justo”.

No segundo grupo, enquadram-se: (a) a necessidade de se garantir igualdade substancial (material) entre as partes (associada à paridade de armas); (b) os “deveres” de lealdade, boa-fé e veracidade; (c) os “deveres” de solidariedade e cooperação intersubjetiva (das partes entre si e para com o júízo). Todos os fundamentos levantados pela doutrina guardam uma relação peculiar com o movimento de Acesso à justiça, iniciado na década de 1970. Em razão disso, o ponto seguinte faz uma breve abordagem a respeito do aludido movimento, suas repercussões e consequências, apontando a relação destas com os fundamentos da concepção dinâmica de distribuição do ônus da prova acima mencionados.

4.3.1 O “Projeto Florença de Acesso à justiça”, o instrumentalismo de Dinamarco e a disseminação da ideia do “justo processo”

A preocupação disseminada amiúde na literatura jurídico-processual brasileira e estrangeira, especialmente a partir da década de 1970, tem como pano de fundo as recorrentes mazelas na “prestação” da atividade jurisdicional. Morosidade, custo e formalismo excessivos nos procedimentos judiciais, além de questionamentos acerca da capacidade técnica dos juízes e advogados para atender às demandas dos novos direitos (difusos, meta-individuais e coletivos) eram preocupações constantes dos juristas.

O “Projeto Florença de Acesso à justiça” foi idealizado justamente no intuito de investigar as causas e encontrar soluções para tais problemas. Seguindo a tônica socializadora⁴⁴⁶, referido projeto, patrocinado pela Fundação Ford em conjunto com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália⁴⁴⁷, foi empreendido a partir de 1973, envolveu 23 países e seus resultados foram publicados em quatro volumes, sob a coordenação de Mauro Cappelletti e Bryan Garth⁴⁴⁸.

Com a finalidade de obter a simplificação procedimental necessária à “rápida” solução dos litígios, o “Projeto Florença de Acesso à justiça” pretendeu a criação de procedimentos

⁴⁴⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo Coletivo, v. IV, p.304.

⁴⁴⁶ Vale destacar que o movimento de Acesso à justiça foi o ápice do movimento de socialização do direito e do processo que, conforme já dito, iniciou-se na Áustria na segunda metade do século XIX com Anton Menger e Franz Klein (na legislação) e Oskar Büllow (na doutrina). Cf. NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 176.

⁴⁴⁷ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 115; CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.76-95; CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p.38-41; NETO. *Ônus da prova: teorias da redução do módulo de prova e das provas dinâmicas compartilhadas*, p. 81-87.

⁴⁴⁸ CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à justiça*.

orais com aumento dos poderes dos magistrados em todas as fases dos processos. Além disso, o projeto também intencionava a materialização de mecanismos que permitissem a implementação do adequado “acesso à justiça” a todos, de modo indistinto, assegurando assistência judiciária gratuita e integral. Por fim, o movimento defendeu a idealização de procedimentos vocacionados à tutela efetiva de direitos difusos ou coletivos, proteção do consumidor e do meio ambiente.

Estes três objetivos constituíram as chamadas ondas reformistas⁴⁴⁹ do projeto. Na obra resultante do movimento, coordenada por Cappelletti e Garth e que ganhou o sugestivo título “Acesso à justiça”, defenderam os autores que denominado “acesso” estaria condicionado a quatro condições: (1) barateamento do processo; (2) diminuição do tempo de duração do processo; (3) garantia de tratamento equânime para as partes; (4) aumento do número de sujeitos de direito autorizados a postular em juízo (principalmente para a defesa de direitos coletivos e difusos)⁴⁵⁰.

Assentado nessas quatro premissas e três ondas reformistas, o movimento de Acesso à justiça catalisou diretrizes prioritárias para a efetivação da “tutela” da atividade jurisdicional ao longo das décadas de 1980 e 1990. Não apenas nos países participantes do projeto, mas em outros que também seguiram a tendência de socialização do processo. O discurso do movimento tentou “*equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem Estar Social*”⁴⁵¹.

No Brasil, as ondas reformistas do projeto impulsionaram o desenvolvimento de um raciocínio teleológico e instrumental ligado processo. A obra *Instrumentalidade do processo* (1987), de autoria Cândido Rangel Dinamarco, incorporou amplamente as tendências socializantes, divulgadas pelo movimento de Acesso à justiça e inaugurou toda uma escola de instrumentalidade do processo no país. A visão instrumental de Dinamarco arrima-se num discurso de centralidade e supervalorização do papel da jurisdição.

Dinamarco promove uma leitura social do processo. De acordo com o autor, a jurisdição deve incorporar os valores e objetivos (escopos) sociais e políticos perseguidos

⁴⁴⁹ O movimento idealizou três ondas para a resolução dos principais problemas apontados. A primeira “onda” de mudança teria sido refletida no aprofundamento da assistência judiciária e a segunda diria respeito à ampliação dos sujeitos legítimos para propor ação em juízo e defender direitos coletivos e difusos. Uma terceira “onda” seria necessária ainda para consolidar os avanços das anteriores e proporcionar o cumprimento dos requisitos necessários para o “acesso à justiça”. Esse terceiro movimento seria englobado pela revisão dos mecanismos utilizados no direito processual. (NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 115).

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Allan Helber de. Acesso à justiça: a qual justiça? In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos (Org.). *Lições de Cidadania*. Brasília: OAB Editora, 2003.

⁴⁵¹ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 116.

pelo Estado. O processo, por sua vez, é um instrumento da jurisdição e persegue os fins almejados por ela. Vem daí a necessidade de um juiz forte, atuante, protagonista, que represente e concretize o poder e os valores do Estado⁴⁵². Este juiz deve atuar sempre suprindo as deficiências das partes, com o objetivo de lhes “entregar” o direito material pretendido e alcançar a paz social⁴⁵³. Na consecução destes objetivos, a *instrumentalidade positiva*⁴⁵⁴ de Dinamarco defende também a confecção de técnicas que reduzam o “formalismo processual” e permitam a máxima efetividade do direito material. O processo funcional de Dinamarco serve aos objetivos do Estado, e, por isso é “útil”, ao adaptar-se aos valores e às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema jurídico.

Na década de 1980 (com a implantação do neoliberalismo econômico), o discurso jurídico-processual social, divulgado no Brasil por Dinamarco, coloniza-se pelos imperativos do mercado. E esta colonização é consequência natural do discurso instrumental, porque se o que Dinamarco e seus seguidores defendem é que o processo sirva aos objetivos do Estado e este Estado (a partir da década de 1980) passa a ser neoliberal⁴⁵⁵, nada mais natural que o processo social passe a incorporar a tônica do mercado. O lema neoliberal “produtividade máxima a baixo custo”⁴⁵⁶, passa, então, a orientar o sistema processual, distorcendo os ideais puros do movimento socializador, divulgados pelo “Projeto Florença de Acesso à justiça”.

Entretanto, para o presente estudo, importam (por ora) apenas as tendências socializantes que empunharam ao processo um caráter ético-valorativo (e autoritário) e que

⁴⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p.226.

⁴⁵³ O juiz de Dinamarco tem a função de compensador de déficits de igualdade entre as partes e deve “canalizar os sentimentos da nação, e, mediante sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas”. Deve interpretar os valores da sociedade e é esta interpretação que garante a legitimidade das decisões jurisdicionais (porque compatível com os fins do Estado). O processo de Dinamarco ganha escopos metajurídicos, com o fim de corrigir sua “cegueira ética”, provocada pela “super-valorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídico processual” e por uma “visão puramente técnica do processo e tradicional descaso às suas projeções éticas”. Há, na instrumentalidade positiva, uma preocupação “em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema);”. Sendo que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. (Cf. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p.294-317).

⁴⁵⁴ DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p.263 e ss.

⁴⁵⁵ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 157.

⁴⁵⁶ Partindo dessa premissa, desenvolvem-se técnicas amparadas na *celeridade, efetividade, combate ao excesso de formalismo* para orientar o exercício da função judiciária no Brasil. Esta, por sua vez, é atacada pela patologia da rapidez a qualquer custo. A busca por mera rapidez procedimental conduz à criação de um ideal de julgamento de processos em larga escala e até a uma mudança de comportamento por parte dos magistrados (que buscam produtividade, sem preocupação com qualidade). O combate à morosidade da justiça lança-se como “imposição da própria garantia de tutela jurídica”, a fim de se evitar “denegação da justiça”. Tal fato acaba esvaziando os espaços de discussão processual e, por via de consequência, do contraditório como mecanismo de influência e garantia de participação. Esta corrupção do modelo social tradicional cria uma espécie de pseudo-socialização ou neoliberalização processual, segundo expressão cunhada por Diele Nunes. (DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p.319; NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p. 172).

foram divulgadas pelo movimento de Acesso à justiça, por Dinamarco e que ainda permanecem fortes no discurso instrumental (apesar da desnaturação dos objetivos originais deste). Isso porque foi essa carga ou missão axiológica atribuída ao processo instrumental que originou a fatídica compreensão de “processo justo”.

Com base na compreensão de que o processo é “*veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional*” que deve assegurar aos jurisdicionados “*acesso à justiça*”⁴⁵⁷, concebe-se a perspectiva de “*tutela jurídica justa ou justo processo*”.

De acordo processualistas italianos⁴⁵⁸ e brasileiros o “*justo processo*” é aquele que congrega “*as condições mínimas e insuprimíveis sem as quais não será possível ao Estado aplicar o direito material com justiça no seio das relações em conflito*”. Na perspectiva do justo processo,

“*o controle jurisdicional deve ser analisado em função do bloco de princípios e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo e à coletividade, proclamados como desdobramento necessário para se obter uma justa composição da lide, um acesso adequado à justiça. O justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais da justiça*”⁴⁵⁹.

Os defensores da aludida concepção, vinculam o processo e suas garantias à controvertida noção de justiça, buscando superar “*a concepção de processo neutro e puramente instrumental*”, no intuito de “*investigar o valor do justo ou do injusto*”⁴⁶⁰.

A percepção de *processo justo* está ligada a concepções valorativas e à técnica processual como garantia de efetividade da “*tutela*” e acesso à justiça:

“*[...] A noção de processo equo e justo, difundida pela doutrina italiana contemporânea, liga-se à preocupação com efetividade do processo, não sendo suficiente a simples oferta de acesso à justiça pelo Estado. Nessa perspectiva, devem ser assegurados ao interessado: i) o respeito às garantias e princípios constitucionais que compõem o devido processo legal e ii) uma sentença justa, que realize, no menor tempo possível, a satisfação do direito material a quem tenha razão no caso concreto. Em outras palavras, devem ser proporcionados aos jurisdicionados um processo justo e uma sentença justa*”⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR.; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.684.

⁴⁵⁸ Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e giusto processo (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n.90; CAPPELLETTI, Mauro. *La dimensione sociale: l'accesso allá giustizia. Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto comparato*. Bologna, II, 1994.

⁴⁵⁹ MELO. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, p.684.

⁴⁶⁰ MELO. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, p.685.

⁴⁶¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO, Júnior Alexandre Martins. *Direito processual civil: institutos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010, p.92-93.

“Justo processo” é aquele que não se acomoda na “regularidade formal”, constituindo-se em respeito aos parâmetros e valores partilhados eticamente pela sociedade⁴⁶². O direito à denominada “ordem jurídica justa” comporta a ideia de que devem ser disponibilizadas condições que permitam a postulação de pretensões em juízo para a obtenção do direito material pretendido. Assim, é preciso que o processo se amolde ao direito material discutido no caso concreto (princípio da adequação formal), para que a técnica processual não se constitua como obstáculo à justiça. É isto que se convencionou chamar (paternalmente) “tutela” ou “processo justo”: aquele que garante a “efetivação” do direito material pretendido pela parte, por meio do exercício tutelar da jurisdição.

É certo que a preocupação com os inexoráveis reflexos da técnica processual sobre o direito material é relevante. Contudo, essa preocupação exacerbada com a “tutela” do direito material, não pode importar na amputação de garantias processuais-fundamentais das partes ou suprimir a reserva legal.

No “processo justo” o significado da expressão justiça permanece oculto, porque não é objetivável ou teoricamente demarcado. Ora, seria válida a afirmação de que a observância do conjunto de garantias constitucionais conduziria a uma decisão justa? Sabe-se que a justiça é um valor de cunho metafísico, ético, moral, e, portanto, carrega consigo uma carga semântica cambiável, volúvel, relativa, histórica e altamente subjetiva. Seu conteúdo semântico não tem unidade, não se expõe à crítica, justamente porque não se pode teorizá-lo com vistas à aplicação universal. Concepções tradicionais de justiça refletem, quase sempre, a violência de discursos autoritários das maiorias, e, conseqüentemente consubstanciam-se em formas de dominação ideológica (tradicional ou carismática, segundo Weber).

Se o direito democrático concebe leis abstratamente universalizáveis, demarcadas pela teoria da democracia e o signo justiça é teoricamente indemarcável, este deve manter-se absolutamente apartado de qualquer perspectiva de processo⁴⁶³. Compreensões que associam a ideia de justiça ao processo autorizam o juízo a trabalhar com o mais alto grau de autoridade, ditando a decisão de acordo com suas convicções particulares, com amparo na

⁴⁶² MELO. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, p.689-690.

⁴⁶³ Rosemiro Pereira Leal alerta que “*um juiz não está autorizado a basear suas decisões em concepções subjetivas sobre justiça, numa evidente referência à ultrapassada corrente instrumentalista do jurisdicionalismo eventual que faz da Jurisdição a guardiã de valores metafísicos, éticos e morais da humanidade. Sabe-se, pela experiência trágica dos povos, que conceber Jurisdição sem Processo é retornar às supertições, às ordálias, ao totalitarismo sacerdotal e dos pretores, porque a Jurisdição, sem o controle e a disciplinação de garantias históricas e fundamentais do Processo moderno, já universalmente normatizadas pelas constituições de povos relativamente avançados, é meio retórico de salvação da imagem do Judiciário pelo aceno fantasmagórico de justiça rápida e popular*”. (LEAL. *Teoria geral do processo*, p.26).

crença do justo e do bom. No processo democrático, é incogitável trabalhar-se com decisões legitimadas pelo senso de justiça do julgador. Afinal, na teoria do processo democrático a reserva legal e as garantias que lhes são ínsitas são indeclináveis.

Ao processo compete contentar-se com a reconstrução dos fatos com certo grau de probabilidade, nunca com um ideal de certeza, verdade ou justiça. As expressões “tutela jurídica justa”, “justo processo”, “acesso à justiça” podem “*assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto dispositivo*”⁴⁶⁴, porque remetem à noção de que justo é “*algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que os envolvem, com decisões justas*”⁴⁶⁵.

Explica Rosemiro Pereira Leal:

*“[...] a expressão acesso à justiça não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional de processo democrático é que [sic.], por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito de ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, CF/1998). Observe-se que o processo não busca “decisões justas”, mas assegura as partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afaste-se desde logo ser o processo o ‘tema-ponte a interligar o processo civil a com justiça social ou o modo de fazer aflorar toda problemática inserida no contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz. Manifesta-se inquestionável que o ‘parâmetro de justiça social e econômica’ é estabelecido pela norma formulada segundo paradigmas pós-modernos de legitimidade democrática, não podendo, como almejam os instrumentalistas, alçar o titular do órgão jurisdicional (o juiz) à condição de fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um direito justo. [...] acesso à jurisdição (e não à justiça) [...] faz-se pelo direito de ação criado pela norma constitucional como direito incondicionado de movimentar a atividade jurisdicional do Estado[...].”*⁴⁶⁶.

A noção de processo democrático, de vieses discursivos, como instituto institutivo e legitimador das decisões pela participação e controle, em simétrica paridade, dos destinatários e autores do provimento, não comporta cogitações sobre a justiça, intimamente relacionada às noções (inatingíveis) de certeza e verdade. O que se denomina conjunto de princípios e garantias fundamentais como um bloco legitimador dos provimentos, nada mais é do que o devido processo, premissa do Processo Constitucional. Não há espaço para se cogitar sobre a justiça.

⁴⁶⁴ LEAL. *Teoria geral do processo*, p. 56.

⁴⁶⁵ RODRIGUES, Wanderlei Horácio. *Acesso à justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁴⁶⁶ LEAL. *Teoria geral do processo*, p.56-57.

Em que pese o caráter controvertido da expressão “processo justo” e da evidente discordância com a equívoca associação, cumpre advertir que os teóricos que tratam da dinamicização têm frequentemente justificado a aplicação das teorias do ônus dinâmico, à margem da reserva legal, para “*garantir às partes a observância do direito fundamental ao processo justo*”. E esta necessidade de se garantir “tutela justa”, por meio da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, conduziria à implementação de dois outros corolários: “*o direito fundamental à igualdade substancial e o direito fundamental à prova*⁴⁶⁷”, tratados a seguir. Frente a tais perspectivas, é necessário perquirir se o ônus dinâmico, sob estes fundamentos, guardaria compatibilidade com a perspectiva democrática de processo.

4.4.2 Cooperação intersubjetiva, direito à igualdade substancial, direito fundamental à prova e inviabilidade de prova (prova “diabólica”)

A cooperação intersubjetiva⁴⁶⁸, colaboração processual ou simplesmente “deveres” de colaboração também é um dos fundamentos sustentados pelos teóricos para justificar a dinamicização na distribuição dos ônus probatórios.

De acordo com Arthur Carpes, os deveres de cooperação e a técnica de dinamicização operam numa via de mão dupla: enquanto a dinamicização dos ônus prestigia os deveres de cooperação, estes servem de fundamento para a utilização da técnica. O dever dos sujeitos processuais de colaborarem com o juízo para desvelar a “verdade”, para o autor, exigiria a dinamicização do ônus probatório em determinados casos. Exemplifica um destes casos, dizendo que quando a parte adota comportamento abusivo na produção da prova⁴⁶⁹, deixando de exibir documento que só ela possui ou quando não se submete a exame pericial que poderia comprovar as alegações da parte contrária, dever-se-ia adotar a técnica de dinamicização. Nessas hipóteses, seria atribuído à parte que se omite, “irresponsavelmente”, o ônus da sucumbência.

Ainda segundo Carpes, o princípio da colaboração pressuporia uma autorresponsabilização dos sujeitos processuais, com a garantia de participação efetiva e decisiva das partes no espaço procedimental em conjunto com o juiz⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 79-80.

⁴⁶⁸ Nesse sentido: NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 116-134 e p.215-247.

⁴⁶⁹ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 61-65.

⁴⁷⁰ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.62.

A perspectiva da cooperação intersubjetiva, no Brasil, ampara-se nos dispositivos dos artigos 339, 340 e 341⁴⁷¹ do CPC/1973. Contudo, o exemplo que melhor compatibiliza a noção de processo colaborativo não vem da legislação brasileira. Pode ser visualizado a partir da leitura no art. 7º, n.1 do Código de Processo Civil Português.

Referido dispositivo prevê que na condução e intervenção no processo, os magistrados, mandatários judiciais e as próprias partes “*devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*”. Os sujeitos processuais teriam o dever de cooperação entre si e para com o Tribunal. E este, por sua vez, possuiria dever idêntico em relação àqueles.

A presença deste dever, na legislação portuguesa, importa na assunção de quatro compromissos legais: (1) *dever de esclarecimento*: consiste no dever de mão-dupla, ou seja, o Tribunal está obrigado a esclarecer eventuais dúvidas que as partes tenham sobre o seu posicionamento, mas também tem de esclarecer junto às partes as dúvidas que tenha sobre suas alegações; (2) *dever de prevenção*: consiste no dever do Tribunal de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos formulados; (3) *dever de consultar as partes*: ocorre “*sempre que [o Tribunal] pretenda conhecer matéria de fato ou de direito sobre o qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem*”, evitando as chamadas decisões surpresa ou de *terza via*; (4) *dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais*⁴⁷².

No que se refere à cooperação entre as partes, a legislação portuguesa ainda prevê que estas têm o dever de colaborar na área da prova. O art. 417º, n.1 do Código Civil Português estabelece que “*todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade*”. E este dever independe da repartição do ônus da prova (arts. 342º a 345º Código Civil Português)⁴⁷³.

É fato que a perspectiva de cooperação processual estimula a adoção de técnicas processuais que incitam o diálogo entre os sujeitos do processo. E, no que se refere à técnica

⁴⁷¹ “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade; Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado; Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.” (BRASIL Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso: 10.10.2013).

⁴⁷² SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, p.151.

⁴⁷³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, p.150.

de dinamicização, não há como se afastá-la da perspectiva de processo cooperativo. Isso por que: “*Se a feição subjetiva do ônus da prova remete à estruturação da atividade probatória das partes. A colaboração destas para a aproximação da verdade dependerá da maneira como se dá tal estruturação*”⁴⁷⁴. E, ainda, se cabe ao juízo, por meio da colaboração, “*auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais*”⁴⁷⁵, permite-se, pelo mesmo fundamento, a alteração na distribuição legal dos ônus da prova, sempre que estes estejam a criar dificuldades e a alterar a igualdade entre as partes⁴⁷⁶. Assim, a utilização da técnica da distribuição dinâmica não apenas teria fundamento nos deveres de cooperação, como estes representariam um estímulo à adoção da proposta dinâmica nos casos de desigualdade fática, técnica ou econômica para a produção da prova.

O problema que se visualiza neste argumento é a associação da suposta atuação colaborativa das partes, especialmente no tocante à sua conduta probatória, à questão da busca da verdade no processo. Já se disse, e se voltará em detalhes ao tema no capítulo seguinte, que o processo não é lugar para se buscar a verdade e as partes não têm qualquer obrigação em produzir provas. A atividade probatória caracteriza-se como uma possibilidade juridicamente assegurada, não uma obrigação. Não há possibilidade de o Estado forçar qualquer parte a atuar no processo, porque essas são livres para decidir assumir o ônus de sua omissão probatória.

E já que não se nega o direito ao ônus, mas, ao mesmo tempo, continua-se a afirmar que o provimento jurisdicional deve revelar a verdade nos autos, a compreensão de verdade acaba sendo o que o juízo concebe como tal. Do modo como os teóricos em geral têm associado a prova à busca da verdade (a despeito de uma suposta atuação colaborativa das partes), abre-se margem à atuação autoritária, porque isolada, subjetiva e solipsista do julgador, o que é rejeitado pela CRFB de 1988. Busca-se, no processo de conhecimento, a reconstrução dos fatos por via da instrumentação argumentativa da prova, em um espaço discursivo procedimentalizado em contraditório⁴⁷⁷, não a verdade.

⁴⁷⁴ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 64.

⁴⁷⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, p.150.

⁴⁷⁶ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 64-65.

⁴⁷⁷ Para Leal: “[...] a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser ‘a conclusão’ das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de justiça. Diga-se o mesmo da atividade construtora da lei que, no Estado de Direito Democrático (se algum dia alcançado e aqui a expressão ‘Estado de Direito Democrático’ significa Estado de Direito não Dogmático), há de passar, à sua

Ademais, a visão de “processo colaborativo” é uma falácia. É verdadeiramente impossível se imaginar que num processo em que as partes agem movidas por seus interesses, cooperarão entre si ou com o juízo para que possa se chegar à verdade: que verdade seria esta, afinal? Voltar-se-á ao exame da controvertida acepção de verdade adiante.

O tema da igualdade substancial, igualmente, é fundamento afeto à dinamicização. Intimamente relacionado ao objetivo instrumental de tornar o juiz um compensador de déficits de igualdade, um justiceiro social, o princípio da igualdade material ou substancial das partes reclamaria o controverso “*tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de sua desigualdade*”. Significa que se deve garantir um tratamento diferenciado às partes, desenvolvendo “*concretamente providências que permitam que se nivelem [...] no processo, independentemente de circunstancial desigualdade (técnica, econômica, social) que possa haver entre elas*”⁴⁷⁸.

Nesse sentido, cumpriria à lei e ao juízo o dever de garantir que ambas as partes, independentemente de desigualdades concretas, tenham condições isonômicas de participar da produção da prova. No texto legal, a simétrica paridade de tratamento das partes, é garantida pela regra geral do art. 333 do CPC/1973. Todavia, concebe-se que, em determinados casos, este direito fundamental, assegurado pelas regras estáticas de distribuição do ônus probatório, poderia encontrar dificuldades sensíveis para se realizar. E isto em razão de uma suposta “inferioridade” de cunho econômico, técnico, jurídico ou no acesso à prova por uma das partes. Essas possíveis dificuldades, informadas a partir do exame do caso concreto, denunciariam uma espécie de “desnivelamento” entre as partes, conduzindo a um desequilíbrio de “armas” e comprometendo a paridade garantida constitucionalmente. Nessas hipóteses, revelar-se-ia necessária a utilização da técnica de dinamicização, para facilitar o acesso à prova, permitindo que seu ônus seja suportado pela parte que esteja em melhores condições (fáticas e técnicas) de produzi-la.

Aqui, a exemplo do que ocorre com fundamentos já citados, também se visualiza um ponto problemático. É que, na tentativa de “renivelar” as partes, a técnica de dinamicização pode acabar desigualando o tratamento conferido àquelas, no exercício de suas faculdades e poderes processuais. Ou, simplesmente, a técnica pode acabar invertendo a ausência de opção pela produção da prova. É que, ao redistribuir os ônus de prova, o juízo acaba obrigando a parte que não era inicialmente onerada, a produzir prova para não sucumbir na demanda. A

legitimidade, pela principiologia do Processo Constitucional procedimentalizado, em que maiorias e minorias estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e ampla defesa de suas ideias”. (LEAL. *Teoria geral do processo*, p.46-47).

⁴⁷⁸ DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. São Paulo: RT, 2000, p. 537.

decisão que redistribui o ônus não confere somente um estímulo à produção, ela praticamente obriga a parte que o recebe a produzir prova para evitar sucumbência. O ônus de prova que, até aquele momento, era compreendido como consequência processual desfavorável livremente assumida pela parte, transmuta-se, então, em dever de produzir provas. Só se inverte o desequilíbrio e se suprime a liberdade da parte de optar pelo ônus.

Ora, quando o autor inicia o processo já tem a consciência do ônus que suporta em caso de ausência de provas. E, se não produz provas, é porque assume o risco de decisão desfavorável. Não pode querer que este risco seja imposto à parte contrária, se decidiu iniciar o processo já ciente de que teria dificuldade de produzir prova dos pressupostos fáticos da norma que invoca aplicação. Além disso, existem outros meios (que não a dinamicização) previstos na legislação processual brasileira, para se determinar a atuação da parte no processo com a finalidade de propiciar conduta probatória do onerado, que cumprem o idêntico objetivo de readequar as forças (armas) processuais⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ A maioria das hipóteses elencadas pelos autores que defendem a aplicação da técnica de dinamicização do ônus probatório, mesmo sem previsão legal, pode ser sanada com a utilização de técnicas procedimentais que já encontram previsão normativa. Aqui, cita-se como exemplo, o procedimento de exibição de documentos, acompanhado do ônus respectivo previsto no art. 359 do CPC. Observe-se que nos casos de dificuldade de acesso à prova consubstanciada em documento, coisa ou perícia destes dependente, em razão de posse exclusiva da parte contrária, o procedimento legal a ser adotado incidentalmente é a exibição de documentos. Por meio desta, a parte onerada individualizará a coisa ou documento, informará a finalidade da prova, bem como indicará as circunstâncias pelas quais o documento ou coisa se encontra na posse da parte contrária (art. 357 do CPC). Iniciado o procedimento, o requerido é intimado a se manifestar em 05 (cinco) dias e pode adotar três condutas (arts. 358 e 359 do CPC): (1) afirmar que não possui o documento, facultada ao requerente prova em contrário; (2) manter-se na inércia, silente (o que será entendido como recusa tácita e ilegítima); (3) recusar-se a apresentar o documento, alegando uma das causas previstas no art.363 do CPC. Registre-se, aqui, que a recusa não será admitida, se o requerido tiver a obrigação legal de exhibir, se aludiu ao documento no curso do processo no intuito de constituir prova ou se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes (art. 358 do CPC). No caso de recusa ilegítima expressa ou tácita, aplica-se ao omitente o ônus previsto no art. 359 do CPC. Ou seja, aplica-se em desfavor daquele que decidiu não exhibir, a presunção legal (relativa) de veracidade dos fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar. Neste caso, ocorre inversão automática do ônus da prova e aquele que se recusou a exhibir o documento ou coisa necessários à prova da parte inicialmente onerada, recebe o ônus de desconstituir a veracidade dos fatos alegados pela parte contrária. Na hipótese, salvo melhor juízo, não há imposição de um dever ou de sanção ilícita à parte que tem contra si aplicada a presunção, porque o ônus decorrente de sua recusa ilegítima é definido e informado previamente àquela por lei. Assim, se mesmo com a ordem de exibição, a parte decide nada fazer ou se age optando pela omissão, o faz consciente das consequências que podem advir de sua conduta. (Mais a respeito da presunção de veracidade prevista no art. 359 do CPC e a inversão automática do ônus da prova dela decorrente, aplicável os casos de prova documental ou perícia que dependa do documento ou coisa a serem exibidos pela parte contrária, ver: MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.181-188). E ainda, para os casos de dificuldade financeira na produção da prova, a lei 1.060/1950 confere a todo aquele cuja situação econômica não permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, a isenção de pagamento dos honorários de perito e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, V e VII da Lei 1.060/50). Portanto, toda vez que a parte onerada se depara com dificuldades de custeio da prova necessária às suas alegações, pode requerer sejam lhes aplicados os benefícios da assistência judiciária gratuita, a fim de que concretize o seu direito de provar. Por fim, quanto à dificuldade técnica na produção da prova, salvo melhor juízo, já existe para este fim, o auxílio de profissional especializado - o perito -; nomeado toda vez que a prova do fato depender de conhecimento técnico (ver, nesse sentido: artigos 145 a 147; 420 a 439 todos do CPC). Portanto, apenas de pouquíssimas hipóteses, em que, de fato, não há como combater a presença de prova diabólica, é que se justificaria a adoção da técnica do ônus dinâmico. Mesmo assim, acredita-se que a sua aplicação só é viável e

Pois bem. A compreensão conectada ao direito fundamental à prova, corolário da ampla defesa e ampla argumentação é outro fundamento utilizado pela literatura jurídico-processual para justificar a técnica de dinamicização. Numa concepção democrática, o direito fundamental de provar importa em se assegurar às partes, meios e fontes de prova necessários para a reconstrução da matéria discutida, com vistas a permitir o sustento de seus argumentos, no tempo e espaço procedimentais adequados. Enquanto liberdade fundamental, a oportunidade de provar é um direito líquido, certo e exigível.

Ocorre que em determinados casos, segundo alguns teóricos, a efetividade do direito fundamental de provar é comprometida. Isto ocorreria nas situações em que existe dificuldade no acesso à prova por uma das partes ou alguma circunstância que torne a prova de impossível produção à parte onerada. Nestas hipóteses, não haveria possibilidade da parte sustentar, com liberdade, sua argumentação. Em face disso, teóricos defendem que a aplicação da técnica de repartição dinâmica do ônus da prova corrigiria este problema, retirando da parte prejudicada ou em situação desfavorável, a assunção de um encargo que não é capaz de suportar.

O ponto problemático que se visualiza na utilização deste argumento é idêntico o sustentado no fundamento anterior. Ou seja, a redistribuição que, em tese, afastaria a amputação de liberdade na assunção do ônus, criada inicialmente pela dificuldade na produção da prova de incumbência da parte onerada pela regra estática, pode acabar gerando à parte que recebe dinamicamente o ônus, uma obrigação ou um dever de produzir da prova. E a ideia de se impor ou se obrigar o exercício de faculdades ou poderes processuais a qualquer das partes não se compatibiliza com a perspectiva de processo democrático.

Por fim, vale acrescentar que os teóricos da dinamicização, defendem que referida técnica guarda íntima relação com o fenômeno da prova diabólica.

Em determinadas situações, a imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil, ou até mesmo impossível, resultaria na imposição de uma prova diabólica ao onerado, o que impossibilitaria o exercício do seu direito fundamental de provar. A prova diabólica estaria vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada em face das peculiaridades da controvérsia em causa, ou ainda, simplesmente em face da distância do onerado em relação ao material probatório⁴⁸⁰. No intuito de se afastar a prova diabólica

legítima no contexto do processo democrático, quando prevista abstrata e previamente em lei, compatilizando-se com o princípio da reserva legal.

⁴⁸⁰ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.90-91.

defende-se a aplicação da técnica de dinamicização do ônus probatório, entregando-o à parte que possui condições de dele se desincumbir.

Concorda-se com o argumento de utilização da teoria do ônus dinâmico nas hipóteses de prova diabólica. E, acredita-se que, nos processos coletivos, a aplicação da aludida técnica tenha especial relevância. Isso porque nesta espécie de processo, após a instrução, podem surgir fatos novos e com estes a dificuldade na produção da prova. Além disso, há situações em que a parte tem visíveis dificuldades financeiras e técnicas de produção da prova, por exemplo, quando o não onerado detém condições infinitamente superiores ao onerado pela regra estática. Tais situações, infelizmente, não podem ser dirimidas com a aplicação das técnicas procedimentais atualmente existentes na legislação. Dessa forma, acredita-se que o recurso às técnicas do ônus dinâmico seja uma importante alternativa para a resolução destes problemas.

Ainda assim, devido à inafastável exigência de observância da função jurisdicional à reserva legal, é impensável que a técnica de distribuição dinâmica seja aplicada à revelia de disposição legal. Em razão disso, faz-se essencial a previsão normativa, ao menos exemplificativa, das situações de aparecimento de prova diabólica que justifiquem a redistribuição do ônus. Isto tudo a fim de se evitar o livre manejo de faculdades processuais das partes pelo juízo, evitando-se que o que era inicialmente ônus livre e conscientemente assumido pela parte, transforme-se em dever, imposto sob coerção do poder estatal.

4.4 Momento procedimental para aplicação

Independente do fato de se concordar, ou não, com a técnica de dinamicização do ônus probatórios ou com seus fundamentos, é indispensável se compreender o ônus dinâmico, que só se opera *ope judicis* e guardada a observância de determinadas circunstâncias, como regra de atividade⁴⁸¹.

A redistribuição, por meio da aplicação da técnica da dinamicização do ônus da prova, deve ser efetuada em momento procedimental que permita às partes efetivamente estruturarem sua atividade probatória. Afinal, estas não podem ser surpreendidas, ao final do processo, com a assunção de uma desvantagem advinda de um risco que não foi conscientemente assumido, pois que não previamente seu.

⁴⁸¹ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo: Dialética, 2005, n.31, p.11.

Assim, entende-se que a fase procedimental ideal para aplicação da regra é a saneadora. Isso porque somente através da fixação dos fatos e delimitação dos pontos controvertidos é que se permitirá a análise das condições técnicas, fáticas, financeiras e de acesso à prova das partes, autorizando-se o deslocamento do ônus àquele que tiver mais facilmente acesso à prova, mediante previsão legal expressa neste sentido.

Para Didier e Zaneti:

“[...] essa repartição causuística e dinâmica do ônus de provar deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo da parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e seu direito fundamental à prova [...]. Trata-se de regra de atividade e não de julgamento”⁴⁸².

É justamente isso que prevê o projeto do novo CPC, em seu art. 364, III⁴⁸³.

É necessário se possibilitar à parte que recebeu o ônus que não era inicialmente seu, a oportunidade de produzir prova a seu favor; ou, por outro lado, decidir assumir, de forma livre, o ônus decorrente de sua ausência de prova. O importante é que as partes não sejam surpreendidas por ingerências imprevistas, que alterem repentinamente as regras procedimentais e impeçam, em violação às garantias do devido processo, o exercício, ou não, do poder de produzir provas.

Não se pode transformar o ônus da prova em dever de provar, sob o argumento de que se deve buscar a verdade no processo. Logo, impõe-se não somente a exigência da presença de circunstância legal que denuncie a dificuldade da parte onerada de produzir a prova, como a facilidade da outra parte em produzi-la. Não se pode impor à parte que passa a ser onerada após a redistribuição, um ônus igualmente diabólico, que não é capaz de suportar, sob pena de inversão do desequilíbrio de armas⁴⁸⁴.

⁴⁸² DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV, p.305.

⁴⁸³ “Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380;” (BRASIL. *Substitutivo aos projetos que tratam do Código de Processo Civil (texto preliminar)*. Relator Deputado Paulo Teixeira. Disponível: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>. Acesso em: 20.03.2013).

⁴⁸⁴ Nas hipóteses que em a prova se mostre diabólica para ambas as partes, a solução adequada para se afastar as dificuldades no campo probatório talvez seja se recorrer à aplicação das chamadas teorias de redução do módulo de prova, afastando-se a exigência da prova plena.

4.5 Redistribuição dinâmica legal e limitação da atividade instrutória do juízo

Apesar das críticas que se teceu em relação à maioria dos fundamentos da técnica da dinamicização, concorda-se com o fato de que o ônus dinâmico pode representar, em certa medida, algum limite à sempre questionada atividade probatória do juízo. A adoção da técnica, desde que previamente positivada, pelo menos em tese, reduziria as situações de dúvida a respeito dos fatos, diminuindo, conseqüentemente, os espaços de atuação arbitrária e criativa do juízo.

A redistribuição do ônus probatório, congênita à reserva legal, acabaria por permitir um maior diálogo e a ampliação do debate processual entre as partes. O acesso à prova seria dilatado e se limitaria as hipóteses de prova de ofício. O juízo atuaria prioritariamente voltado a esclarecer, junto às partes, as dúvidas eventualmente existentes quando às suas alegações, pedidos e posições, mantendo a equidistância necessária à preservação de sua imparcialidade. Ao *“repartir os encargos processuais, tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem pode efetivamente fazê-lo”*⁴⁸⁵, mas não determina a produção da prova de ofício. E isso é positivo, porque a atuação probatória primária é sempre das partes, devendo o juízo manter-se imparcial no cumprimento de sua função.

Ademais, com os critérios de aplicação do ônus dinâmico previamente positivados, ao aplicá-los, o juízo cumpriria seu dever de prevenção, apontando às partes as suas deficiências e franqueando a possibilidade de seu suprimento, sem surpresa. Diante da dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do ônus probatório pela parte que inicialmente o detém, mediante rigorosa observância das circunstâncias legalmente previstas, a utilização da técnica de dinamicização seria imposta como um dever legal do órgão jurisdicional.

Estando referida técnica, devidamente prevista em lei e incorporada a determinados tipos de processo, vale repetir, não seria necessário o juízo atuar dirigindo-se no sentido de suprir a atuação de direitos, faculdades e ônus de uma parte. Por meio do ônus dinâmico se permitiria àquela, a prerrogativa de exercer conscientemente sua faculdade de provar, ou, com liberdade, decidir omitir-se, deixando de provar o que lhe coube com a decisão de redistribuição.

Nada obstante, deve-se alertar insistentemente: só há liberdade de assunção do ônus conectado à prova por parte daquele que o assume após a decisão de redistribuição, quando

⁴⁸⁵ CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 86.

existe previsão legal expressa e prévia desta possibilidade. Havendo norma que preveja a aplicação da técnica em determinados casos, as partes serão cientificadas, desde o primeiro momento, que a ausência da produção da prova em determinado sentido, poderá importar na aplicação de consequência processual desfavorável.

Assim, a utilização da técnica procedimental do ônus dinâmico, desde que assentada em bases normativas prévias, assegura às partes a atuação livre no processo, podendo estas optarem, de forma consciente, por produzir, ou não, as provas que julguem necessárias e apresentarem as argumentações que reputam adequadas para a construção da decisão. E daí a se falar que a técnica dinâmica de repartição do ônus, devidamente prevista em lei, guardada a estrita observância dos critérios naquela previstos, pode coibir a atuação arbitrária e solipsista do juízo, livrando as partes de serem coagidas a produzir provas. A dinamicização do ônus de prova prevista em lei pode evitar que o juiz aja suprimindo deficiências processuais de uma determinada parte no processo⁴⁸⁶, impondo coativamente à outra o dever de produzir provas.

4.6 Aplicação do ônus dinâmico no direito comparado

Conforme já se expôs, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra respaldo em países como Argentina, Alemanha, Espanha e Portugal. Muito embora não existam previsões legais expressas acerca da referida teoria na maioria dos países citados, constata-se que a perspectiva do ônus dinâmico vem sendo plenamente acolhida, tanto pelos Tribunais quanto pela literatura jurídico-processual especializada.

De um modo geral, defende-se que a variante teórica da distribuição dinâmica deve ser aplicada, sempre que a prova se mostrar de difícil ou impossível produção para a parte estaticamente onerada. Polulam exemplos de casos associados à temática da prova diabólica que, segundo autores afetos ao tema, justificariam o recurso à técnica de dinamicização, mesmo à revelia de disposições legais.

Em Portugal, as regras relativas à distribuição estática, bem como a possibilidade de inversão do ônus da prova estão previstas nos artigos 342º a 345º⁴⁸⁷ do Código Civil. A noção

⁴⁸⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Princípio de Imparcialidade e Reformas dos Estatutos Processuais: Análise Crítica à Luz do Modelo Constitucional de Processo*. Artigo publicado nos Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte/MG, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 20.11.2012.

⁴⁸⁷ PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em 16.08.2013.

de dinamicização, por sua vez, encontra-se contemplada no art. 7º⁴⁸⁸ do Novo Código de Processo Civil (aprovado em 26 de junho de 2013 pela Lei nº41/2013). Este último dispositivo trata dos “deveres de colaboração” que, conforme se expôs, são frequentemente invocados pelos teóricos como um dos principais fundamentos para a justificação da criação e aplicação da teoria do ônus dinâmico.

No sistema português, contudo, as normas especificamente relativas ao ônus da prova e sua distribuição se encontram previstas no Código de Civil. Isto porque os teóricos portugueses acreditam que tais disposições guardam íntima relação com o direito material; o que, aqui, não se discorda. Entretanto, a maioria destes teóricos se vale da compreensão de que as normas relativas ao ônus da prova estão entre os preceitos jurídicos que determinam o conteúdo da sentença. Em razão disto, tendem a considerar que as regras de distribuição do ônus atuam exclusivamente como conduta de julgamento, a serviço monolítico do juízo⁴⁸⁹. E com este argumento não se pode concordar.

Ora, embora certamente as regras que distribuam o ônus da prova apoiem-se no direito material discutido nos autos, estas apresentam outra força, que com aquele não se confunde. Além de representar o resultado da reconstrução fática promovida até o provimento, as regras relativas à distribuição do ônus são também condutoras primordiais da atividade probatória⁴⁹⁰ das partes, que atuam conferindo segurança jurídica, liberdade técnica e implementando garantias do devido processo.

Assim, não se pode abandonar o aspecto subjetivo do ônus, como já exposto. De fato, nas regras de distribuição do ônus existe um diálogo entre direito material e processual. Mas isso nada tem a ver ou exclui a consideração do aspecto subjetivo de tais regras. Ainda que provar não signifique certeza de vitória à parte onerada e a decisão acerca das provas, ao final, caiba ao juízo, nenhuma concepção restritiva acerca da funcionalidade do ônus da prova é capaz de obscurecer a importância de se alertar a parte de que sua omissão probatória a expõe a riscos. Dessa forma, há um equívoco na perspectiva que considera as regras de distribuição do ônus da prova exclusivamente como técnica de julgamento, a serviço do juízo.

Na Argentina, país onde se sistematizou a *teoria das cargas probatórias dinâmicas*, apesar da ausência de previsão legal, a variante teórica encontra alargada e efusiva recepção. Aplica-se, atualmente, aos casos de: (1) Contratos bancários, contratos de seguro, e, de um

⁴⁸⁸ PORTUGAL. *Novo Código de Processo Civi*, introduzido pela Lei nº41/2013 de 26 de junho de 2013. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>. Acesso em 16.08.2013.

⁴⁸⁹ Nesse sentido: MÚRIAS. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, p.159-161; RANGEL. *O ônus da prova no processo civil*, p.91-92.

⁴⁹⁰ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.64-65.

modo geral, a contratos celebrados com instituições financeiras; (2) Contratos de conta corrente, cartões de crédito e títulos de crédito; (3) Falência, quebra e concurso de credores; (4) Existência de grupos econômicos ou societários; (5) Uso de marcas; (6) Matéria laboral e seguridade social (alcançando os seguintes temas: relações de trabalho; jornada superior à legal; horas extras; montante de remuneração; danos morais; tarefas relacionadas à incapacidade laboral; assédio moral; cobrança de pensão); (7) Contratos de locação, doação e contratos em geral nos quais haja reclamação de lesão, mora ou danos morais; (8) Ações indenizatórias (alcançando as seguintes matérias: culpa da vítima, prova do prejuízo, vício na coisa, fato de menor, reparação de veículo, lucros cessantes, telefonia, responsabilidade médica)⁴⁹¹, dentre outros. Pelo que se observa, a maioria dos casos argentinos é constituída em matéria de relações de consumo e direito do trabalho, ramificações que, também no Brasil, trabalham com a técnica da dinamicização, por meio da inversão do ônus probatório.

No contexto alemão, de acordo com Carlos Alberto Carbone, a teoria do ônus dinâmico encontra apoio na jurisprudência atual do Supremo Tribunal de Justiça. A aludida Corte tem a aplicado técnica de dinamicização aos casos de: (1) responsabilidade médica por culpa gravíssima; (2) responsabilidade em matéria de relações de consumo (§ 823 e 826 do BGB e Lei de Responsabilidade por produtos elaborados – *produzenthftungsgesetz*); (3) condições gerais de contratação, dever de informação e esclarecimento nos negócios jurídicos; (4) direito do trabalho; (5) contratos financeiros (de consumo) e; (6) em matéria de meio ambiente. Ainda de acordo com Carbone, as bases legal e material para a aplicação da referida teoria, no ordenamento alemão, podem ser encontradas nos §§ 282, 285, 831, 891, 892 do BGB e em leis de proteção de produtos elaborados e profissionais⁴⁹².

A técnica do ônus dinâmico encontra igualmente acolhida na Espanha. Anotam Carbone e Peyrano que os espanhóis reconheceram a insuficiência do critério de repartição estática do ônus probatório, mediante a análise de certas situações criadas pela aplicação rígida do disposto no art. 1214⁴⁹³ do Código Civil Espanhol. De acordo com os mencionados autores, o citado dispositivo era duramente criticado pelos teóricos espanhóis, em razão da incorreção técnica decorrente da referência à prova de obrigações e não à prova dos fatos, além da ausência de menção a fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

⁴⁹¹ BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 287/307.

⁴⁹² CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 210.

⁴⁹³ O referido dispositivo, segundo os autores, impunha a prova da obrigação àquele que reclamava o seu cumprimento e de sua extinção àquele que lhe opunha.

Tal motivo teria feito com que teóricos e Tribunais espanhóis trabalhassem na tentativa de aperfeiçoar a interpretação e aplicação do dispositivo.

Isso permitiu certa flexibilização nos critérios de distribuição do ônus da prova, baseada particularmente na ideia de que as partes teriam a “*obligación de colaborar com o órgão judicial para a descoberta (desvendamento) da verdade*”⁴⁹⁴. Além disso, teria se consolidado, naquele país, a compreensão de que o ônus de provar deveria ser distribuído no caso concreto, de acordo com os princípios da facilidade e da normalidade (ou seja, quem normalmente tem a possibilidade de provar). Formulou-se, então, no contexto espanhol, conforme noticiam Peryano e Carbone, entendimento no sentido de que a prova deveria ser exigida de quem normalmente tivesse à sua disposição dados de fatos fáceis de provar, que importassem na resolução da controvérsia e que, sem embargo, pudessem resultar de difícil acerto ou prova para a parte contrária⁴⁹⁵.

Alertam ainda Peryano e Carbone que, além da noção genérica do ônus dinâmico empreendida pelas jurisprudência e doutrina espanholas, os trabalhos para a elaboração da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no início da década de 1990, também foram de suma importância para a consolidação da teoria no país. Inicialmente, houve a intenção de permanência isolada dos critérios clássicos da distribuição do ônus probatório. Todavia, devido à intensa mobilização por parte da comunidade jurídica local (principalmente de juízes) propôs-se um acréscimo ao *Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. O argumento era de que a distribuição do ônus da prova deveria se dar no caso concreto, em função da proximidade ou domínio do fato por cada uma das partes⁴⁹⁶. A proposta acabou prevalecendo no texto final da legislação e seu conteúdo está enunciado no art. 217 da Lei nº1/2000 - dispositivo que expressa a possibilidade de deslocamento do ônus da prova, em razão do critério de maior facilidade na sua produção. A regra dinâmica, no entanto, também na Espanha, como ocorre nos demais países acima citados, insere-se como técnica complementar e subsidiária à regra estática. Isto é, mantém-se o critério tradicional na legislação espanhola e invoca-se o ônus dinâmico apenas quando aquele se mostrar insuficiente.

Há previsão de regulamentação legal da técnica do ônus dinâmico, também no *Código Modelo de Procesos Coletivos para a Ibero-América*, art. 12, §1º⁴⁹⁷. No cenário brasileiro,

⁴⁹⁴ CARBONE. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.211.

⁴⁹⁵ CARBONE. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.212.

⁴⁹⁶ CREMASCO. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 70, nota 1.

⁴⁹⁷ “§1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver melhores conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem

o discurso atual é pela implementação de normas que regulamentem e deem efetividade à teoria do ônus dinâmico, tornando-a um direito assegurado às partes nos casos de dificuldade de acesso à prova ou prova diabólica. A teoria, inclusive, já se encontra prevista no ordenamento pátrio de modo mais restrito, no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

4.7 O ônus dinâmico no direito brasileiro

No âmbito do processo coletivo, a noção incorporada pelo *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América* refletiu-se nos Códigos-Modelo elaborados no Brasil. Há recepção do ônus dinâmico no *Código Modelo para Processos Coletivos elaborado por Antônio Gidi*, artigos 11, 12 e 13⁴⁹⁸; no *Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo* (PL nº.5.139/2009), art. 20, IV, V, VI e VII⁴⁹⁹; no *Anteprojeto de Código de Processo Coletivo* elaborado em conjunto pelos programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, art. 19, § 1º⁵⁰⁰ e, finalmente, no *Modelo de Código de Processo Coletivo de Ações Temáticas*, elaborado pelo

econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo de Direitos do Grupo”. (DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. IV, p.302).

⁴⁹⁸ “Artigo 11. Ônus da prova. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis; Artigo 12. Custo da Prova. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para a outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas. Artigo 13. Prova Estatística. O uso da prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção”. (DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. IV, p.301).

⁴⁹⁹ “Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: [...]IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração; V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas; VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa; VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; [...]” (BRASIL. Projeto de lei 5.139/2009, *Anteprojeto do Código de Processo Coletivo*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 04.08.2013).

⁵⁰⁰ “§ 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora”. (DIDIER JR.; ZANETI JR. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v. IV, p.302).

Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/Minas, sob a coordenação do Professor Vicente Maciel, art. 14⁵⁰¹.

Em termos de processo coletivo, acredita-se que a aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, subsidiária ou complementarmente à regra geral do art. 333 do CPC, como já se disse, seja extremamente benéfica e proveitosa, porque facilitadora da reconstrução dos fatos com maior grau de verossimilhança.

Nos processos de natureza coletiva, a discussão de direitos transindividuais quase sempre (exceto no caso de direitos coletivos *stricto sensu*) impede a individuação precisa das partes envolvidas pelo provimento, antes da exibição de documentos pela parte contrária. E, ainda assim, isso só ocorre a partir da fixação dos pontos controvertidos pelo juízo. É comum que se depare, no curso de demandas coletivas, com a alteração do objeto ou da causa de pedir iniciais mediante a apresentação de documentos novos ou alegações da parte contrária. O objeto dos processos coletivos é fruto da argumentação compartilhada dos destinatários do seu provimento, de modo que nenhuma parte sozinha consegue construir, por meio das provas que reúne, uma situação coletiva com um grau de verossimilhança satisfatório ou que reflete a realidade dos atingidos.

Logo, são essenciais nos processos coletivos, tanto a detida análise do caso concreto, com a fixação pormenorizada dos pontos controvertidos, quanto a repartição do ônus probatório segundo as informações que foram colhidas até a fase saneadora, a fim de que se reúna o maior número de elementos de prova possível.

Cumpra advertir que, no recinto coletivo, os órgãos e entidades que estão legitimados por lei à propositura das ações, nem sempre têm acesso à prova documental referente a determinado fato ou à extensão das lesões impingidas a um número 'x' de vítimas do evento discutido, ou ainda, reúnem condições fáticas e técnicas para fazê-lo. Frequentemente, a prova

⁵⁰¹ “Art. 14. Encerrada a fase de formação participada do mérito, fixados os pontos controvertidos e delimitados os meios de prova necessários à discussão (artigos 12 e 13), o juiz distribuirá dinamicamente o ônus da prova, através de decisão fundamentada e que garanta o contraditório entre as partes. §1º A fixação das regras do ônus da prova deverá levar em conta as particularidades do caso concreto, as especificidades do fato a ser provado, as condições técnicas e econômicas de acesso aos meios de prova, além da eventual presença de prova diabólica; §2º Receberá o ônus da prova de determinado fato aquele que detiver melhores condições de dele se desincumbir, de acordo com os critérios previstos no §1º; §3º Os encargos financeiros para a produção da prova correm por conta daquele que recebeu o ônus de produzi-la, salvo a hipótese de hipossuficiência econômico-financeira, caso em que aplicar-se-á o disposto no art. 15 deste Código; §4º Ausentes as hipóteses de distribuição dinâmica, as regras de fixação do ônus da prova obedecerão ao previsto no art. 333 do Código de Processo Civil.” (Modelo de Código Brasileiro de Processo Coletivo por Ações Temáticas. Trabalho apresentado ao programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no 2º sem./2012, sob a coordenação do professor Vicente de Paula Maciel Júnior. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/>. Acesso em 03.09.2012).

se torna de difícil produção para o autor, se não houver determinada conduta probatória, ainda que mínima, por parte do réu.

Assim, diante da complexidade das demandas coletivas, do impacto social causado pelos direitos discutidos, número de pessoas atingidas e dificuldade na obtenção da prova antes da fase instrutória (principalmente quando se trata de direitos difusos e individuais homogêneos), compreende-se que distribuir-se dinamicamente o ônus probatório, em consideração às particularidades do caso concreto, após a fixação dos pontos controvertidos, é técnica procedimental adequada ao processo coletivo. Isto porque, repita-se: o ônus dinâmico há de levar em consideração os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes, segundo a maior facilidade em sua demonstração, bem como as condições técnicas e econômicas de acesso aos meios de prova, além da eventual presença de prova diabólica.

Entretanto, em razão de não se ter aprovado (até o presente momento) diploma legal que, no contexto brasileiro, regulamente unicamente o procedimento a ser seguido nos processos coletivos (atualmente regulados pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, Lei das Ações Civas Públicas – Lei 7.347/85, Lei de Ação Popular – Lei 4.717/65, Lei do Mandado de Segurança – lei 12.016/09, Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98) a aplicação das regras do ônus dinâmico, nesta espécie de processo, segue os critérios definidos no art. 6º, VIII do CDC ou aqueles elaborados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores à revelia da reserva de lei.

Em relação a processos que envolvam a discussão de direitos de natureza individual (que, obviamente, não caracterizem relações de consumo), pode-se dizer que, desde 1973, já existe possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro (ainda que não nos moldes argentinos), de se dinamicizar as regras de distribuição do ônus da prova. Como dito alhures, o Código de Processo Civil atualmente vigente prevê, desde a sua origem, a possibilidade de se distribuir de maneira diversa o ônus da prova, por convenção entre as partes (desde que esta não recaia sobre direito indisponível da parte, nem torne a uma parte excessivamente difícil o exercício de um direito: art. 333, parágrafo único CPC/1973).

Trata-se, contudo, de redistribuição convencional e que, portanto, não se opera a critério do juízo. A possibilidade legal de redistribuição *ope judicis* (a critério do juiz) do ônus da prova fica reservada às relações de consumo e está respaldada no dispositivo do art. 6º, inciso VIII do CDC. O aludido dispositivo estipula a possibilidade de inversão do ônus em favor do consumidor, nas hipóteses de verossimilhança de suas alegações ou hipossuficiência (financeira, técnica ou jurídica).

Em relação à citada disposição, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a regra se encontra:

“[...] ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados e que a parte contrária possui informação e meios técnicos aptos à produção da prova, que se excepciona a distribuição ordinária do ônus⁵⁰²”.

Quanto ao momento procedimental para aplicação da inversão no âmbito das relações de consumo, o STJ tem entendido que deve ocorrer *“preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade⁵⁰³”.*

Em voto proferido no REsp nº802.832/MG, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, assim se manifestou:

“Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante. [...] A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.[...] Assim, a inversão ope judicis do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.⁵⁰⁴”

Em que pese a ausência de disposição normativa que defina, com precisão, os preceitos para a aplicação da técnica de dinamicização dos ônus probatórios (na matriz pura, originariamente concebida pelos Tribunais e teóricos argentinos) e eventualmente incidente em toda qualquer espécie de processo em que se visualize condições para a sua aplicação, após ganhar adeptos de peso na literatura jurídico-processual brasileira, o ônus dinâmico tem sido aplicado em larga escala pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em casos de processos envolvendo matéria ambiental, por exemplo, a Corte Superior tem admitido a flexibilização do modelo estático de distribuição do ônus, como reflexo da regra prevista no art. 6º, VIII do CDC, a fim de *“corrigir eventuais iniquidades práticas”*, por

⁵⁰² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 4ª Turma, REsp nº720.930/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009, DJE 09 de nov. 2009.

⁵⁰³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Seção. REsp nº802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 21 de set. 2011.

⁵⁰⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Seção. REsp nº802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 21 de set. 2011.

força dos princípios da solidariedade, facilitação de “acesso à justiça”, “efetividade da prestação jurisdicional, combate à desigualdade material”, cooperação e, particularmente no que respeita à matéria ambiental, o princípio da precaução.

Confira-se parte da ementa lavrada no julgamento do REsp nº 883656 / RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin que reflete bem essa tendência:

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

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

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. [...] 10. Recurso Especial não provido.⁵⁰⁵”

⁵⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp nº 883656/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.03.2010, DJe 28 de fev. 2012.

O STJ admitiu, igualmente, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria de: (1) procedimento monitorio⁵⁰⁶; (2) exibição de extratos bancários e documentos⁵⁰⁷; (3) reprodução de imagem não autorizada em site de internet⁵⁰⁸; (4) exibição de valores de empréstimo compulsório de energia elétrica⁵⁰⁹; (5) erro médico⁵¹⁰; (6) responsabilidade médica em cirurgias plásticas⁵¹¹.

Em todas as hipóteses citadas, referido Tribunal assentou que existe um limite para a aplicação da técnica do ônus dinâmico, já que

“à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria⁵¹²”.

Assim, apesar da inexistência, pelo menos por ora, de dispositivo legal que dê guarida à aplicação da teoria da distribuição dinâmica, fixando-a conforme o devido processo legal, tem-se que, independentemente da matéria e sem comprovação de verossimilhança ou hipossuficiência, a técnica tem encontrado boa acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disse-se, pelo menos ora, porque a tendência é de se obter a regulamentação legal do ônus dinâmico como critério subsidiário e complementar ao estático (a exemplo do que ocorre na Espanha), aplicável às relações civis de um modo em geral e em particular ao processo coletivo, o mais rápido possível.

A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova já encontra acolhimento no projeto de Projeto Novo Código de Processo Civil Brasileiro, em votação no Congresso Nacional desde 2010 (anterior anteprojeto 266/2009, posteriormente PL n.º.8.046/2010 aprovado no Senado em 15 de dezembro de 2010). Após sucessivas substituições de relatoria na Câmara dos Deputados, foi nomeado como relator do projeto naquela Casa, o Deputado Paulo Teixeira que, por sua vez, elaborou um substitutivo preliminar do texto aprovado no Senado

⁵⁰⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. REsp n.º 1084371/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrihgi, j. 01.12.2001, DJe 12 de dez. 2011.

⁵⁰⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. REsp n.º 896435/MG. Rel. Ministra Nancy Andrihgi, DJe 09 de nov. 2011.

⁵⁰⁸ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. REsp n.º 1135543/SP. Ministra Nancy Andrihgi, j. 22.05.2012, DJe 07 de nov. 2012.

⁵⁰⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Trma. AgRg no AREsp n.º 216315 / RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.10.2012, DJe 06 de nov. 2012.

⁵¹⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 1ª Turma. REsp n.º 803995/RS. Rel. Min. José Delgado, j. 28.08.2006, DJ 18 de set. 2006, p.284.

⁵¹¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Seção. REsp n.º 1.395.254/SC, Rel. Min. Nancy Andrihgi, DJe 18 de out. 2013.

⁵¹² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 4ª Turma. REsp n.º 619148/MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 20.05.2010, DJe 01 de jun. 2010.

(ainda não integralmente votado). No texto relatado pelo Deputado Paulo Texeira, a regra do ônus dinâmico se encontra expressa no §§1º e 2º art. 380. A hipótese, tal qual prevista, permitirá, segundo defendem seus precursores, a supressão das deficiências causadas pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus.

Numa perspectiva situacionista de análise das circunstâncias do caso concreto, o novo dispositivo autorizaria a atribuição da conseqüência processual negativa vinculada à determinada prova àquele que detiver melhores condições de produzi-la, considerando as circunstâncias do caso concreto, as peculiaridades do fato a ser provado e a necessidade de se corrigir eventuais problemas causados pela prova diabólica⁵¹³. O substitutivo do relator Paulo Texeira também procura atribuir os encargos financeiros relativos à produção da prova, àquele que recebe o seu ônus a partir da decisão de redistribuição⁵¹⁴. E ainda, coloca como limite para aplicação da regra dinâmica, o fato de que a redistribuição não poderá importar na atribuição de prova impossível ou excessivamente difícil à parte que recebe o ônus.

Para aplicação correta do dispositivo do § 1º do art.380, o projeto prevê, no seu art. 364, a estrita e fiel observância da fase de saneamento, mediante a fixação precisa dos pontos controvertidos. Há uma especial (e relevante) preocupação do legislador ordinário com o fato de que, antes de se redistribuir o ônus da prova, é preciso se garantir segurança jurídica e liberdade às partes. Diante dessa necessidade, deve o juízo decidir todas as questões processuais pendentes, delimitar precisamente os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção. E, somente se preenchidas as hipóteses legais, prevê a pretensa legislação, deverá distribuir dinamicamente o ônus da prova acerca de determinado fato (art. 364, III). Só nesta fase procedimental, a parte poderá ter a oportunidade de efetivamente se desincumbir do ônus que recebeu, além de ter ciência do real alcance de sua tarefa probatória.

A proposta Paulo Texeira ainda tem o crédito de incorporar, em seu inciso XIII do art. 1028⁵¹⁵, a possibilidade de manifestação de recurso ao agravo de instrumento em caso de

⁵¹³A redação do relatório Paulo Texeira, nesse aspecto, melhorou muito em relação aos projetos anteriores. Mais a respeito da nova dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto do novo CPC, ver: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p.675-679. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵¹⁴ Referida disposição não existia no projeto aprovado no Senado que deixava os encargos com a parte inicialmente onerada, criando uma esdrúxula e inexplicável situação. Como justificativa da alteração, ver: *Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10*, p. 201-202.

⁵¹⁵ “Art. 1028. Além de outros casos previstos em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que: [...] XIII – redistribuir o ônus da prova nos termos do §1º do art. 380; [...].”(BRASIL. *Novo CPC Substitutivo Final – Emenda Aglutinativa Substitutiva Global – texto provisório*. Relator Deputado Paulo Texeira. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/178164981/Novo-CPC-Substitutivo-FINAL-Emenda-Aglutinativa-Substitutiva-Global-Texto-provisorio>. Acesso em: 23.10.2013).

aplicação inadequada da técnica dinâmica de distribuição do ônus da prova (conforme §1º art. 380 do projeto). A previsão é louvável porque permite à parte prejudicada, a manifestação imediata de recurso, em situações nas quais visivelmente, a técnica não deveria ser aplicada. O recurso contíguo evita eventuais prejuízos temporais, decorrentes de futura cassação de sentença que possa vir a determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo* para a produção de novas provas. Caso aquele que tiver recebido o ônus de produzir provas, por ocasião da aplicação do §1º do art.380, entenda que dele não pode, não está obrigado ou não tem condições de se desincumbir com certa margem de liberdade, poderá, desde logo, manifestar recurso ao Tribunal. A possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento diminui os riscos de morosidade, materializando as garantias da duração razoável do processo e do duplo grau de jurisdição.

Ao acolher a teoria da carga dinâmica, a proposta do relator Paulo Teixeira alude, de um modo geral, a todos os fundamentos invocados pela literatura jurídico-processual e jurisprudência brasileira e estrangeira, para afastar a incidência de prova diabólica, bem como a dificuldade excessiva no acesso à prova por parte do inicialmente onerado. Parece o legislador brasileiro prestigiar a liberdade da parte na assunção de suas faculdades, poderes e ônus processuais, pois à medida que se remove da parte onerada a dificuldade na produção da prova, através da atribuição do ônus àquele que tem maior facilidade em produzi-la, permite-se o exercício livre do direito à produção de provas ou a assunção consciente da desvantagem processual àquele vinculada. Aqui, já não se aponta a possibilidade de se ocorrer, consoante foi dito, a atribuição de um dever de prova à parte que recebe o ônus a partir da decisão que o redistribuiu.

Isso porque, com a previsão legal da técnica, garante-se segurança jurídica à parte onerada pela redistribuição que já tem ciência, desde o início processo, de que esta possibilidade pode vir a ocorrer no curso do processo. A redistribuição assentada em bases normativas não traz grandes impactos na compreensão da noção de ônus da prova conectada ao modelo constitucional de processo democrático. Aliás, acredita-se que a técnica positivada permitirá às partes, em condições de igualdade, produzirem prova de acordo com os instrumentos que têm a sua disposição no caso concreto, contribuindo, assim, para que ambas possam efetivamente influir na construção do pronunciamento decisório. Além disso, a regra da distribuição dinâmica legal do ônus atenua, de certa forma, conforme já mencionado, os poderes instrutórios do magistrado, já que a aplicação da técnica reduz espaço para a

produção de prova oficiosa, contribuindo para que o juízo mantenha a equidistância necessária ao desempenho adequado e impessoal de sua função.

A despeito de tudo isso, opina-se no sentido de que as hipóteses de aplicação do ônus dinâmico sejam mais casuísticamente definidas pelo legislador do novo CPC, a fim de se evitar a aplicação arbitrária e subjetiva da técnica a situações que, nem de longe, justificariam a sua incidência. O dispositivo do § 1º do art. 380, na proposta do relator Paulo Texeira, além de não prever situações objetivas e específicas nas quais a distribuição dinâmica deve ser aplicada, também não confere à técnica o *status* de dever do órgão jurisdicional, a ser obrigatoriamente observado toda vez em que as hipóteses que a justificam ocorram. A redação do modo como está, torna a técnica dinâmica uma faculdade do juízo, cuja aplicação fica a seu livre e prudente arbítrio. Neste ponto, o dispositivo é verdadeiramente problemático porque, ao invés de valorizar o diálogo democrático paritário, possibilitando a efetiva participação das partes na produção da prova, a regra pode ter efeito reverso.

Enquanto faculdade do órgão jurisdicional, a previsão da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, confere excessiva margem de discricionariedade do juízo (cujo limite divisório, na prática forense, infelizmente é muito tênue da arbitrariedade). Diante da imprecisão, pode-se transformar o ônus num verdadeiro dever de prova para aquele que o recebe após decisão de redistribuição. Assim, mais adequado seria se fossem acrescentados ao §1º do art. 380, novos incisos que contenham a previsão de situações objetivas, extraídas, por exemplo, das hipóteses mais comumente visualizadas na prática do foro⁵¹⁶, nas quais se justificaria a aplicação da técnica do ônus dinâmico sempre, de modo a atenuar a margem de discricionariedade do juízo. Ademais, é preciso destacar que a técnica do ônus dinâmico é uma via alternativa e não deve figurar como regra.

Na incidência do módulo estático de distribuição do ônus probatório, existem outras hipóteses de técnicas procedimentais (previstas na lei) que acabam tendo o mesmo efeito prático da técnica de dinamicização e que já respondem consistentemente às situações de dificuldade, por exemplo, de acesso a documentos, coisas, ou ainda, dificuldade técnica ou financeira na produção da prova⁵¹⁷. Entre estas e a técnica de distribuição dinâmica, deve-se preferir as primeiras, por conferirem maior segurança jurídica às partes. Apenas nos casos de prova diabólica, de difícil produção (delimitados em lei) ou nas hipóteses em que regras

⁵¹⁶ A conjugação das hipóteses em que o STJ tem corriqueiramente dinamicizado o ônus probatório, com uma cláusula mais genérica que reunisse os pressupostos objetivos para aplicação da técnica do ônus dinâmico a outros casos que preencham os mesmos requisitos das situações normatizadas, talvez resolvesse o problema da excessiva abertura interpretativa contida no dispositivo hoje existente no texto do relator Paulo Teixeira.

⁵¹⁷ Nesse sentido, reportar-se ao que foi exposto na nota de nº479.

procedimentais já existentes não apresentem respostas à situação concreta, é que se deve recorrer ao ônus dinâmico, justamente em razão dessa possibilidade de abertura à arbitrariedade em sua aplicação.

Conclui-se, por fim, que a previsão normativa da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova no projeto de novo CPC, ainda que não tenha redação ideal, caso aprovada, suprirá o déficit de legitimidade atualmente existente na aplicação da referida teoria. A utilização da teoria do ônus dinâmico, sem qualquer balizamento legal específico, viola o princípio de reserva legal, - corolário de legitimação de todos os atos do poder estatal no Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, a fim de que as decisões tomadas pelos tribunais neste sentido sejam legítimas, é essencial que se regulamente, por lei e disposições taxativas, a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, evitando margem à arbitrariedade.

A seguir, retorna-se à análise da problemática associação entre prova e verdade, bem como às suas consequências hermenêuticas e práticas. O enlace temático entre estas concepções, - descriterioso, atécnico e livre de demarcação teórico-científica -, pode acabar desembocando em correlações ou compreensões equívocas de outros institutos processuais, comumente conectados ao ônus da prova. Procurar-se-á desfazer alguns desses equívocos, tecendo crítica em relação a algumas posições.

CAPÍTULO V

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: uma releitura de associações e concepções equívocas

5.1 O problema da verdade e o processo

Não é recente a indagação sobre o conceito de verdade ou a busca por “um critério de verdade”. O campo teórico de discussão sobre a noção de verdade é vasto⁵¹⁸ e está presente em praticamente todos os ramos do conhecimento. No direito processual, o recrudescimento das visões socializadoras do processo (especialmente nas décadas de 1970 a 1990) contribuiu para o fortalecimento da relação verdade-processo. A perspectiva social-instrumental que conferiu peculiar missão social e ética à função jurisdicional, tornou o processo jurisdicional uma espécie de máquina reprodutora da verdade institucionalizada pelo Estado.

A partir dessa orientação fortaleceram-se uma série de procedimentos jurisdicionais e institutos processuais que guardam particular identidade com a noção de verdade. Mas como, afinal, o processo civil se tornou excessivamente apegado à ideia de persecução da verdade? O que teria levado os processualistas a associarem a abstrata e quase que inalcançável concepção de verdade à compreensão de justiça⁵¹⁹ ou à eficácia da decisão?

Não há exagero algum em se afirmar que a simbiose (quase somática) existente entre verdade e processo talvez seja a responsável pelo processo civil que se dispõe atualmente⁵²⁰, de produção ritual da “verdade”. Indo além: não é excessivo afirmar que este forte imbricamento temático entre processo e verdade talvez seja o sustentáculo da clássica divisão das fases procedimentais (conhecimento, execução e cautelar), bem como sirva de fundamentação a uma série de institutos processuais que visam à segurança jurídica, a

⁵¹⁸ GARREL. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*, p.12.

⁵¹⁹ Em severa crítica à *teoria instrumentalista do processo*, que acolhe o termo *justiça* de forma não esclarecida, limitando-se a apresentá-la como um objetivo a ser alcançado pela jurisdição, Rosemiro Pereira Leal aponta que “*não se sabe se justiça é o Poder Judiciário, se é o resultado de um julgamento popularmente aplaudido, se um valor só perceptível pelo solipsismo da jurisdição ou um valor que esteja acima da lei e que seja o fim último de uma sociedade ideal e carismática ainda a se construir sobre princípios não esclarecidos de uma eticidade social de vocação hegeliana.*” Desde modo, a aceitar sem reservas tais colocações, “*o processo se transfigura em estranha ritualística de judicância carismática, num retrocesso desalentador que chega às raias do hermetismo, porque só plenamente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo da divindade.*” (LEAL. *Teoria geral do processo*, p.53 e p.172).

⁵²⁰ ISAIA, Cristiano Becker. *A decadência do procedimento ordinário diante da noção de verdade no processo civil moderno*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c3a690be93aa602e>. Acesso em: 21.08.2013.

previsibilidade, à padronização decisória⁵²¹. Até mesmo o instituto da coisa julgada⁵²² se encontra interligado à concepção de verdade. O regime de produção da dogmática “verdade” constitui um dos pilares da estruturação da ordinariedade no processo civil (instrumental) hodierno.

Nicola Abbagnano sintetiza a noção de verdade como “*validade ou eficácia dos procedimentos cognitivos; qualidade em virtude da qual um procedimento cognitivo qualquer torna-se eficaz ou obtém êxito*”⁵²³. O conceito vulgar apresentado pelo autor (apesar de não estar vinculado ao direito ou ao processo) reflete, justamente, a opção de verdade dos instrumentalistas: verdade como sinônimo de eficácia, de eficiência, e, conseqüentemente, da inesclarecida “justiça” na “tutela” jurisdicional. Defende-se que a validade dos procedimentos jurisdicionais está diretamente associada ao necessário desvelamento da “verdade” acerca dos fatos. A aludida posição é insustentável na perspectiva de processo jurisdicional democrático, conforme se verá.

Além disso, para os teóricos ligados ao movimento socializador-instrumental do processo, a prova, quase que de modo inevitável, relaciona-se à tarefa do juízo de desvelar a verdade dos fatos. “*A prova é o farol da verdade*”, defendem os teóricos ligados à escola. Como se a representação teórica ou o enunciado linguístico, traduzidos pelo instrumento de prova, fossem capazes de denunciar todas as circunstâncias e peculiaridades ocorridas na realidade fática. A “verdade” instrumental intenciona, ainda, atingir os objetivos da segurança jurídica pela previsibilidade (padronização) decisória e rapidez procedimental, garantindo ao jurisdicionado uma resposta que reputa “verdadeira e justa”.

Diante de tais posturas, surgem outras indagações, quase que de modo automático: O que os instrumentalistas entendem como verdade no processo jurisdicional? Esta, realmente, deve ser uma preocupação nos procedimentos democráticos de produção decisória? A busca da verdade como finalidade da prova ou como objetivo perseguido nos processos jurisdicionais demandaria divagações filosóficas intermináveis, na tentativa de se encontrar (inutilmente) uma resposta unânime para a pergunta “o que é verdade?”. Pergunta esta que,

⁵²¹ ISAIA. *A decadência do procedimento ordinário diante da noção de verdade no processo civil moderno*.

⁵²² Alertam Marinoni e Arenhart que “*até a Idade Média, partindo-se de uma lição de Ulpiano (D.1.5.25), a natureza jurídica da coisa julgada era fundada na presunção de verdade sobre os fatos versados na sentença. A escolástica via na verdade o objetivo básico do processo: essa era a premissa menor do silogismo (fato) a ser aplicada à premissa maior (matéria de direito) a fim de se chegar à conclusão (decisão). [...] Aí está a razão de toda a relevância, para a doutrina processual, da verdade substancial. Eis a função primordial do processo: conhecer (cognoscere); e essa é a matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional.*” (MARINONI; ARENHART. *Prova*, p. 29).

⁵²³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e rev. por Alfredo Rossi. Revisão de tradução Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.1182.

repita-se, ocupa “*posição central na história do pensamento humano: seja na filosofia, na religião, na lógica ou na linguagem*”⁵²⁴”.

Pretende-se demonstrar neste capítulo, como a associação entre verdade e processo tornou-se consistente com o advento da concepção publicística-socializadora-instrumental de processo. Tal perspectiva, fortalecida a partir do movimento de Acesso à justiça, como já esclarecido, outorgou aos juízes a tarefa de implementação de uma inesclarecida “tutela justa”, tornando a estrutura procedimental para a produção da prova, no processo civil, um genuíno instrumento produtor de “verdades”, por meio das decisões.

O enlace entre o processo e a questão da verdade, talvez tenha se dado inicialmente por influência da filosofia e da epistemologia que manifestam, frequentemente, a preocupação com a definição de conceito de verdade ou procuram por um critério de verdade. Esta preocupação aparece na reflexão trivial dos processualistas ligados à escola socializadora do processo. Por tal razão, far-se-á um breve apontamento de algumas *teorias da verdade* surgidas na filosofia e na epistemologia, sem qualquer pretensão de esgotamento ou aprofundamento no tema.

5.2 As teorias da verdade

Krings, Baumgartner e Wild destacam que todos os intentos filosóficos de definir um conceito de verdade têm como ponto de partida ou referência, sob um aspecto positivo ou negativo, a clássica fórmula de verdade como adequação, a qual encontra sua definição mais precisa com Tomás de Aquino: *veritas est adaequatio rei et intellectus* (verdade é a conformidade entre a coisa e o intelecto). No lugar de adequação, ainda segundo os autores, identificam-se também os conceitos paralelos de correspondência (*correspondentia*), conformidade (*conformitas*), conveniência (*convenientia*)⁵²⁵.

Nicola Abbagnano, por sua vez, identifica cinco concepções filosóficas clássicas de verdade: verdade como correspondência, verdade como revelação, verdade como conformidade a uma regra, verdade como coerência, e finalmente, verdade como utilidade⁵²⁶.

⁵²⁴ GARREL. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*, p.11.

⁵²⁵ KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph y otros autores. *Conceptos Fundamentales de Filosofia*. Tomo tercero. Barcelona: Editorial Herder, 1979, p.617-618.

⁵²⁶ De acordo com Abbagnano, a teoria da verdade como correspondência sustenta que a verdade é a correspondência entre o intelecto e o objeto (ou entre a representação do pensamento e a coisa). A noção de verdade como revelação ou manifestação, por sua vez, consiste em admitir que a verdade é o que se revela imediatamente ao homem por meio sensação, intuição ou fenômeno (forma empirista); ou, ainda, o que se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (Deus) (forma metafísica). A verdade como conformidade a uma regra ou um

Jacob Bazarrian, a seu turno, define a verdade como o reflexo fiel do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa. É, assim, verdadeiro todo juízo que reflete corretamente a realidade. Para o autor, a verdade é exatamente a correspondência, a concordância, a conformidade, a adequação do pensamento com o ser, do sujeito com o objeto, do juízo com o objeto real, da ideia com a coisa. Bazarrian elenca diversas espécies de verdade, dentre as principais: (1) verdade material, objetiva ou real; (2) verdade formal ou lógica; (3) verdade axiomática ou convencional; (4) verdade axiológica propriamente dita; (5) verdade moral; (6) verdade pragmática; (7) verdade dogmática ou religiosa; (8) verdades fictícias, irreais, verdades-ilusões, verdades-justificações que não são propriamente verdades no sentido sustentado pelos correspondistas⁵²⁷.

Toda teoria da verdade, ainda de acordo com Krings, Baumgartner e Wild, pressupõe ou inclui um conceito de adequação corrigido ou convenientemente interpretado, de modo que, na história, a ideia de adequação desempenha a função de uma fórmula que representa a evolução do conceito de verdade. Referido conceito fundamenta as atuais teoria da verdade como correspondência, teoria semântica (de Alfredo Tarski) da verdade, teoria da evidência, sendo inquestionável que a evolução filosófica desde os pré-socráticos, passando pela clássica filosofia grega até a modernidade demonstra que toda a explicação sobre a verdade foi conduzida no sentido de adequação⁵²⁸.

Na filosofia que pensa segundo a fórmula da adequação, os âmbitos do pensamento, dos enunciados e dos entes já não se conjugam numa realidade fechada e estática (que era óbvia para a filosofia grega). Dissertam Krings, Baumgartner e Wild que a transformação decisiva da verdade da epifania (revelação) para a verdade do juízo (julgamento - *juicio*), no sentido de adequação, foi causada pela transição para a visão de mundo articulada pela língua latina. A tradução de conceitos chave da filosofia aristotélica como *affirmatio* e *negatio* – duas expressões latinas que guardam grande afinidade com a esfera judicial – foi um passo decisivo para o avanço das idéias de verdade do âmbito do falar ostensivo (apofântico) ao âmbito do juízo⁵²⁹ (da discussão), o que acabou conectando a ideia de verdade à vontade.

conceito considera como verdadeiro aquilo que se conforma com “*as leis gerais necessárias do intelecto*” ou não contradiz essas leis. A noção de verdade como coerência defende que o mundo da experiência humana parte do princípio de que aquilo que é contraditório não pode ser real, o que conduz à afirmação de que a verdade ou a realidade é a coerência perfeita. Por fim, a verdade como utilidade aduz que uma proposição só é verdadeira pela sua efetiva utilidade, “*por ser útil para estender o conhecimento ou para, por meio deste, estender o domínio do homem sobre a natureza, ou então por ser útil à solidariedade ou à ordem do mundo humano*”. (ABBAGNANO. *Dicionário de Filosofia*, p.1182-1887).

⁵²⁷ BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade*. São Paulo: Círculo do Livro, 1995, p.146-149.

⁵²⁸ KRINGS; BAUMGARTNER; WILD y otros. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*, p.618.

⁵²⁹ KRINGS; BAUMGARTNER; WILD y otros. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*, p.619.

Em razão disso, as concepções filosóficas de verdade na atualidade, ainda de acordo com os mencionados autores, passaram a conduzir, cada vez mais claramente, a uma identificação entre verdade, certeza e vontade, tendendo, também, a reduzir progressivamente o conceito de verdade a uma dimensão formal-lógica ou lógico-linguística. Nesse sentido, pode-se conceber como verdade aquilo que tem pretensão de validade na fundamentação, ou seja, só pode ser verdadeiro aquilo que possui uma pretensão de validade justificável discursivamente⁵³⁰. Disso resulta que a verdade somente pode ser tratada com marco em um sistema lingüístico-intersubjetivo de referência⁵³¹.

Verdade, dessa forma, seria para Krings, Baumgartner e Wild, uma pretensão de validade justificável discursivamente que articula a revelação de uma coisa em si mesma mediante diversos momentos lingüísticos, ou ainda, verdade significaria a revelação da coisa em si mesma que se articula através de uma pretensão de validade justificável discursivamente⁵³².

E essa compreensão se encontra presente em praticamente todas as concepções de verdade na atualidade, que se movem entre perspectivas que harmonizam aspectos de coerentismo com correspondentismo, debatendo-se com questões de lógica e filosofia da lógica, em torno das relações entre a concepção semântica da verdade⁵³³, o princípio lógico de bivalência e o paradoxo do mentiroso⁵³⁴.

Os conceitos de verdade na filosofia, de um modo geral, estão ligados a sua divisão paradigmática em: ontologia (filosofia do ser ou do objeto, predominante na Antiguidade Clássica), filosofia do sujeito (paradigma típico do iluminismo) e filosofia da linguagem (paradigma argumentativo da pós-modernidade)⁵³⁵. Nesta última, destaca-se a visão de Jürgen Habermas.

A noção de verdade sustentada por Habermas se contrapõe à teoria da verdade como correspondência pura. Para o filósofo alemão, a verdade é uma das quatro pretensões de

⁵³⁰ Por este viés, tem-se que as partes, ao alegarem um fato no processo, formulam enunciados descritivos daquele fato, com pretensão de veracidade, visto que a parte que alega o fato o indica como verdadeiro. (TARUFFO. *Uma simples verdade*, p.149).

⁵³¹ KRINGS; BAUMGARTNER; WILD y otros. *Conceptos Fundamentales de Filosofia*, p.620-621.

⁵³² KRINGS; BAUMGARTNER; WILD y otros. *Conceptos Fundamentales de Filosofia*, p.626.

⁵³³ Blackburn descreve a teoria semântica da verdade como: “*Perspectiva segundo a qual, se se proporcionar uma definição de verdade para uma dada linguagem, obtém-se uma caracterização suficiente do seu conceito de verdade. Não há mais nada a ser descrito em termos filosóficos sobre a verdade em si ou sobre a verdade enquanto partilhada por várias linguagens. Este ponto de vista é semelhante ao da teoria da verdade como descitação*”. (BLACKBURN, Simon. *Dicionário de Oxford de Filosofia*. Trad. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.403).

⁵³⁴ ABBAGNANO. *Dicionário de Filosofia*, p.1187.

⁵³⁵ A respeito das teorias da verdade situadas nestes três momentos filosóficos, ver: PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.213, v.37, 2012, p.161-190.

validade do discurso: verdade, retitude, veracidade e inteligibilidade. Todo enunciado deve conter essas quatro pretensões de validade, sendo que verdade e retitude são pretensões resgatadas discursivamente. A verdade justificada em um discurso teórico e a retitude num discurso prático. É devido às determinações de verdade que Habermas propõe uma situação ideal de fala. A verdade garantiria o consenso racional no discurso, que detém a participação de todos na busca do melhor argumento⁵³⁶. Isto é, o problema da verdade se resolveria no discurso, para o teórico.

Habermas propõe uma espécie de teoria consensual da verdade⁵³⁷, construída a partir do discurso, do diálogo e da comunicação intersubjetiva, porque sua “*condição para a verdade dos enunciados*” estaria na possibilidade de “*assentimento potencial de todos os demais*”⁵³⁸, participantes do debate. De acordo com Manuel Atienza, ao conceber a teoria da verdade consensual, Habermas se vale da seguinte proposição:

*“Só posso [...] atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer um que pudesse entrar em discussão comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto; para distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos me refiro ao juízo dos outros e, na verdade, ao juízo de todos aqueles com quem eu pudesse iniciar uma discussão (inclusive todos os oponentes que eu poderia encontrar, se minha vida fosse extensiva à história do mundo humano). A condição para a verdade dos enunciados é o potencial de assentimento de todos os outros [...] A verdade de uma proposição significa a promessa de alcançar um consenso racional sobre o dito”*⁵³⁹.

Significa dizer: só se pode atribuir um predicado a um objeto quando outra pessoa, com a qual se possa estabelecer um diálogo, também possa aplicar esse mesmo predicado. Dessa forma, só é possível se distinguir sentenças verdadeiras de falsas na medida em que se faz referência ao julgamento de outras pessoas, com as quais se possa dialogar⁵⁴⁰. Nas palavras do autor alemão:

⁵³⁶ DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e Consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*, 2. ed.rev. e ampl. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

⁵³⁷ Segundo Dutra, a teoria da verdade em Habermas serve para justificar a proposta de ética discursiva do filósofo: a ética fundamentada através da comunicação. Todo discurso deve ser proferido com sentido, podendo levar ao entendimento. O consenso é estabelecido por meio da argumentação proferida pela vontade racional do falante, e, só haverá consenso, se todos os participantes argumentarem de forma racional. O princípio que conduz à ética discursiva é o da universalização. O referido princípio é uma reformulação do imperativo categórico kantiano que se transmuta da realidade subjetiva para a intersubjetividade. A universalização ética se faz dentro de um processo dialógico entre os sujeitos. A efetivação da universalidade demonstra-se na admissão de uma pretensão de validade aceita por todos. (DUTRA. *Razão e Consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*, 2005, p.37-38).

⁵³⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002, p.235-236.

⁵³⁹ ATIENZA. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, p.235-236.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 310.

“[...] na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso somos chamados a exercer a virtude cognitiva de empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Devemos então procurar saber como cada um dos demais participantes procuraria, a partir do seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos. O discurso prático pode, assim, ser compreendido como uma forma específica do Imperativo Categórico. Aqueles que participam de um tal discurso não podem chegar a um acordo que atenda aos interesses de todos, a menos que todos façam o exercício de adotar os pontos de vista uns dos outros, exercício que leva ao que Piaget chama de uma progressiva ‘descentralização’ da compreensão egocêntrica e etnocêntrica que cada qual tem de si mesmo e do mundo⁵⁴¹”.

A verdade, para Habermas, implicaria, assim, numa pretensão de validade que deve ser legitimada discursivamente, por meio de argumentos.

‘[...] Habermas transfere esse conceito [verdade] do nível semântico (a verdade como referido ao sentido das proposições ou das normas) para o nível pragmático (a verdade como referida ao que se realiza, ao dizer algo: afirmações, promessas, ordens, etc.). A base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais implícitos no uso da linguagem.⁵⁴²’

O resgate da dimensão dialógica da intersubjetividade e da argumentação em Habermas é de suma importância. Contudo, é relevante destacar que, conforme afirma Manuel Atienza, em Habermas prevalecerá sempre a força do melhor argumento, uma vez que *“o discurso é essa forma ‘peculiarmente improvável’ de comunicação, em que todos os participantes se submetem à ‘coação não-coativa do melhor argumento’, com a finalidade de chegar a um acordo sobre validade ou não validade das proposições problemáticas⁵⁴³”.*

Isto é, o discurso Habermasiano pressupõe um ideal de fala entre *livres e iguais* que permitirá que, quase sempre, as decisões sejam tomadas por maioria, com suposta *“aceitação se a minoria visualizar a esperança de se tornar a maioria futuramente⁵⁴⁴”*. A questão é problemática porque a pretensão de universalização da melhor argumentação pode acabar por anular ou desrespeitar o pluralismo, a diferença, a diversidade que dão força à democracia⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ HABERMAS, Jünger. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.10.

⁵⁴² ATIENZA. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica, p.237.

⁵⁴³ ATIENZA. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica, p.238.

⁵⁴⁴ LODÉA, A.L. *Razão e Consenso em Habermas*. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/.../14669>. Acesso em: 29.08.2013.

⁵⁴⁵ Nesse sentido, argumenta Marcelo Neves: *“Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal como característica da modernidade, sem desconhecer a diversidade de conteúdos valorativos. [...] Ele insiste em um universalismo consensual que lhe dificulta uma consideração adequada da problemática do pluralismo em uma sociedade altamente complexa. Além do mais, a ideia de aceitabilidade dos resultados não responde conseqüentemente ao problema do dissenso estrutural da esfera pública nas condições supercomplexas da sociedade mundial do presente”*. (NEVES, Marcelo. Entre

Para Streck, a verdade consensual proposta pro Habermas não é verdade, porque puramente resultante de uma práxis argumentativa não isenta de pré-compreensões⁵⁴⁶.

Considerando a multiplicidade cultural das atuais sociedades, é difícil imaginar que o consenso representaria as concepções de vida de todos os envolvidos no diálogo. A obtenção de uma opinião pública homogênea poderia vir a desprezar a individualidade ou a diversidade das sociedades contemporâneas. Há “*uma grande parcela de ilusão em acreditar que a razão comunicacional é ‘conciliadora’ e que, portanto, democracia e ‘consenso’ se identificam*”⁵⁴⁷.

Alerta, Goyard-Fabre:

*“As sociedades atuais querem que o legislador ouça a voz dos cidadãos e responda aos anseios da opinião pública. Mas não é absolutamente certo que a verdade da democracia resida na multiplicação de ‘mesas-redondas’ como lugar de discussão ou, como se diz, de ‘negociações’, e, menos ainda, na pressão dos movimentos de protesto, nas petições de todo tipo ou nos slogans da rua. [...] é erro reduzir a modernidade jurídica à expressão de um individualismo calculista; por outro, é uma grande temeridade proclamar, na pós-modernidade, as glórias de uma pós-metafísica que, fundada na teoria intersubjetiva dos atos de fala, forneceria ao direito político novos paradigmas da comunicação e da discussão democráticas. [...] Considerando a conflituosidade inerente à natureza humana, a pluralidade discordante das culturas, como não admitir que uma pesada a suspeita paira sobre o paradigma comunicacional?”*⁵⁴⁸”

O paradigma comunicacional de Habermas não é sinônimo de verdade⁵⁴⁹. Portanto, deve haver certa precaução na aproximação inadvertida das concepções Habermasianas de verdade com o processo democrático.

Sem adentrar aos meandros das críticas tecidas em relação à teoria do discurso e da ação comunicativa de Habermas e, quando mais, sem qualquer pretensão de aprofundamento na análise de sua *teoria consensual da verdade*, - o que demandaria tempo e não é objetivo deste trabalho -, limita-se, aqui, a dizer que as dimensões do diálogo, da comunicação intersubjetiva e da interação que permitem os destinatários do discurso se reconhecerem construtores deste e que foram resgatadas por Habermas, são de fundamental relevância para a construção da noção do processo democrático. No aproveitamento da noção de consensos para a perspectiva da presente reflexão, deve-se compreendê-los, como já foi dito, como

Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 120-121 e 124).

⁵⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63-64.

⁵⁴⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 336.

⁵⁴⁸ GOYARD-FABRE. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p.335-336.

⁵⁴⁹ GOYARD-FABRE. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p.337.

consensos sempre provisórios, formados a partir de espaços não-hegemônicos e permanentemente abertos à revisão⁵⁵⁰.

Por fim, considerando as concepções de verdade analisadas, tem-se que uma possível aproximação ao processo só seria cogitável por uma perspectiva epistemológica (exclusiva) de verdade como pretensão de validade do discurso, na medida em que se concebe que os discursos das partes, destinados à formação compartilhada do juízo, têm uma sempre pretensão de veracidade⁵⁵¹. E isso, de forma alguma significa que a verdade deve ser uma preocupação do processo. Pelo contrário, tal perspectiva aponta nitidamente para a relatividade do conceito verdade e por isso sua associação ao processo é sempre alvo de problemas.

Contudo, a visão que aqui se critica não é especificamente aquela relativa à verdade como pretensão de veracidade presente no discurso das partes. O que se deseja aqui afastar é a concepção de verdade como escopo ou objetivo do processo, já que nesta perspectiva a verdade é confundida com utilidade do provimento. Os teóricos que defendem a verdade como escopo do processo ou objetivo da prova, não estão ligados a uma compreensão epistemológica de verdade, são, ao contrário, em geral adeptos da teoria da verdade como utilidade. Associam a ideia de verdade como fim do processo à sua instrumental utilidade, sustentando que uma sentença é verdadeira na medida em que é útil e justa, ou seja, capaz de concretar o direito material pleiteado⁵⁵² com vistas à pacificação social. E esta compreensão instrumental de verdade, conforme já foi dito demasiadas vezes, é incompatível com a concepção de processo democrático.

5.3 A equívoca compreensão de verdade como escopo do processo instrumental e o mito da verdade real

A exposição acima teve o propósito de indicar que apesar de pontos comuns entre as mais diversas teorias, não há uma única resposta para a pergunta: “o que é verdade?”. E se essa resposta nunca foi alcançada na filosofia ou epistemologia, ciências que se debatem com

⁵⁵⁰ Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: uma discussão necessária*. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/06/1335-por-um-novo-constitucionalismo-por.html>. Acesso em 05.07.2013.

⁵⁵¹ Nesse viés, os enunciados lingüísticos construídos no espaço processual seriam praticamente indissociáveis de uma pretensão epistemológica de verdade como adequação ou correspondência entre fatos e a fundamentação.

⁵⁵² Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/>>. Acesso em 22.08.2013.

o problema desde sempre, não é no processo que se encontrará uma solução definitiva para a indagação.

Há significativa parcela de ilusão em se afirmar que ao direito probatório ou ao processo incumbem a tarefa de revelar a “verdade real”. Provar, em direito e processo democráticos, significa “*representar e demonstrar, instrumentando os elementos de prova pelos meios de prova*”⁵⁵³. E isto conduz à conclusão de que a controvertida acepção de verdade deve se conter nos limites da prova legalmente produzida nos autos, em contraditório.

A grande maioria dos instrumentalistas já chegou à conclusão de que é impossível se chegar à correspondência ideal entre fatos e a afirmação⁵⁵⁴. E, se os próprios teóricos da escola social-instrumental do processo não trabalham integralmente com a ideia de verdade como correspondência pura (por compreendê-la inalcançável), impõe-se, no contexto democrático, a problematização da noção verdade real sustentada por tais teóricos como escopo do processo. O que, afinal, significa ou justifica a noção de verdade dos instrumentalistas?

No processo penal (campo em que a ideia de verdade sempre foi mais forte) o mito da verdade real amparava-se no sistema inquisitório e na compreensão de que o acusado era culpado. Aos julgadores era essencial a concentração de poderes para se garantir a eficácia do procedimento e preservar o *status quo* do acusado. Era preciso munir de poderes o investigador para se alcançar a verdade absoluta nos fatos.

“*Como o procedimento se encerrava quase sempre com a confissão do acusado, a versão acabava sendo confirmada, fazendo prevalecer a tese de que o procedimento inquisitório realmente alcançava a certeza em sua investigação*”⁵⁵⁵. A presença do interesse público no processo, justificava a atuação de um Estado forte, com poderes amplos de investigação da verdade (como sinônimo de justiça). Essa noção de verdade real, amparada em poderes inquisitórios do juízo, fazia, em razão disso, algum sentido no recinto do processo penal⁵⁵⁶.

No âmbito processo civil, no entanto, o recurso ao dogma da verdade real como objetivo do processo, não admite justificativa semelhante. Isso porque tal espécie de processo

⁵⁵³ LEAL. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*, p.50-51.

⁵⁵⁴ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁵⁵ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 256.

⁵⁵⁶ Atualmente, a presença da verdade real na legislação processual penal ainda é forte e a posição ativa do juiz na produção da prova, aliada à possibilidade de reconhecimento da insuficiência de provas (art.386, II do Código de Processo Penal) são temas ainda defendidos na literatura especializada e na jurisprudência, e que refletem bem o ideal de busca da verdade real.

se edifica sob os pilares do princípio dispositivo, do interesse das partes e do sistema acusatório. Logo, a defesa do mito da verdade é (desde sempre) insustentável.

Apesar disso, teóricos do processo civil, em particular aqueles ligados à perspectiva social-instrumental de processo, continuam a falar da busca da verdade como escopo do processo. Tratam a noção de verdade de modo obscuro, sem demarcação científica, com conceitos vagos, carregados de tradição e subjetivismo⁵⁵⁷.

Na defesa do compromisso do processo civil com a verdade, referidos teóricos trabalham pelo reforço de uma atividade diretiva marcante do juízo, autorizando-o à produção oficiosa da prova, independentemente da atividade probatória primária das partes. Atribuem ao órgão jurisdicional “*o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar*”⁵⁵⁸. Admitem e estimulam a atuação ampla e “positiva” do juízo que, para a busca da verdade, terá a seu favor poderes discricionários e vastos critérios de “livre” valoração da prova. Permitem ao órgão jurisdicional externar opiniões inesclarecidas, livremente desamarradas das provas produzidas nos autos, com base em máximas da experiência; ou simplesmente, autorizam o julgamento conforme convicções íntimas, à revelia da lei que rege o caso concreto. Tudo isso com o objetivo de se obter a revelação da verdade no processo.

E não há como se negar que a defesa do aumento desmedido dos poderes judicantes de investigação da verdade esteja intimamente relacionada com as compreensões e objetivos traçados pela escola socializadora-instrumental de processo.

Marinoni e Arenhart (teóricos tradicionalmente ligados a tal perspectiva) afirmam que “*A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados*”⁵⁵⁹. E sustentam a validade da orientação se valendo do argumento de que “*se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir sua tarefa*”⁵⁶⁰.

José Roberto dos Santos Bedaque reforça, ainda mais, esta orientação, afirmando que

“a direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas

⁵⁵⁷ BORGES. *A prova no processo civil democrático*, p.43.

⁵⁵⁸ THEODORO JÚNIOR. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p.9.

⁵⁵⁹ MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.30.

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.301.

*também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade*⁵⁶¹”.

Trabalham, igualmente, nessa defesa teóricos importantes como Barbosa Moreira, José Rodrigues Urraca, Giovanni Verde⁵⁶², Humberto Theodoro Júnior e Mauro Cappelletti.

E os posicionamentos citados amparam-se no núcleo teórico da proposta social-instrumental do processo, conforme dito, porque tal proposta sobrepôs a jurisdição ao processo. Isto conduziu ao fortalecimento dos poderes de direção do Estado-Juiz, à relativização do princípio dispositivo e à incorporação de traços de inquisitorialidade no processo civil. Esta relativização, por sua vez, acabou por introduzir, na estrutura procedimental daquele, o princípio da verdade real, de inegável matriz inquisitória e historicamente associado ao processo penal.

A introdução da verdade real na estrutura do processo civil denuncia o compromisso dos teóricos socializadores em materializar, por meio daquele, os escopos metajurídicos de Dinamarco. A verdade se reproduz como escopo do processo, no objetivo social de concretar, por meio da atividade jurisdicional, aquilo que as funções legislativa e executiva não conseguem realizar, mas que o Estado, como representante da vontade institucionalizada do povo (iconizado / tutelado), continua a perseguir. Por isso, é justificável a presença de um juízo forte que atue positivamente em direção à implementação dessa verdade no processo.

O compromisso do processo civil com a verdade real também se vincula à exigência instrumental de “tutela justa”. De acordo com Humberto Theodoro Jr.:

*“Na visão moderna, social e política, do processo civil, a iniciativa do juiz, em matéria de prova, se insere na ideia ampla de assistência jurídica aos litigantes que recorrem ao Poder Judiciário. A antiga noção de assistência judiciária aos economicamente desvalidos foi substituída pela nova garantia de assistência jurídica a qualquer tipo de necessitado, de maneira que, para tal fim, ‘são necessitados não apenas os hipossuficientes econômicos, mas também os hipossuficientes jurídicos’. Dentro dessa ótica, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade real. Como ensina FRITZ BAUR, ‘antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes’, para decidir de forma justa*⁵⁶³”.

A “prestação” jurisdicional “justa”, por sua vez, satisfaz-se por meio de uma tutela rápida e “efetiva”, em direção “ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação

⁵⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p. 59.

⁵⁶² MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.30, nota 16.

⁵⁶³ THEODORO JÚNIOR. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p.13.

*social*⁵⁶⁴”. Em razão disso, não pode o juízo ser neutro ou indiferente. Deve determinar a produção da prova necessária à “revelação da verdade” para cumprimento de sua missão de pacificar com justiça e rapidez:

*“[...] Essa ativação do juiz [...] visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma ‘assistência judicial’. Isto porque ‘não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis’. Um dos efeitos da adoção do princípio inquisitivo no sistema processual é a influência quanto ao tipo de verdade buscada no processo. Considerando que a lei põe à disposição do juiz amplos poderes investigatórios, não há razão para o processo civil abrir mão da verdade real [...]”*⁵⁶⁵. (Grifo nosso)

Assim, a verdade real que se persegue processo civil instrumental não é sinônimo de simples correspondência aos fatos ocorridos. Não há qualquer preocupação com a reconstrução adequada destes num espaço procedimental de ampla discussão. A verdade real instrumental no processo civil guarda íntima relação com o fortalecimento da presença do Estado no processo e com os objetivos neoliberais⁵⁶⁶ de rápida solução do litígio, previsibilidade das decisões (por meio da padronização decisória⁵⁶⁷) e uma noção deturpada de segurança jurídica⁵⁶⁸ (como decisões impostas de cima para baixo e, portanto, com alto déficit de legitimidade democrática).

Nenhum dos posicionamentos expostos se harmoniza com a concepção de processo democrático sustentada no presente estudo. A certeza de se alcançar a verdade como escopo do processo, não se dá pelos debates ou pelo exercício das garantias processuais discursivas, mas pela via intelectual solitária do julgador. A projeção da verdade real como escopo do processo instrumental conduz à violação das garantias fundamentais da ampla argumentação, do contraditório, da imparcialidade e da própria ampla defesa.

Ao conceder-se ao juízo poderes amplos de gestão, investigação e produção da prova, sem abertura para diálogo em contraditório, o processo civil, na concepção social-

⁵⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p.8. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/>. Acesso em 22.08.2013.

⁵⁶⁵ THEODORO JÚNIOR. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p.13-14.

⁵⁶⁶ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p.157-176.

⁵⁶⁷ Aqui, a ideia de verdade universal é extraída da coisa julgada material derivada da decisão-padrão, coletivamente reproduzida e amoldada a “casos idênticos”.

⁵⁶⁸ A respeito, ver: GRESTA, Roberta Maia. *Segurança Jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil*. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eecca5b6365d9607>. Acesso em: 20.11.2012.

instrumental revela traços marcantes de inquisitorialidade. A verdade, desvelada por meio da estrutura processual, associa-se à ideia de justiça criada nos autos pela força da autoridade: uma técnica de controle social que justapõe diferentes discursos de segurança e previsibilidade⁵⁶⁹.

A mítica assertiva de que a prova desnuda a verdade, como se fora um instrumento mágico, à disposição do juiz, para a transposição do concreto em abstrato e vice-versa⁵⁷⁰, deflagra um discurso autoritário, embebido de um solitarismo judicial, em patente retrocesso à filosofia da consciência. E este discurso se torna ainda mais perigoso porque associado a objetivos neoliberais⁵⁷¹ de justiça quantitativa.

Verdade e certeza são conceitos absolutos. E, por isso, jamais se terá a segurança de se atingir a primeira ou se conseguirá ter acesso à segunda em qualquer processo. À vista disto, não se pode cogitar que a finalidade da prova seja no, processo democrático, como quer o art. 332 do CPC/1973, a “busca ou a revelação da verdade”, num apego mitológico com a ideia de verdade real. A finalidade da prova não é outra senão a determinar e fixar formalmente os fatos no processo, no grau de verossimilhança que se fizer possível. A verdade não é problema da prova nem do processo. Concepções que ainda conectam a verdade como finalidade da prova e escopo do processo, autorizam o juízo a se arvorar “dono da verdade”, valendo-se do discurso ético do que é correto, bom ou razoável, para fazer justiça social.

A vinculação da prova à verdade real, objetivo do processo civil instrumental, revela um mito: o de que é possível se alcançar, de forma absoluta, verdades irrefutáveis pela dicção do juízo solipsista, imbuído da missão de revérbero dos valores uniformemente compartilhados pela sociedade. Isso não foi, não é, nem nunca será “verdade”.

Por tal razão, conforme advertem Ronaldo Brêtas e Carlos Henrique Soares, provar não pode ter relação com a verdade, já que “*Nas democracias, a prova não é parâmetro para a busca da verdade real*”. Ao contrário, a prova deve corresponder ao exercício de uma garantia do devido processo constitucional, diretamente relacionada ao contraditório, pois servirá de amparo à argumentação das partes. A “*busca da verdade dos fatos não é*

⁵⁶⁹ GARRELL, Richard-Paul Martins. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/Minas, 2013, p.145. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GarrellRP_1.pdf. Acesso em 21.08.2013.

⁵⁷⁰ LEAL. *Teoria geral do processo*, p. 174.

⁵⁷¹ NUNES. *Processo jurisdicional democrático*, p.157-176.

responsabilidade do juiz, nem do processo e muito menos da prova”, “a reconstrução argumentativa da prova é o objetivo do processo de conhecimento⁵⁷²”.

Dessa forma, o órgão jurisdicional, ao analisar a prova, deve conter-se na valoração e valorização do resultado da reconstrução fática, independentemente de avaliação ética quanto ao seu grau de justiça ou bondade. Tal resultado é fruto da conjunção de meios argumentativos esteados no instrumento de prova produzido nos autos (consequência do exercício dinâmico de garantias processuais dentro do espaço cognitivo⁵⁷³ de discursividade). Somente nesta via, rompe-se com o padrão autoritário de decisão, concretizando uma das exigências do processo democrático.

No sistema de processo democrático, a prova deve ser compreendida como instituto de demonstração e reconstrução dos fatos em contraditório. E como instituto de representação, o que a prova alcança é tão somente um grau de verossimilhança, como alto grau de probabilidade. Não é possível se gradar certeza, como se, para ser eficaz ou justa, a sentença obtida no processo jurisdicional tenha de ser mais ou menos verdadeira. A palavra verdade, assim, deve extirpada do processo civil, porque a ideia de verdade no processo perpetua a violência simbólica institucionalizada pelo discurso ético do justo.

O que se consegue, por meio do processo, desenvolvido afinadamente com o bloco constitucionalizado (democraticamente pré-decidido) de garantias fundamentais, é, no máximo, uma resposta “acertada”. Isto é, uma decisão construída de acordo com a argumentação livremente desenvolvida pelas partes, num espaço-tempo procedimental adequado, em respeito ao contraditório, à isonomia e à imparcialidade. Uma decisão controlável pelas partes-destinatárias, na qual estas possam se reconhecer também construtoras. O controle da argumentação judicial, pela ampla e irrestrita fiscalidade das partes, permite o alcance de uma *verossimilhança racionalizada*, lúcida, legítima, lógica, no processo, porque a sentença é construída compartilhadamente.

A compreensão de que a prova produzida de acordo com as regras e princípios do processo democrático é capaz de alcançar tão apenas uma *verossimilhança racional*, afasta a compreensão da noção maniqueísta de verdade, ditada solitariamente pelo juízo, como *resposta correta*.

A este respeito, Dhenis Cruz Madeira afirma que, “*por mais que isso provoque estarrecimento e a perplexidade de muitos juristas, é preciso dizer de início: em Direito, a*

⁵⁷² SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. 2.ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.417.

⁵⁷³ SOARES; BRÊTAS. *Manual elementar de processo civil*, p.418.

prova não é (e nunca será) capaz de reproduzir uma verdade. E mais: a Ciência Jurídica não é capaz de tocar a verdade.” Com base na teoria de Karl Popper, o mesmo autor observa que na Ciência Jurídica, *“a verdade não pode pertencer a alguém e o discurso normativo deve admitir a falibilidade de seus próprios apontamentos. Nenhum cientista do Direito ou operador jurídico aponta verdade, mas tão somente, apresenta proposições falseáveis e provisórias”⁵⁷⁴*.

Ora, a construção partilhada e em contraditório do decisório (entre partes e juiz) facilita a eliminação de “erros” e hipóteses improváveis, elevando o grau de verossimilhança das decisões⁵⁷⁵. Não pelo simples consenso, mas em razão da prevalência natural da hipótese mais resistente, que conseguiu responder ou apresentar soluções ao maior número de problemas concretos - respeitadas as garantias do devido processo.

Contudo, nunca se chegará a uma verdade absoluta, inarredável ou imutável. Porque a prova instrumentada é um enunciado que reconstrói elementos de prova e enunciados linguísticos são, quase sempre, falseáveis, falhos. Desse modo, alcançar-se verdade por meio da prova é uma ilusão. Em razão de tudo isso, é que se afirma uma vez mais: deve-se eliminar definitivamente a concepção de “verdade instrumental” como sinônimo de eficácia, eficiência e justiça nos procedimentos jurisdicionais democráticos. A verdade substancial jamais será obtida e, portanto, é inaceitável sua junção à ideia de justiça na configuração da processualidade jurisdicional democrática.

Assim, o único fim que se pode cogitar no processo democrático, advém de sua própria instrumentalidade técnica. A finalidade do processo, numa concepção democrática deste como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, nada mais é que a preparação participada do provimento de mérito, *“gerada na liberdade de participação das partes, pelo recíproco controle dos atos do processo”⁵⁷⁶*.

⁵⁷⁴ MADEIRA. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção do estado democrático de direito*, p.179.

⁵⁷⁵ A referida conclusão se baseia no esquema de *verossimilitude* proposto por Karl Popper em substituição à proposta de verdade Tarskiana. A teoria com maior grau de *verossimilitude*, para o aludido teórico, é aquela que consegue responder ao maior número de problemas, eliminando o maior número de erros. Para explicação do esquema teórico de “verdade” proposto por Popper e a possibilidade de sua aplicação ao processo, de acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo, ver: GARRELL, Richard-Paul Martins. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/Minas, 2013. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GarrellRP_1.pdf. Acesso em 21.08.2013.

⁵⁷⁶ GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 164-165.

5.4 Os poderes instrutórios do juízo, as técnicas procedimentais conectadas à verdade real instrumental e a equívoca redução de funcionalidade da concepção objetiva de ônus da prova

Conforme já foi cogitado acima, a conexão entre a perspectiva de verdade real e o processo instrumental contribuiu para o fortalecimento dos poderes instrutórios do juízo, para a criação de técnicas procedimentais relacionadas à celeridade e à padronização decisória, além de ter sido um incentivo à materialização da concepção objetiva de ônus prova. No presente ponto do estudo, examinar-se-á como se desenvolveram estas equívocas correlações, tecendo-se crítica em relação a elas.

Segundo exposto, o sistema processual civil brasileiro edificou-se, desde seu início, sobre a ótica (ainda que não inteiramente pura) do princípio dispositivo⁵⁷⁷, como ressonância da adoção primária de um modelo prevalentemente liberal de processo⁵⁷⁸. A força da dispositividade no processo civil contribuiu para a valorização do perfil subjetivo das regras do ônus probatório, o que fez com que o instituto fosse compreendido, desde sempre, como uma das figuras vitais do processo. Apesar disso, o sistema processual civil brasileiro nunca foi exclusivamente liberal ou centrado no protagonismo absoluto das partes.

Desde as Ordenações⁵⁷⁹, já se permitia certa ingerência do juízo na produção da prova. Durante as décadas de 1930 e 1940, sob os influxos mundiais dos movimentos totalitários, acentuou-se a preocupação do legislador brasileiro em estruturar modelos processuais que absorvessem as tendências socializadoras refletidas nas mais diversas legislações europeias. Como reflexo desta inclinação, os poderes conferidos aos juízes, particularmente na instrução do processo foram fortalecidos e ampliados pelo legislador brasileiro. Isto, contudo, não impediu a prevalência da dispositividade no sistema processual. O princípio dispositivo continuava a impelir a atividade relativa à procura e escolha dos fatos por provar, à iniciativa privativa das partes⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ A respeito das características marcantes no sistema processual marcado pelo princípio dispositivo: Cf. NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 75-77.

⁵⁷⁸ Reflexo da sociedade liberal-burguesa própria do período pós-revolucionário que pressupunha a existência de cidadãos auto-suficientes.

⁵⁷⁹ SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 112.

⁵⁸⁰ SANTOS. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p.109-110. Nesse sentido, afirma ainda Moacyr Amaral que sob o imperativo do princípio dispositivo no processo: “[...] deve o juiz, em regra, abster-se de revelar fatos não afirmados pelas partes bem como, em particular, abster-se de admitir a existência de fatos, embora a seu juízo relevantes, quando não alegados pelas partes (*quod non est in actis non est in mundo*). Também é vedado ao juiz, conquanto saiba, por conhecimento próprio, que os fatos sejam diversos aos que as partes lhe apresenta, fazer uso, ao formar a sua convicção, do conhecimento próprio e ocasional”.

A iniciativa processual primária no tocante à produção das provas continuou sendo, no sistema processual brasileiro, das partes. A elas caberia, de acordo com os fatos alegados e elementos que possuíssem à sua disposição, escolher os meios e requerer as provas que pretendiam instrumentalizar. Ao juízo, por sua vez, caberia apreciar as provas produzidas, valorando-as (isto é, dizendo que viu a prova, indicando que percebeu o elemento de prova nos autos e examinou seu conteúdo) e valorizando-as (numa comparação com os diversos elementos de prova presentes estrutura procedimental, conferiria valor a um ou vários de seus aspectos), a fim de fixar sua “convicção” nos pontos do texto probatório⁵⁸¹.

Portanto, as técnicas de distribuição do ônus da prova, no sistema processual brasileiro até o momento, ainda conservavam a importante função de regras de procedimento e valoração de provas. E esta vocação do sistema processual para o princípio da disposição das partes e sua conseqüente interpretação no tocante à função atribuída às técnicas de distribuição do ônus da prova permaneceram, com todo o seu vigor, na legislação brasileira até o primeiro quartel do século XX.

A partir da década de 1930, todavia, os movimentos socializadores por reformas legislativas, iniciadas na Áustria, Alemanha e Hungria⁵⁸², fizeram-se ressoar, com grande força, no sistema processual brasileiro. As reformas empreendidas naqueles países, acentuando a visão social de processo, propunham que o juízo deveria adotar uma postura forte, ativa e compensadora dos déficits de igualdade material-processual entre as partes, auxiliando-as na defesa dos seus direitos e corrigindo mazelas sociais⁵⁸³ por meio do exercício do poder do Estado no processo. Referidas reformas também procuraram estruturar modelos procedimentais baseados na oralidade, concentração dos atos processuais, com a pretensão de se reforçar a atuação dos juízes na direção do processo, investigação, produção e valoração (livre) da prova⁵⁸⁴. Isso era necessário para que se atendesse às exigências sociais da concepção de processo como instrumento da jurisdição, fortalecida na época.

De acordo com Dierle Nunes, as reformas socializadoras buscaram reforçar os poderes judiciais de direção formal e material do processo. Por tal razão, houve progressiva retirada do poder das partes de controlar os prazos processuais e na produção de provas, atribuindo-se ao juízo um papel mais ativo em relação ao objeto do processo. As aludidas reformas procuraram ainda implantar um discurso de justiça rápida e mais próxima às exigências do

⁵⁸¹ LEAL. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p.178.

⁵⁸² SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p.113.

⁵⁸³ Cf. A respeito das reformas impulsionadas no OZPO austríaco e na legislação alemã por influência da doutrina de Franz Klein e Anton Menger: Cf. NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 80 e ss.

⁵⁸⁴ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 87-88.

povo, partindo-se da ideia de que a função jurisdicional não serve somente às partes, mas deve, primeiramente, garantir a segurança jurídica da coletividade⁵⁸⁵.

Além da valorização do protagonismo judicial, pretenderam, também, as mencionadas reformas socializadoras, a implementação de um discurso de moralização do processo civil, impondo às partes o dever de lealdade e probidade processual (dever de dizer a verdade)⁵⁸⁶, a fim de que estas colaborem com o juízo para a descoberta da verdade⁵⁸⁷.

Dentro desse contexto de reforço dos poderes ativos do órgão jurisdicional, a literatura jurídico-processual austríaca promove uma releitura do instituto do ônus da prova. Isso ocorreu, conforme mencionado no Capítulo III, a partir de Julius Glaser⁵⁸⁸. Como conseqüências desta releitura surgem as noções de *ônus objetivo*, *ônus da certeza*, ou *ônus material*. Opera-se, por tais vias, um verdadeiro déficit de funcionalidade na compreensão das regras que repartem o ônus probatório, segundo Rosenberg e Micheli.

Com a perspectiva de ônus objetivo, o instituto do ônus da prova adquire contornos de instituto subsidiário, categoria auxiliar, praticamente inexistente em face da prevalência dos princípios da aquisição processual, dos poderes instrutórios e da livre valoração da prova pelo juízo⁵⁸⁹. As regras do instituto são concebidas com a função quase que exclusiva de se evitar o pronunciamento do *non liquet*. Ainda assim, em reduzidas hipóteses estas teriam aplicação, já que o juízo está imbuído da missão de encontrar a verdade.

A figura do ônus da prova passa a ser compreendida pelos austríacos (posteriormente, alemães, italianos, e, mais recentemente, brasileiros⁵⁹⁰) exclusivamente como *regra de julgamento* a orientar o órgão jurisdicional apenas quando a prova determinada de ofício não esclarecer a situação de incerteza nos autos. O instituto do ônus da prova, nessa nova perspectiva, passa a ser dirigido no sentido de reforçar a autoridade do juízo. Cumpre-lhe o papel servil e exclusivo de auxiliar a função judicante na sua tarefa de dizer o direito no caso concreto⁵⁹¹, não sendo apontada pela doutrina da época, nenhuma outra função para o instituto que não a de técnica subsidiária de julgamento.

⁵⁸⁵ NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.89.

⁵⁸⁶ O que, de certo modo, encontrou embasamento na Alemanha Nazista e nos Estados Autoritários que se instauraram no período entre guerras e pós 2ª Guerra (como é o caso dos países ex-integrantes da antiga URSS). (NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.88-90).

⁵⁸⁷ As características e bandeiras erguidas pelo movimento de socialização processual ganharam vigorosa força com o movimento de Acesso à justiça, conforme abordado na seção 4.3.1 do presente estudo.

⁵⁸⁸ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.16-17.

⁵⁸⁹ MICHELI. *La carga de la prueba*, p.106-107.

⁵⁹⁰ Nesse sentido: Rosenberg, Micheli, Cappelletti, Comoglio, Barbosa Moreira.

⁵⁹¹ Tal perspectiva colide frontalmente com as teorias do ônus da prova que vinham se desenvolvendo desde o processo romano, fundadas primordialmente no princípio dispositivo.

Mauro Cappelletti, valendo-se dessa compreensão, chega a afirmar que num sistema que tem por essência a obrigação de integridade (no sentido de completude) e verdade, as regras relativas ao ônus da prova perdem a sua razão de ser, uma vez que, imbuído destas obrigações, em reduzidíssimas hipóteses, o juízo teria de recorrer à sua aplicação. Assim, admitindo-se que as regras do ônus ainda têm alguma função, esta seria a de apenas e tão somente tornar possível a decisão do juízo, em caso de ausência ou insuficiência de provas. E ainda assim, enfatiza o autor, em face do princípio da aquisição processual e da promoção da atividade probatória de ofício, a funcionalidade do instituto seria a menor possível⁵⁹².

O reforço à participação e ao ativismo judicante na fase instrutória, com o consequente déficit de funcionalidade operado no instituto do ônus da prova pela doutrina austríaca, refletem uma crítica à filosofia liberal iluminista (de autonomia máxima do cidadão) e à concepção minimalista de Estado no processo civil (ideia de juiz inerte, espectador)⁵⁹³, característicos do processo liberal. Trata-se de consequências típicas do movimento social-instrumental de processo que procurou supervalorizar a figura da magistratura, além de incorporar a tendência de aproximação do processo civil com o conceito de verdade real.

Também como consequência deste movimento, foram concedidos ou ampliados os poderes instrutórios do juízo. Mesmo diante da omissão probatória da parte ou da ausência de prova, o juízo foi autorizado a trabalhar para que a verdade venha aos autos, seja perseguida e alcançada a qualquer custo, porque a verdade passou a ser compreendida como sinônimo de justiça (como tratado no ponto anterior). E o órgão jurisdicional tem a obrigação de outorgar “tutela jurídica justa”.

Ao argumento de busca da verdade, não pode o juízo se portar como mero expectador da atividade das partes⁵⁹⁴. Deve agir suprindo a omissão ou deficiência na produção da prova. A busca da verdade real, como sinônimo de justiça, passa a integrar a realidade processual e é incorporada como “missão” a ser perseguida pelo juiz. Como já aludido, verdade e justiça são consideradas escopos do processo, cabendo ao juízo zelar para que estas sejam encontradas. O

⁵⁹² CAPPELLETTI. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parte nel processo civile, p.392/394. No original: “*Né le regole sull'onere della prova perdono la loro ragion d'essere in un sistema, che pur configuri l'esistenza di obbligo di completezza e di verità così com'è stato da noi testé definito e delimitado . Quest'obbligo, in quanto sia prescritto e fatto osservare, importerà invero bensì la conseguenza che più raramente il giudice dovrà, per poter giudicare, ricorrere all'ausilio delle regole in parola [...]*”. “[...] hanno insomma il fine ed effetto di render possibile al giudice di giudicare anche nell'eventualità di mancanza di prove; mentre normalmente non vietano che una prova sia ammessa, e resti acquisita (principio dell'acquisizione processuale), benchè proveniente per avventura proprio dalla parte non onerata o magari dal giudice stesso nei limiti in cui sia possibile una sua attività d'istruzione probatoria promossa di ufficio.”

⁵⁹³ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p. 254.

⁵⁹⁴ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.259.

juízo ordenará tudo quanto for necessário ao conhecimento da verdade, porque a concepção publicista-socializadora de processo indica que a verdade é interesse da justiça, e conseqüentemente, interesse do povo, a ser perseguido com a finalidade de alcançar a pacificação social. Na busca da verdade, segundo a perspectiva de processo social-instrumental, o juízo não pode mais ficar adstrito à vontade das partes.

O ônus da prova cede lugar à investigação da verdade.

Em alguns sistemas, o fortalecimento do culto exacerbado à verdade real, chega a esvaziar, por completo, a função do ônus probatório, até mesmo enquanto regra de julgamento. A fundação do instituto da coisa julgada *secundum eventum litis* e a possibilidade de prolação do *non liquet* (em alguns sistemas) são exemplos da relevância adquirida pela ideia de verdade real no processo, matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional instrumental, como já se ressaltou. Reconhecendo a influência do dogma da verdade real sobre a funcionalidade primária do ônus da prova e sobre o próprio processo, dissertam Marinoni e Arenhart:

“Sob a afirmativa de que aquele a quem incumbia a prova dos fatos não cumpriu satisfatoriamente tal missão, o juiz pode abster-se de julgar o mérito da causa. Assim, por exemplo, na disciplina dada ao tema na tutela dos direitos coletivos, como se infere de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Nesse Diploma, estabelece-se um regime todo particular para a coisa julgada, que vem sendo adotado em outras legislações, e mesmo em outras áreas do direito pátrio. Trata-se da assim chamada ‘coisa julgada secundum eventum litis’: caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência de provas, a coisa julgada material não incide sobre a declaração contida na sentença, e assim a mesma ação, instruída com novas provas, pode ser novamente proposta. Ora, a intenção dessa disciplina é óbvia: ao se obstar a incidência da coisa julgada material quando o juiz rejeitar a demanda por insuficiência de provas (caso em que, portanto, não há completa análise de mérito), autoriza-se a aplicação da velha cláusula romana do non liquet, podendo a parte, então, propor novamente a mesma ação. Mais uma vez, vê-se a presença marcante da opção pela busca da verdade substancial⁵⁹⁵”.

Não coincidentemente, este movimento que provoca reforço dos poderes instrutórios do juízo e uma suposta atenuação da funcionalidade das regras do ônus da prova, surge, como foi dito, num contexto político de implantação de Estados Autoritários na Europa. A estes

“segue-se o reforçamento do poder do juiz, como órgão do Estado – e eis o juiz autoritário. O princípio dispositivo, tradicional no processo, é substituído pelo princípio inquisitório, refletindo, assim, na justiça, as opiniões ou mutações políticas e espirituais dos governantes da época⁵⁹⁶”.

⁵⁹⁵ MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.29.

⁵⁹⁶ SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p.118.

O Estado Autoritário se prolonga na órbita do Judiciário, manifestando-se por intermédio dos juízes. O caráter ético do Estado se reflete no processo e o juiz intervém para, autoritariamente, discipliná-lo. O Estado passa a zelar pelo bem público e o maior deles é a “justiça” consubstanciada na ideia de “verdade”⁵⁹⁷.

Na literatura jurídico-processual italiana, Chiovenda impulsiona as transformações e conseqüentemente seus seguidores o fazem no Brasil⁵⁹⁸. Defende referido autor um processo que rompa com formalismos, fundando-se na concentração, na oralidade, na eliminação de entraves para a procura da “*verdadeira situação dos fatos na causa*”, como tutela do interesse do Estado, para a rápida e melhor finalidade dos processos. No caminho da busca da verdade que a “inteligência do juiz” deve percorrer, para Chiovenda e seus seguidores, toda limitação ou excesso de forma é um entrave⁵⁹⁹, um obstáculo a impedir que se alcance a justiça que a sociedade toda quer que seja realizada.

A Constituição brasileira de 1937 traçou as diretrizes políticas do Estado Novo e inaugurou o governo autoritário e populista de Getúlio Vargas. Em razão disso, as tendências socializantes foram fortemente sentidas no Brasil, a partir dela. O Código de Processo Civil de 1939, por sua vez, também procurou atribuir ao juízo, desde a sua exposição de motivos, o poder de assumir as rédeas da instrução. Isso porque a ordem política impunha um sistema autoritário, vocacionado ao solipsismo jurisdicional. Foram conferidos ao órgão jurisdicional o dever de impulso oficial e o papel de zelar pela observância formal das regras processuais a serem cumpridas pelas partes, cabendo-lhe intervir no processo para investigação dos fatos e descoberta da verdade. A regra passa a ser a de que o juiz ordenará quando for necessário ao conhecimento da verdade⁶⁰⁰.

Como já foi tratado na última seção do Capítulo I do presente estudo, no Código de Processo Civil vigente, publicado em plena ditadura militar (1973), essa necessidade de prolongamento da autoridade do Estado na figura do juiz se tornou ainda mais forte e

⁵⁹⁷ A reforma do Código de Processo Civil (ZPO) alemão em 1933, por exemplo, que atribuiu às partes o dever de dizer a verdade e igualmente estimula a releitura da funcionalidade do instituto do ônus da prova, coincide com a consolidação do regime nazista. O juiz alemão “*passa a ser o protetor dos valores nazistas do povo e aniquilador dos valores de um povo doente*”. “[...] o juiz alemão se comportava como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer”. E essa defesa, típica do período nazista, de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformemente compartilhados, defensor de uma ordem concreta de valores, pode ser sentida até hoje em algumas defesas instrumentais, ditas contemporâneas, que atribuem ao juiz o papel de engenheiro social. (NUNES. *Processo Jurisdicional Democrático*, p.92)

⁵⁹⁸ SANTOS. *Prova judiciária no cível e comercial*, p.115-117.

⁵⁹⁹ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p.347.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, reportar-se aos artigos 117, 258, 294, inc. IV, 210, 248, 220, 295, 129, 267, 246, 237 parágrafo único, 246, 254, parágrafo único do antigo CPC/1939. Todos os dispositivos são reflexos da concepção publicística que amplia os poderes instrutórios do juiz. (Cf. BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10.10.2013).

evidente. A postura ativa do órgão jurisdicional está presente numa série de dispositivos, e, especialmente em relação à instrução, releva-se nos artigos 130 e 131, já diversas vezes examinados. Tais disposições conferem excessiva liberdade ao juízo para escolher os meios de prova a fim de que se comprovem os fatos, sob o pretexto de livremente formar sua convicção.

As diretrizes teleológicas e sociais do processo ainda se manifestam nos artigos 126 e 127⁶⁰¹ do CPC/1973. Estes, por sua vez, autorizam a aplicação das normas processuais segundo os seus fins sociais e exigências do bem comum (disposição refletida também no art. 5⁶⁰² da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e permitem ao juízo decidir por equidade e prudente arbítrio, avultando as garantias constitucionais do devido processo. Os artigos 335⁶⁰³ e 339 do CPC/1973 também seguem a mesma diretriz, na medida em que permitem ao órgão jurisdicional decidir com base em máximas da experiência e impõem às partes o dever de colaboração para a revelação da verdade. Por fim, o disposto no art. 14, I e II⁶⁰⁴ do CPC/1973 que disciplina os deveres de boa-fé, lealdade e de expor os fatos conforme a verdade, igualmente pode ser citado como exemplo da concepção social-instrumental de processo.

Com a corrupção do modelo de processo social puro (instaurado nas décadas de 1930, 1940 e 1970) pelos imperativos da lógica mercadológica do Estado Neoliberal, a partir da década de 1980, crescem técnicas procedimentais de sumarização cognitiva que pretendem a redução dos tempos procedimentais, mediante a previsão de um *iter* procedimental mais delgado e conseqüente minimização dos espaços discursivos⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 10.10.2013).

⁶⁰² “Art. 5^o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL. Decreto-lei n^o4657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em 10.10.2013).

⁶⁰³ “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 10.10.2013).

⁶⁰⁴ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé;” (BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 10.10.2013).

⁶⁰⁵ É também neste contexto que surgem o instituto da antecipação de tutela (1994) com previsão de possibilidade de fungibilidade com as cautelares, bem como a Lei 9.099, de 1995 que implantou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previstos em Constituição, acompanhados de suas respectivas turmas recursais. Com os Juizados, ocorre criação de procedimentos sumários, orientados pelos princípios da celeridade, oralidade,

A garantia da celeridade passou a ser concebida numa perspectiva funcional, ao lado da verdade, agora instrumentalizada, como sinônimo de justiça e consequente eficácia da decisão jurisdicional. A uniformização jurisdicional “de cima para baixo” passa a incorporar idêntico significado de segurança jurídica (verdade pela coisa julgada coletiva) ao jurisdicionado. Esta perspectiva ainda defende a eliminação de quaisquer formalismos que porventura se configurem entraves à efetividade da “prestação” jurisdicional. Com o escopo de ser justa, a “tutela jurisdicional” deve ser célere, mesmo que isso importe na eliminação das garantias fundamentais discursivas do processo. Partindo dessa compreensão, idealizam-se técnicas para a aceleração procedimental com a finalidade de se conduzir à suposta realização da justiça (como sinônimo de verdade real instrumental).

Também com este intuito, conforme foi explicitado na seção anterior, parcela significativa da processualística hodierna brasileira tem defendido, com vigor, uma postura ativa do juízo no tocante à produção da prova. Muitos⁶⁰⁶ defendem que a postura probatória subsidiária ou supletiva do juízo, “*não é mais consentânea com o atual estágio de evolução do Direito Processual Civil*”⁶⁰⁷, sob o argumento de que um processo supostamente “*democrático, fundado na isonomia substancial*” exigiria “*uma postura mais ativa do magistrado*”^{608,609}. Sustentam uma conduta probatória ostensiva por parte do juízo, uma vez que não somente as partes têm interesse num provimento “justo”, mas também o Estado⁶¹⁰.

informalidade e economia processual, para processamento de processos de natureza cível com valor da causa de até quarenta salários mínimos. E também no tocante aos processos criminais, para processamento das denominadas infrações de menor potencial ofensivo e contravenções penais, reproduzindo a intenção de reduzir os custos dos processos e maximizar a produção dos decisórios, garantindo a padronização decisória com o fim de assegurar alta produtividade, como garantia de eficiência e máxima celeridade. São também deste período o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que seguem à risca a orientação socializante do juiz protetor das minorias e compensador dos hipossuficientes que deve trabalhar em prol de garantir a igualdade dos desiguais. Ambos os Diplomas trabalham com uma ideia de proteção e compensação processual dos inferiorizados pela sociedade ou pelo mercado.

⁶⁰⁶ Nesse sentido: Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo, Instituições de direito processual civil e Reforma do Código de Processo Civil*; BEDAQUE, José dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz e Efetividade do Processo e Técnica Processual*; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova, Participação e Processo, Julgamento e ônus da prova*; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*, dentre outros.

⁶⁰⁷ PESSOA, Flávia Moreira. As regras de repartição do ônus da prova devem limitar os poderes instrutórios do magistrado? *Justiça do Trabalho -238/HS*. Florianópolis, v. 20, n.238, out./2003, p. 56.

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.192.

⁶⁰⁹ A respeito do ativismo judicial e sua relação com o ônus da prova, ver: ANGELUCCI, Cleber Affonso. Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor e o projeto de código de processo civil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v.59, n. 399, dez/2011, p.81-112.

⁶¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.71.

Tal argumento admite e justifica a iniciativa probatória oficial, na “missão” do juiz de se utilizar do “*instrumento processual*” para se sobrepor “*aos possíveis interesses egoístas das partes, que não são movidas pelo interesse na correta aplicação da regra material e na obtenção do resultado justo*”, com o objetivo de atingir a “*finalidade*” deste, a saber: “*a atuação do ordenamento jurídico e, em consequência, a perfeita harmonia social*”⁶¹¹. Além de ultravalorizar o papel do magistrado, onisciente e onipresente representante da vontade do Estado, esse discurso confunde a finalidade do processo com as diversificadas finalidades do Direito material ou substancial⁶¹², o que supostamente justificaria o trabalho ativo do juízo na produção da prova.

A orientação opõe-se, claramente, à ideia de processo, bem como de ônus da prova no processo democrático

“[...] ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como um dogma para o direito processual”⁶¹³.

Ora, é preciso romper com esse dogma. “*A prova não é evidência em si mesma*” ou “*uma espécie se simpatia capaz de gerar confiança*”⁶¹⁴ ou ainda, é capaz revelar a verdade. A prova, compreendida e teorizada democraticamente, é instituto jurídico por meio do qual, dentro de uma concepção sistemática da reserva legal, “*são constituídos juízos lógicos compatíveis dentro dos quais há de se operar o raciocínio do intérprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei*”⁶¹⁵.

Trata-se de liberdade-garantia, assegurada pelas leis constitucional e infraconstitucional, faculdade processual acompanhada do ônus respectivo. E, se assim o é, deve-se garantir à parte tanto a possibilidade de produzir a prova a que possui o direito, quanto se permitir a ela que exerça a liberdade (consciente) de assumir o ônus que acompanha sua omissão. Em processo democrático, as partes têm a liberdade de optar pela produção de provas ou assumir o ônus decorrente de sua omissão. Assim como há um direito constitucional à prova, existe igualmente o direito ao ônus, na medida em que a parte pode livremente optar por assumir as consequências da ausência de provas. Não é possível se limitar esta liberdade, obrigando a parte a produzir prova que não deseja, sob o argumento de que se deve buscar a verdade real. Não é dado ao juízo o poder de suprimir esta liberdade.

⁶¹¹ BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 71-72.

⁶¹² GONÇALVES. *Técnica processual e teoria do processo*, p.164.

⁶¹³ MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.31.

⁶¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.318.

⁶¹⁵ LEAL. *Teoria geral do processo*, p.172.

Ao juízo compete as atividades de valoração e julgamento de acordo com as regras que distribuem os ônus probatórios, de forma estática ou dinâmica. Desse modo, os poderes instrutórios do órgão jurisdicional devem sempre atuar de forma subsidiária à atividade probatória das partes, porque é delas a iniciativa probatória principal. São elas e não o magistrado, que não participou dos fatos nem tem o poder de reconstruí-los, que têm a capacidade e a possibilidade de trazer aos autos os elementos de prova para que se alcance um *grau de verossimilhança racional* na sentença.

Se há dificuldade na produção ou no acesso à prova, que então o órgão jurisdicional utilize as técnicas procedimentais previstas em lei e à sua disposição (exibição de documentos, assistência judiciária ou nomeação de perito⁶¹⁶) ou redistribua os ônus probatórios segundo o modelo legal. Afinal, como dito anteriormente, a dinamicização pode ser uma técnica eficiente para atenuar a atuação probatória oficiosa do juízo, mantendo a equidistância necessária à sua atuação e decisão.

A atuação probatória do juízo deve dar-se apenas nas situações em que faltar clareza numa ou noutra questão suscitada, cuja prova produzida nos autos tenha sido obscura ou contraditória. A concessão de poderes instrutórios supletivos ao juiz, assim, não significa que as regras de distribuição do ônus da prova tenham se esvaziado. Ao contrário, tais regras indicam uma limitação destes poderes. Nas situações de incerteza na demonstração de existência de determinados fatos, continuam a prevalecer as regras de distribuição do ônus, que acabam por trazer consequências desvantajosas, à parte que, deliberada e conscientemente, decidiu se omitir na produção da prova do fato incerto e essencial ao provimento.

O ativismo probatório do juízo só deve ser admitido, assim, dentro da estrutura procedimental, por meio da qual se desenvolve o processo de vieses democráticos, supletivamente à iniciativa das partes. Apenas para aperfeiçoar a prova já produzida ou no sentido de dar mais segurança, fornecendo maiores elementos ao juízo na formação de sua convicção, para se chegar a uma reconstituição fática com maior grau de verossimilhança possível.

Além disso, essa iniciativa deve respeitar os mesmos limites impostos à iniciativa probatória das partes, não se admitindo, por exemplo, a obtenção de provas por meios ilícitos, sob o pretexto de se encontrar a “verdade”. Isso porque o fundamento das decisões

⁶¹⁶ Ver nota nº479.

jurisdicionais, com legitimidade democrática, há de provir da prova produzida de acordo com a estrutura formal (cartularizada) do procedimento.

“A sentença ou decisão há de ter seus fundamentos egressos da lógica procedimental formalizada e desenvolvida compartilhadamente pelos sujeitos do processo⁶¹⁷”. É através da prova que se extraem e se visualizam os argumentos fundantes da decisão final. Por meio dela, as partes preparam e fazem valer seus argumentos na construção compartilhada do decisório. E, por isso mesmo, a valoração das provas produzidas nos autos é indissociável da necessidade de fundamentação das decisões, bem como das regras que repartem o ônus da prova. Nesse contexto, portanto, o juízo não pode tomar para si, a iniciativa de proceder à demonstração dos fatos.

A própria opção pelo princípio dispositivo no processo civil sugere que se deve renunciar à busca incessante pela verdade, sob pena de imparcialidade⁶¹⁸ do juízo. O princípio da imparcialidade se projeta também na fase de produção de provas, determinando que o juiz mantenha equidistância e independência das partes. E estas, por sua vez, não indicam que o juízo seja, de todo, inerte. Não há como (nem é desejável) se eliminar a participação do órgão jurisdicional na produção das provas.

Todavia, o juízo não pode ordenar, de ofício, provas que beneficiem uma das partes, sob pena de se desigualar a situação destas no processo. O princípio dispositivo, portanto, deve atuar como redutor ou limitador da atividade probatória do órgão jurisdicional, só a admitindo supletivamente. Ademais, nas hipóteses de incerteza fática, as regras de distribuição do ônus também devem agir limitando os poderes instrutórios do magistrado⁶¹⁹.

O panorama atual de processo democrático incompatibiliza-se com quaisquer atos de coerção do Estado para com as partes. A visão tutelar de processo como técnica de dominação⁶²⁰, voltada à obediência acrítica e resignada da população, projeta concepções que obstaculizam a concretização da democracia discursiva, aberta à participação e fiscalização de

⁶¹⁷ LEAL. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 177.

⁶¹⁸ Na defesa de que com a ampliação dos poderes instrutórios há imparcialidade por parte do magistrado, com a sugestão de que a demanda se processe num sistema de “processamento escalonado” entre três juízes diferentes: Cf. RAMOS, Glaco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 59, n. 402, abril/2011, p.29-49.

⁶¹⁹ MARQUES. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória*, p.266/271.

⁶²⁰ Fala-se em processo como técnica de dominação porque a legitimidade do sistema jurídico para Dinamarca estaria nos “procedimentos vocacionados à ampla obediência pelos cidadãos” dos entendimentos “encontrados” pelos agentes estatais, sem qualquer participação dos demais interessados. “Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um interprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles [os preceitos da lei], a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dessa busca e interpretação”. “[...] quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente[...]”. (DINAMARCO. *A instrumentalidade do Processo*, p.41-42).

todos. Por isso, o reforço aos poderes instrutórios (fora da compreensão supletiva acima sustentada), as técnicas de padronização e aceleração da decisão ou a suposta atenuação da funcionalidade das regras que distribuem o ônus da prova pela consideração exclusiva de seu perfil objetivo, sinalizam para um perfil autoritário de decisão e de processo que são inconciliáveis com o espaço processual discursivo, equilibrado, permeado pela liberdade das partes, reserva legal e materializado pelo exercício dinâmico das garantias constitucionais. Em razão disso, para harmonização das perspectivas citadas com a noção de processo democrático, sua leitura deve ser promovida à luz da Constituição de 1988, com foco na preservação das garantias processuais-fundamentais do processo.

5.5 “Livre” apreciação da prova e ônus da prova

Após a abordagem de aspectos e institutos processuais conectados à problemática compreensão de verdade real como escopo do processo e da análise de como esta impacta na funcionalidade das regras que distribuem o ônus da prova, tentar-se-á se desfazer outros equívocos comumente relacionados à noção de ônus da prova. Esse exame é necessário, a fim de se sedimentar a compreensão adequada da dimensão funcional do aludido instituto na teoria do processo democrático.

Um destes equívocos, que acaba também por repercutir na funcionalidade das regras do ônus probatório, é visualizado a partir do entrelaçamento das compreensões (isentas de demarcação científica) de livre apreciação da prova, verdade e a concepção de ônus da prova como técnica de julgamento.

De acordo com Rosenberg, com a ampliação dos poderes instrutórios e a alteração do sistema de apreciação da prova, em substituição à certeza legal ou prova tarifária, diversos teóricos, especialmente os austríacos⁶²¹, passaram a sustentar que o instituto do ônus da prova teria perdido seu significado, não ostentando mais qualquer utilidade⁶²². Todavia, adverte o processualista alemão, que mesmo que o ônus da prova tenha sofrido certa atenuação de seu significado graças ao princípio da livre apreciação da prova⁶²³, ainda é correto se afirmar que referido instituto constitui a “*espinha dorsal do processo civil*”.

⁶²¹ Rosenberg cita nesse sentido Köhler, Dänzer e Hölder que afirmavam que a categoria do ônus da prova era uma antiguidade jurídica, de importância quase nula. (ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 56, nota 9).

⁶²² ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 56.

⁶²³ A respeito do princípio da livre apreciação da prova: Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 05.10.2012.

Isso porque não só as partes e seus advogados devem examinar constantemente o ônus da prova durante seu pleito, tomando consciência da necessidade de subministrar as provas que são correspondentes àquele, mas também as regras que repartem o ônus da prova têm seus efeitos sobre o juízo que, se quer cumprir sua função, deve ter ciência da distribuição deste em qualquer estado do processo⁶²⁴.

A livre apreciação e o ônus da prova, embora se situem em domínios muito próximos, segundo Rosenberg, estão claramente separados, por limites fixos. A livre apreciação da prova “*assinala que o juiz deve obter livremente sua convicção de verdade ou falsidade a respeito das afirmações e provas sustentadas ou discutidas no processo, no conjunto dos debates, levando em consideração seus conhecimentos comuns e de vida*”; ao passo que “*o ônus da prova orienta o magistrado a dar uma solução quando a livre apreciação da prova não chegou a nenhum resultado*”⁶²⁵. O domínio do ônus da prova como técnica de julgamento começa, onde termina o da livre apreciação da prova, de acordo com Rosenberg. Se o juízo atravessou por este sem chegar a nenhuma conclusão, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação lhe negou⁶²⁶.

Para afirmar a validade do instituto do ônus da prova como técnica de julgamento, diante da livre apreciação, Rosenberg reforça que esta última “*não dá resposta alguma à questão de se saber quais são os fatos que devem constar de um pleito para que possa se ditar uma solução em um determinado sentido e o que se deve fazer quando esses fatos permanecem incertos*”. A livre apreciação não é capaz de conferir onisciência ao juízo. O autor cita diversos exemplos nos quais os fatos restariam duvidosos, e então, pergunta: como o juízo agiria nesses casos?

Responde que, obviamente, deve o magistrado recorrer às regras do ônus da prova que o auxiliarão como legítimas técnicas de julgamento:

*“As normas relativas ao ônus da prova não somente colocam o juiz em condições de evitar o non liquet em matéria de direito sendo duvidosa a questão de fato, mas também prescrevem, em tal caso, de forma clara e categórica, o conteúdo de sua decisão, ao imputar a uma parte a incerteza de uma circunstância e ao fazer que essa incerteza redunde em proveito da outra”*⁶²⁷.

⁶²⁴ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.55.

⁶²⁵ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.56-57. No original: “*La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado*”.

⁶²⁶ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 57.

⁶²⁷ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p.58. No original: “[...] *la apreciación libre de la prueba no da respuesta alguna a la cuestión de saber, cuáles son los hechos que deben constar en un pleito para que pueda dictarse resolución en un sentido determinado, y qué debe hacerse cuando uno de estos hechos permanece incierto*”.

Apesar disso, sustenta Rosenberg que as regras do ônus da prova são subsidiárias, defendendo que devem ser utilizadas apenas como *ultimum refugium*, somente quando a prova de uma afirmação não se apresentar de nenhuma maneira⁶²⁸.

Micheli também trabalha no mesmo sentido. Esclarece referido autor que enquanto o livre convencimento (que estabelece a livre valoração da prova) atua afirmando a necessidade de valoração da prova, recorre-se às regras do ônus da prova, diante da incerteza dos fatos, na fase de julgamento. Assim, salienta Micheli, as regras do ônus da prova realizam seus efeitos típicos apenas quando a fase probatória se exauriu negativamente. A livre valoração da prova, para o autor, não possui qualquer influência na repartição da incerteza em que fica o juízo, depois de haver esgotado os meios de prova⁶²⁹.

Verifica-se que as orientações Rosenberg e Micheli deveriam do fato dos aludidos autores compreenderem as regras que distribuem o ônus probatório, prioritariamente, como regras de julgamento. Micheli e Rosenberg vocacionam tais regras à finalidade (quase que exclusiva) de atender o juízo, defendendo sua atuação somente em último caso: quando, mesmo com iniciativa probatória do órgão jurisdicional, não for possível se chegar à “verdade” de uma afirmação. Rosenberg e Micheli sustentam a possibilidade de que o juízo tenha amplos poderes probatórios e que este possa decidir mesmo tomando por base fatos que não tenham sido alegados pelas partes. Ou seja, permitem ao juízo decidir por convicções íntimas ou máximas da sua experiência privada, o que é inadmissível dentro de um contexto de processo democrático, como já aludido.

Por outro lado, resta igualmente evidente que ambos os autores defendem que o sistema que instituiu a livre apreciação não anula a utilidade ou a possibilidade de aplicação das regras do ônus. Apenas diminui-se, segundo os autores, a possibilidade de que tais regras sejam aplicadas, uma vez que no referido sistema, há um maior número de meios de prova para que o juízo se convença da existência do fato. As regras que repartem o ônus da prova, de acordo com Rosenberg e Micheli, serão aplicadas sempre que o juízo não atingir suficiente “convicção”, porque os mencionados autores as compreendem como técnicas de julgamento.

Não se pode concordar inteiramente com as conclusões de Micheli e Rosenberg.

⁶²⁸ ROSENBERG. *La carga de la prueba*, p. 58. No original: “*Las normas relativas a la carga de la prueba no sólo ponen al juez en condiciones de evitar el non liquet en la cuestión de derecho siendo dudosa la cuestión de hecho, sino que también le prescriben, en tal caso, em forma clara y categórica, el contenido de su decisión al imputar a una parte la incertidumbre de una circunstancia de hecho y al hacer que esta incertidumbre redunde em provecho de la outra*”.

⁶²⁹ MICHELI. *La carga de la prueba*, p.193-195; Cf. PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p.156.

Primeiramente, é de se ter em mente que provar significa, em processo democrático, conforme já apontado, determinar e fixar formalmente os fatos do processo⁶³⁰. Provar não quer dizer a demonstração da “verdade” dos fatos discutidos no processo (já se disse, demasiadas vezes, que a verdade não é preocupação do processo).

E mais, na teoria do processo democrático, a valoração e a valorização da prova se fazem dentro do sistema de persuasão racional⁶³¹ que se apoia no princípio da reserva legal, condicionando a “convicção” do magistrado a juízos *secundum legis*⁶³². Não se pode falar, assim, num sistema de apreciação de livre conjectura do juízo para se provarem os fatos ou num sistema que permite a coleta da prova em uma realidade externa ao direito por critérios personalíssimos, com negativa de vigência ao sistema da legalidade estrita adotado pelo art. 5º, II⁶³³ da CRFB⁶³⁴.

Portanto, as expressões “livre” apreciação da prova ou “livre” convencimento não podem ser confundidas com convicções íntimas, subjetivas, privadas, firmadas em tradição (ou máximas da experiência) e sem quaisquer parâmetros fixados normativamente, sob pena de retorno a um sistema de valoração de provas que antecedeu às provas tarifárias.

As regras do ônus da prova não somente atuam cumprindo a função de técnica de julgamento, mas exercem um papel muito maior. Orientam a conduta probatória das partes e conduzem o juízo na fase de valoração das provas produzidas, representando também uma importante técnica de procedimento e valoração de provas.

O ônus da prova como técnica de valoração de provas obriga o juízo a perceber a existência do elemento de prova constante dos autos do procedimento, produzido de acordo com o modelo legal. A aludida técnica de valoração impõe ao órgão jurisdicional o dever da apreender intelectivamente o elemento de prova⁶³⁵, dizendo que viu a prova nos autos e

⁶³⁰ CARNELUTTI. *Prova civil*, p. 44-45.

⁶³¹ Segundo Humberto Theodoro Júnior, a caracterização do sistema da persuasão racional também chamado livre convencimento motivado, que guarda legítima conexão do processo com o ordenamento jurídico-constitucional, caracteriza-se da seguinte forma: “a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (art. 335 e 336 do CPC, bem como as presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras da experiência, quando faltam normas legais sobre provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, p. 451).

⁶³² LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 171.

⁶³³ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10.10.2013)

⁶³⁴ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 177-178.

⁶³⁵ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.179.

conferindo valor ao seu conteúdo (“*numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferenciais*”⁶³⁶).

Com base nas regras do ônus da prova, o juízo não pode se esquivar de valorar a prova produzida nos autos, porque tais regras atuam como importante mecanismo de controle da fundamentação da decisão jurisdicional. As regras do ônus da prova, como já foi dito, são garantias de função dúplice junto às partes e, portanto, não podem ser compreendidas exclusivamente em uma via de mão única como defendem Rosenberg e Micheli.

Adotando-se a dupla perspectiva funcional do instituto, compreendido com técnica de procedimento-valorização de provas e técnica de julgamento, a consequência será a seguinte: se por meio da representação nos instrumentos de prova dos elementos de prova através dos meios de prova legalmente admitidos, em obediência à estrutura técnica procedimental garantida em lei e com exercício de todas as garantias que lhes são inerentes, não se chegar à demonstração da existência do fato, a aplicação das regras relativas ao ônus é consequência que se impõe.

Não deve o juízo permanecer à procura de uma mitológica e inalcançável verdade real. E, nesse ponto, não se vê atenuação de funcionalidade das regras do ônus, simplesmente pelo fato do sistema ser o do “livre convencimento motivado”. Na verdade, o equívoco deriva, consoante já dito, da compreensão palavra “livre” que não pode ser apartada da reserva legal e da fundamentação das decisões.

Não se vê atenuação, ademais, da funcionalidade subjetiva das regras do ônus probatório com a “livre” apreciação. Ora, o ônus da prova se presta muito mais a instruir, orientar ou conduzir a atividade probatória das partes que qualquer outra coisa. A função de regra de julgamento é secundária. Só será aplicada se, deliberada e conscientemente, as partes decidirem assumir o ônus de não produzir provas. E, ainda assim, se o órgão jurisdicional decidir não se utilizar dos poderes instrutórios ou outras técnicas que estimulem a produção de provas. Como regra de atuação das partes, a funcionalidade do ônus é primária. As regras da repartição do ônus da prova atuam, através dela, desde o início do processo e permanecessem intactas à “livre” apreciação.

Diante disso, entende-se que a alteração no sistema de apreciação das provas da certeza legal para o sistema da persuasão racional que, por conseguinte, instituiu o princípio da “livre” apreciação da prova, em nada alterou o grau de funcionalidade ou o significado do ônus da prova. Isso porque a “livre” apreciação dirigida ao órgão jurisdicional, diga-se uma

⁶³⁶ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.178.

vez mais, deve guardar amarração lógica com a reserva legal, com a garantia da fundamentação das decisões, e, por consequente, com a estrutura de procedimentação compartilhada⁶³⁷, evitando-se devaneios e ideações judicantes em busca da inatingível e obscura verdade real.

“É de se lembrar que todo o esforço habermaseano em prol da emancipação política dos povos se assenta no postulado de o destinatário da norma se reconhecer como seu produtor⁶³⁸”. E, assim, o processo pós-moderno deve ser compreendido como mecanismo de construção compartilhada da democracia e não instrumento para encontro da verdade monolítica, arbitrária e autoritária.

5.6 Modelos de constatação (*standards* probatórios) e ônus da prova

Outro equívoco comumente constatado a partir da análise da literatura jurídico-processual especializada na matéria ônus da prova, e, particularmente, em sua distribuição, é aquele que confunde a noção de ônus com a utilização dos modelos de constatação, modelos de controle do juízo ou *standards* de prova.

Acredita-se que associação das referidas noções também advenha do entendimento de que o ônus da prova deve atuar como técnica de valoração de provas e regra de julgamento, sendo aplicados na fundamentação do decisório. Este entendimento é correto e absolutamente compatível com o modelo de processo democrático. Contudo, a distribuição dos ônus probatório não se confunde as técnicas de valorização da prova⁶³⁹, na medida em que não são as regras que repartem o ônus da prova que determinam o valor que deve ser atribuído ao elemento de prova produzido nos autos ou o grau de convencimento do juízo. No momento da valorização de provas é que se concebem os modelos de constatação.

Os módulos de constatação ou *standards* de prova constituem critérios que orientam o órgão jurisdicional na valorização da prova, pautas a orientar o grau de suficiência de prova para a formação do juízo de fato⁶⁴⁰. Servem à orientação do juízo quanto ao grau mínimo de prova exigido para a formação de seu convencimento no tocante aos fatos. Tais critérios não só orientarão a análise da prova, dirigindo o raciocínio valorizativo do magistrado, como

⁶³⁷ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.175.

⁶³⁸ LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.176.

⁶³⁹ A respeito das diferenças entre as técnicas de valoração, na qual se concebe atuante o ônus da prova, e valorização de provas, momento em que atuam os modelos de constatação: Cf. LEAL. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.176.

⁶⁴⁰ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.39-40.

permitirão o controle da valorização judicial pelas partes. Tais critérios são formulados para “efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz⁶⁴¹”. Estes modelos de constatação são deduzidos à luz das diferentes necessidades do direito material⁶⁴².

Os *standards* surgiram primeiramente nos países que adotam o sistema de *common law*, a fim de possibilitar o controle do raciocínio judicial no campo da prova e dos fatos. Trata-se de “enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de determinada decisão⁶⁴³”. São instrumentais capazes “de orientar o exame científico de um determinado convencimento judicial, com vistas à sua crítica, análise e correção⁶⁴⁴”, impedindo a arbitrariedade ou o excesso de subjetivismo no campo da prova.

Os principais *standards* de prova existentes no direito comparado, segundo apontamento de Danilo Knijnik são: (1) *prova acima de toda dúvida razoável* (*evidence beyond a reasonable doubt*) de emprego em casos criminais e *preponderância da prova* (*preponderance of evidence*) de utilização nos casos civis, ao lado dos quais se costuma a agregar regras particulares: ambos os *standards* estão ligados à tradição da *common law*; (2) *mínima atividade probatória*: modelo criado pelo Tribunal Constitucional Espanhol originariamente para casos penais (mas que também pode ser aplicado ao âmbito cível), marcado pela exigência de um substrato probatório mínimo, sem o qual a decisão seria arbitrária ou ilegítima; (3) *alto grau de verossimilhança com a exclusão de dúvidas concretas*: de origem germânica, é baseado na teoria da normalidade ou nas máximas da experiência; (4) *doutrina do absurdo ou da arbitrariedade*: de origem argentina, parte da compreensão de que é necessário uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária, sob pena de sentença arbitrária e ofensa à Constituição. Procura identificar *vícios flagrantes* ou *absurdos* na valoração da prova; (5) *modelos linguísticos: congruência narrativa* (Neil MacCormick); e *probabilidade indutiva* (Jonathan Cohen): ambos oferecem um teste da *verdade* ou *provável verdade* das proposições narradas rechaçando generalizações, postas em cheque pelas possibilidades indutivas em sentido contrário; (6) *controle de motivação*: teoria francesa que impõe ao juiz a exigência de motivação *suficiente* e *coerente*, a fim de evitar degradação da função judiciária; (8) *modelos probabilísticos ou matemáticos*: geralmente baseados no

⁶⁴¹ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, p. 11. Disponível em: www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm. Acesso em 24.11.2012, p.13.

⁶⁴² CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.99.

⁶⁴³ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial, p.5.

⁶⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial, p.2.

teorema de Bayes, indicam os índices de probabilidade de ocorrência da situação alegada por cálculos matemáticos⁶⁴⁵.

A análise de cada um desses métodos não constitui objeto do estudo, tampouco a crítica que se tece em relação a cada um deles. Contudo, é de se advertir que o grande problema que se percebe em relação a todos os *standards* apontados, é que estes pretendem o controle de um discurso (o presente na sentença) por outro discurso (presente no módulo).

Muitas vezes faltam critérios objetivos para a elaboração dos módulos de constatação, o que acaba impedindo ou dificultando que o significado ou o sentido destes se prenda ao significante (discurso sem texto), abrindo, novamente, margem a interpretações subjetivas. “Desse modo, qualquer análise que se empreenda, seja pela ideia de arbitrariedade, pela mínima atividade probatória, pelos standards da preponderância ou eliminação da dúvida razoável, pode ser reconduzida, na verdade, a uma perspectiva linguística [...]”⁶⁴⁶. Além disso, o que se vê, na maioria das vezes, é que os *standards* acabam se traduzindo na utilização de máximas de experiência e inferências do senso comum⁶⁴⁷.

No Brasil, a exemplo do que ocorre na maioria dos países que adotam o sistema de *civil law*, não existe previsão legal de modelos de constatação ou *standards* de prova, ou ainda, indicativos claros de que estes sejam comumente utilizados pela jurisprudência⁶⁴⁸. Aqui, os juízos parecem se valer de critérios “flexíveis” para a valorização da prova, o que acaba por gerar grande espaço de discricionariedade⁶⁴⁹. Nada obstante, optou-se, ainda assim, por fazer uma breve abordagem da categoria dos módulos de prova, apenas no intuito de esclarecer o equívoco que normalmente se comete na doutrina ao confundir a aplicação dos *standards* com as regras de repartição dos ônus probatórios.

A repartição dos ônus de prova e modelos de constatação são fenômenos distintos. A ideia de que diferentes graus de suficiência da prova determinados em razão do direito material discutido, ou seja, dos módulos de constatação ou *standards* de prova pode suprimir a aplicação das regras de repartição dos ônus da prova é um enorme equívoco.

⁶⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial, p.13-26.

⁶⁴⁶ KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial, p.19.

⁶⁴⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo; CARPES, Artur Tompsen *et alii* (coords). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

⁶⁴⁸ BALTAZAR JUNIOR. *Prova Judiciária*, p. 163.

⁶⁴⁹ Apesar disso, em decisão recente, publicada em 29.11.2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um caso em que a prova se mostrava de impossível produção a ambas as partes, aplicou a teoria da verossimilhança preponderante, uma espécie de módulo de controle do convencimento judicial. Cf. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma, REsp nº1.320.295/RS, Rel. Min.Nancy Andrighi, j. 15.10.2013, DJE 29 de nov. 2013.

Os modelos de constatação e o fenômeno do ônus atuam em momentos diversos. Os modelos de constatação eleitos a fim de se verificar a suficiência da prova atuam na fase de valorização da prova, determinando ao juízo qual o valor conferido às provas produzidas nos autos. As regras do ônus, por sua vez, atuam no apontamento dos elementos de prova produzidos nos autos, ou seja, no momento de valoração da prova, sendo operadas, também, na fase de julgamento se, encerrada as fases de valoração e valorização, o juízo não tiver atingido seu “convencimento”, ou seja, a prova não tenha sido suficiente. *“Não é possível confundir a funcionalidade do ônus da prova com aquela exercida pelos standards probatórios, como se, em todo caso de insuficiência de prova, se pudesse reduzir o módulo probatório⁶⁵⁰ a título de buscar um fundamento de fundo para a sentença⁶⁵¹”*.

Além disso, as regras de distribuição atuam ao longo de todo o procedimento, desde o seu início, passando pela instrução, valoração, e, na eventualidade, no julgamento, quando o fato for declarado incerto⁶⁵² ou inexistente. Os módulos de constatação, ao revés, atuam apenas na fase de valorização das provas, no momento de formação do convencimento do juízo.

Portanto, trata-se de um equívoco sustentar as regras de repartição e os *standards* são fenômenos idênticos ou equivalentes. As regras de distribuição não se alteram em face da redução do módulo de convencimento ou do valor exigido para a prova, continuam a ser aplicadas as regras do art. 333 do CPC. O que se altera em face da eleição de determinado *standard* é o grau de suficiência de prova que vai pautar a atividade judicial de valorização. A aplicação do modelo de constatação não excepciona a aplicação das regras do ônus na fase de julgamento, ou antes desta.

“A técnica de distribuição dos ônus probatórios, portanto, opera independentemente do critério utilizado pelo órgão julgador para aferir a suficiência da prova no caso

⁶⁵⁰ Fala-se em *redução do módulo de prova*, quando, diante da dificuldade na produção da prova, a prova plenária não é exigida de nenhuma das partes, contenta-se com *presunções simples* ou *juízos de verossimilhança*. Reduz-se o módulo unitário da prova – robusta e exauriente – aceitando-se a prova possível pelo juízo de verossimilhança. As teorias de redução do módulo de prova se aplicam quando há dificuldade por parte de ambas as partes na produção da prova, para que não seja imposta prova diabólica a uma delas. Esta se diferencia da distribuição dinâmica do ônus da prova porque nesta, há desigualdade entre as partes à luz das possibilidades de produção de provas e uma delas pode suportar o ônus. Dinamiciza-se o ônus, visando alcançar isonomia. Na redução do módulo de prova, há igualdade de condições, mas a prova é de difícil produção para ambas as partes, e daí a necessidade de se reduzir o seu grau de exigência. Para verificação de caso de aplicação da teoria da redução do módulo de prova no Brasil, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 918.257/SP. Rel. Min. Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgamento 03.05.2007, DJ 23.11.2007, p. 465. (CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.102). Ainda a respeito: Cf. NETO. *Ônus da prova*, p.108-112.

⁶⁵¹ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.56.

⁶⁵² CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p. 100.

concreto: dentro dos limites estabelecidos pelo módulo eleito, vai distribuído o ônus de provar, podendo ou não ter lugar a técnica de dinamicização⁶⁵³”.

Dessa forma, a determinação do grau de suficiência da prova necessária ao acolhimento da pretensão não afasta a aplicação das regras do ônus da prova.

5.7 Presunções jurídicas e ônus da prova

Por derradeiro, entende-se relevante a análise da associação comumente feita entre presunções e ônus da prova. Ainda que as presunções normativas ou jurisdicionais não exerçam qualquer limitação, ainda que aparente, na funcionalidade do instituto do ônus da prova, em quaisquer de seus perfis (ao contrário do que parte da literatura jurídico-processual diz ocorrer em relação aos poderes instrutórios e sistema de “livre” convencimento), parece adequado tecer algumas considerações a respeito das presunções jurídicas. Isso porque a aplicação das presunções gera, quase sempre, uma inversão no ônus da prova dos fatos principais alegados pela parte beneficiada por sua aplicação.

As presunções guardam relação com as regras de distribuição do ônus, porque induzem à alteração dos pressupostos fáticos a serem provados (tema da prova, quando se trata de presunções legais) ou mesmo invertem as regras de repartição dos ônus probatórios (no caso das presunções judiciais).

Disserta Artur Carpes que as presunções são produtos “*de um processo lógico, de raciocínio através do qual da existência de um fato reconhecido como certo se deduz a existência de um fato que se desejaria provar*”.

Para Dinamarco, a presunção é “*um processo racional do intelecto pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa*⁶⁵⁴.” Eduardo Cambi, por sua vez, leciona que “*as presunções são o resultado de raciocínios e deduções lógicas, não podendo ser consideradas meios de prova*⁶⁵⁵”.

Estabelece-se, por meio da presunção, através do exame de indícios (ou seja, fatos supletivos), a probabilidade quanto à existência ou inexistência de um fato que é

⁶⁵³ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.101.

⁶⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p.113.

⁶⁵⁵ CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p.360.

indispensável à cognição, ao accertamento dos direitos discutidos. “*O fato conhecido se denomina indício. Ao fato deduzido graças aos indícios se denomina presunção*⁶⁵⁶”.

Desse modo,

“[...] a utilização da presunção, para fins probatórios, pressupõe o concurso de três elementos: i) um fato conhecido; ii) um fato desconhecido; iii) um nexo de causalidade entre esses dois fatos. Assim, o que fica fora do campo probatório são o fato desconhecido e a relação de causalidade, incidindo a atividade probatória sobre a demonstração do fato ao qual a presunção deve se apoiar. [...] A presunção está calcada no conhecimento de um fato secundário, que geralmente é um indício, do qual se pode inferir direta ou indiretamente a existência ou a inexistência de um fato principal (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo). O indício é o fato conhecido (v.g., sinal, vestígio, rastro, circunstância etc.) que indica o fato desconhecido, o qual é a sua causa ou o seu efeito⁶⁵⁷”.

Presente a presunção, a prova dos fatos principais ocorre de modo presumido, de maneira prévia (por lei) ou através da valoração judicial (presunções judiciais). O ônus da prova, então, recai sobre fatos periféricos que, no entanto, são essenciais para que se aplique a presunção. Por exemplo, nos casos de vícios construtivos ou acidentes com a obra no contrato de empreitada, diante da presunção de culpa ou responsabilidade objetiva do construtor, o ônus da prova recai sobre o dano e o nexo de causalidade, cuja prova é obrigatória àquele que invoca a presunção em seu favor. A presença da prova desses fatores é essencial para a aplicação da presunção. Sem ela não é possível a dedução do fato presumido.

As presunções podem ser divididas em simples ou judiciais (*praesumptiones hominis*) e legais ou de direito (*praesumptiones iuris*).

Diferenciam-se umas das outras basicamente porque, nas presunções judiciais há exercício de raciocínio lódigo-dedutivo por parte do juízo que o faz dentro do âmbito da valoração das provas produzidas. Presume o órgão jurisdicional, diante da constatação da existência de indícios e mediante a utilização das *máximas da experiência*⁶⁵⁸, a ocorrência de determinados fatos.

⁶⁵⁶ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, 2010, p. 56.

⁶⁵⁷ CAMBI. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p.361.

⁶⁵⁸ *Máximas da experiência*, também chamadas de *doutrina do direito comum*, são regras extraídas daquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), regras extraídas de casos similares. Advém das propostas da teoria da normalidade, aquilo que ocorre normalmente, que se repete incessantes e repetidas vezes. Muitos teóricos defendem a utilização das máximas da experiência como critérios de valoração e valorização da prova, sob o argumento de que estas garantiriam a racionalidade no processo formativo do juízo de fato (Nesse sentido: MARINONI; ARENHART. *Prova*, p.142-149). Dentro da teoria do processo democrático, não se pode admitir a utilização de máximas da experiência como critérios de motivação da decisão. Esta deve ser extraída da prova produzida nos autos e das normas (princípios e regras) aplicadas ao caso e não de interpretações pessoais, subjetivas, intuitivas, baseadas em experiências pessoais que não se ofertam à crítica, que não se abrem ao contraditório e que não são critério para controle racional da decisão, sob pena de afronta à reserva legal. Portanto, a utilização de máximas da experiência para elaboração de presunções judiciais deve ser vista com reservas, e, para que sejam elaboradas e aplicadas, devem respeitar o devido processo e todas as garantias que

Já nas presunções legais⁶⁵⁹ os fatos presumidos decorrem da lei que, por consequência, substitui o raciocínio judicial no âmbito da valoração. Provados os fatos-base (pela parte beneficiada) que apontam para aplicação da presunção legal, deve o juízo necessariamente aplicá-la. As presunções legais também se fundam em máximas da experiência. Entretanto, a verificação da máxima ocorre pelo legislador que a considera ao normatizar (criar) a presunção. O processo lógico de produção das presunções legais ocorre em abstrato enquanto que nas presunções judiciais se faz em concreto.

As presunções legais podem, ainda, ser divididas em presunções absolutas (*iuris et de iure*) e relativas (*iuris tantum*)⁶⁶⁰. Diferenciam-se conforme admitam, ou não, prova em contrário.

De acordo com Moacyr Amaral dos Santos, as presunções legais subtraem do juízo a possibilidade de julgar, ele próprio, mediante sua atividade de pensamento, a existência de um determinado fato, extraindo-o de outro indício, este sim provado. Nestas, a própria lei realiza semelhante operação, estabelecendo que se *x* está provado, então se presume *y*⁶⁶¹. As presunções legais, assim, segundo o autor, seriam de muito mais valia no momento do julgamento que no instante valorativo. Isso porque elas exerceriam influência na distribuição dos ônus da prova, dispensando o onerado (em cujo favor a presunção milita) do ônus da prova do fato principal, presumido pela lei.

Todavia, isso não significa que a parte que invoca a presunção esteja de todo dispensada do ônus de provar suas alegações. Esta deve necessariamente provar que está em condições de invocar a presunção, provando os outros elementos (indícios, por exemplo: dano e nexos de causalidade) que permitam deduzir a presunção invocada e definida em lei.

Assim, a regra segundo a qual a presunção legal liberaria do ônus da prova aquele que a tem a seu favor, deve ser compreendida da seguinte forma: “*a) quem invoca a presunção legal não deve provar o fato presumido pela lei, mas b) deverá provar os fatos nos quais a lei*

lhes são inerentes, sob pena de criacionismo judicial que substitui o legislador. Essa não é a função do órgão jurisdicional. Mais acerca da utilização de *máximas da experiência*, ver: CASTELI, Tatiana Mezzomo. A utilização das máximas de experiência frente ao princípio do devido processo legal como mecanismo de efetivação da justiça. *Revista Justiça do Direito*. Porto Alegre, v. 22, n.1, 2008, p.32-47.

⁶⁵⁹ Para Leo Rosenberg: “*Presunciones legales de hechos son aquellos preceptos jurídicos que deducen la existencia de un hecho que se requiere como característica definidora de un efecto jurídico, de una circunstancia ajena a esa característica. Por tanto, presupuesto de la presunción (llamada base de la presunción) debe ser siempre una circunstancia fuera del estado de cosas que produce el efecto jurídico en cuestión; pero el efecto de la presunción consiste en la deducción que se saca con respecto a la existencia de aquel estado de cosas*”. (*La carga de la prueba*, p. 183).

⁶⁶⁰ Nesse sentido: Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual, primeira série*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.60.

⁶⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e comercial*, v. V. 1.ed. São Paulo: Max Limonad, 1949, p. 378-429.

*funda a presunção*⁶⁶²”. A presunção legal age modificando o *tema da prova*⁶⁶³, ou seja, o beneficiado pela presunção recebe o ônus de provar o fato sobre o qual esta se funda, o fato base da presunção⁶⁶⁴.

Na verdade, o que ocorre é que não há verdadeiramente qualquer alteração nas regras de distribuição do ônus da prova, tampouco sua inversão, mas modificação dos fatos ou aspectos a serem provados⁶⁶⁵. Há outro modo de distribuição do ônus da prova, estimulado por uma presunção de natureza material⁶⁶⁶. E ainda, quando reconhecida a situação de aplicação, a presunção legal, quando relativa, provoca a inversão do ônus da prova, carreando à parte contrária a faculdade de desconstituir o fato presumido, bem como o ônus decorrente da ausência de contraprova.

São exemplos de presunções legais, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou erro na prestação do serviço (artigos 12 e 14 da Lei 8.087/90), a responsabilidade pela prática de atividade de risco (parágrafo único do art. 927 do Código Civil), a presunção de pagamento das prestações anteriores em caso do pagamento ocorrer em quotas periódicas (art. 322 do Código Civil), a presunção de solidariedade em co-fiança (art.829 do Código Civil), a presunção de veracidade do fato a ser provado por documento não apresentado (injustificadamente) pela parte contrária quando intimada a fazê-lo (art.359 do CPC), a presunção de veracidade dos fatos em caso de revelia (art. 319 do CPC), dentre outros.

Nos dois primeiros casos, cabe àquele que alega a presunção, a prova da ocorrência do dano e do nexos causal, enquanto que no terceiro caso deverá o onerado (a favor de quem milita a presunção) trazer aos autos o contrato de fiança; nos dois últimos basta a inércia injustificada da parte. Já as presunções simples ou judiciais decorrem da atividade de valoração exercida pelo juízo. Chega-se à determinada presunção raciocinando-se por meio daquilo que normalmente acontece⁶⁶⁷. Presume-se a ocorrência do fato desconhecido não só pelo fato de que ele ocorre sempre, frequentemente em determinadas situações, como pelo fato de estarem, naquela hipótese, presentes outras circunstâncias que indicam a sua ocorrência.

Tais presunções são construídas no caso concreto, pelo juízo, a partir das máximas da experiência comum. Parte-se do indício para se presumir a ocorrência de um fato. E, a partir da elaboração da presunção judicial, transfere-se o ônus de provar a não ocorrência do fato

⁶⁶² SANTOS. *Prova judiciária no civil e comercial*, v. V, p. 383.

⁶⁶³ ECHANDIA. *Teoria general de la prueba*, t. I, p. 446.

⁶⁶⁴ PACÍFICO. *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 163.

⁶⁶⁵ Nesse sentido: Cf. ECHANDIA. *Teoria general de la prueba*, t. I, p. 495.

⁶⁶⁶ MICHELI. *La carga de la prueba*, p. 197-198.

⁶⁶⁷ SANTOS. *Prova judiciária no civil e comercial*, v. V, p.406.

presumido à parte contra a qual militou a presunção. Essa inversão ou redistribuição do ônus, portanto, não ocorre previamente, no momento de ajuizamento da ação. Neste momento, quem alega a ocorrência de determinado fato, ainda tem o ônus de provar a sua ocorrência. Na fase saneadora, ao fixar e delimitar os pontos controvertidos, o juízo, verificando a presença de determinados indícios (ou fatos fundantes), conclui presumidamente, arrimando-se em máximas da experiência, que o fato principal alegado aconteceu⁶⁶⁸. Aí sim é que deverá carrear à parte contrária o ônus de elidir a presunção.

Obviamente, como a presunção judicial ocorre no caso concreto e na maioria das vezes sua aplicação não pode ser antevista pela parte contra a qual esta será imposta, julga-se adequado e razoável que o órgão jurisdicional externe seu posicionamento pela aplicação da presunção ainda na fase de saneamento (ao fixar os pontos controvertidos). Assim, conferir-se-á à parte contrária a possibilidade da contraprova, ou seja, a oportunidade de desincumbir-se do ônus de provar a inexistência ou o não cabimento da presunção. Afinal, o ônus da prova é também regra de conduta das partes, devendo ser garantida a estas a efetiva oportunidade de exercer sua faculdade de provar, antes que ela seja convertida em ônus propriamente dito, sem exercício da liberdade de escolha da parte.

Pode-se citar, como exemplos de presunções simples ou judiciais: a culpa do motorista que colide na traseira de um automóvel, a não contratação do serviço ou produto em caso de negatização indevida⁶⁶⁹, a culpa dos profissionais médicos por obrigação de resultado, por exemplo, em caso de cirurgias plásticas⁶⁷⁰. Em todos estes casos, é bom lembrar que, independentemente de se tratar de presunções simples, continuam se aplicando, num primeiro momento, as regras de distribuição do ônus da prova previstas no art. 333 do CPC/1973.

Caberá àquele a favor de quem pode se aplicar a presunção, a prova de seus fatos fundantes: no primeiro caso, a prova de que a colisão deu-se na traseira do veículo; no segundo, a prova de ocorrência da negatização; no terceiro, a prova de celebração de contrato de prestação de serviços médicos para a realização de cirurgia plástica e da ocorrência desta acompanhada do dano e nexos causal. Em todas estas hipóteses, caberá à parte contrária, se for o caso de incidência da presunção, o ônus da contraprova, a fim de afastar a presunção. Tanto nas presunções legais relativas, quanto nas presunções simples, verifica-se uma situação de

⁶⁶⁸ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.59-60.

⁶⁶⁹ CARPES. *Ônus dinâmico da prova*, p.59-60.

⁶⁷⁰ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica, p.174. *In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

aplicação do ônus dinâmico, na medida em que se atribui à parte contrária o ônus decorrente da ausência de prova capaz de desconstituir a presunção.

Não se vislumbra grandes incompatibilidades entre o tema das presunções legais, inversão do ônus ou a alteração do tema da prova com modelo democrático de processo. Em contrapartida, quando se fala em presunções simples, é preciso se ter cuidado, especial atenção e exercício constante de fiscalidade das partes. Esta deve ser promovida por meio do controle da fundamentação do decisório, a fim de se evitar o arbítrio, decisões excessivamente subjetivas, amparadas em máximas da experiência privada e, portanto, insusceptíveis de testificação e oferta à crítica⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Isso porque presunções simples firmadas com base nestes critérios, aplicadas à revelia da lei, poderão causar a imposição de um verdadeiro dever de prova à parte contrária, violando a garantia à livre assunção do ônus (tal qual ocorre com a aplicação da técnica da dinamicização dos ônus quando não existe previsão normativa, como já exposto no Capítulo IV do presente estudo). Assim, caso o juízo opte pela aplicação de presunções simples no caso concreto, deve não só fazê-lo em momento que oportunize a parte produzir prova contra o fato presumido, quanto observar, com obrigatoriedade, a dimensão do contraditório como garantia de não-surpresa, evitando que as partes sejam surpreendidas com argumentos não submetidos ao debate ou ofertados à crítica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio democrático é inseparável das incertezas diante dos constantes obstáculos que se colocam à progressão da liberdade humana. Jamais haverá democracia perfeita. Entretanto, a perpetuação da resignação a esta dificuldade de existir da democracia deve ser combatida para fomento da própria liberdade. A possibilidade de conjecturar-se teoricamente hipóteses que almejem a concretização do Estado Democrático de Direito impõe-se como dever da ciência do processo na pós-modernidade. Amparando-se nessas premissas, procurou-se com o presente trabalho, avaliar e ofertar propostas teóricas para o ônus da prova que possam se harmonizar e viabilizar a implementação do projeto democrático.

Com base nas reflexões promovidas, após longo percurso, extraem-se da pesquisa as seguintes conclusões:

1. Partindo-se de uma compreensão sistemática (autorreferencial) de ordenamento jurídico, observa-se repercussão direta dos modelos de Estado instaurados em determinada época nos sistemas processuais. As opções políticas, econômicas, sociais e valorativas da organização estatal tomadas num determinado momento histórico, formatam um horizonte de sentido para o sistema jurídico-processual implantado. Nesta via, a implementação progressiva, gradual e incessante do Estado Democrático de Direito exige a solidificação de um modelo democrático de processo: atento às garantias constitucionais discursivas, à necessidade de controle e participação direta do povo nos atos de poder estatal como garantia de legitimidade dos provimentos.
2. A alteração nas bases interpretativas do sistema jurídico impõe a necessidade de revisitação teórica de temas afetos ao direito de provar e ao ônus decorrente de seu não exercício. Esta releitura se lança na compreensão de que o processo é espaço permeado pelas garantias de liberdade e igualdade entre as partes, segundo o modelo legal constitucionalizado. O espaço processual democratizado deve ofertar aos destinatários normativos, direitos de participação e de fiscalização incessantes, isentos de qualquer tipo de coerção, a fim de que aqueles também se reconheçam construtores dos provimentos, afastando déficits de legitimidade decisória.
3. Nesse contexto, o direito de provar não pode ser compreendido numa perspectiva (relacionista) de bilateralidade (ou bipolaridade), acompanhado de um correlato dever de prova. A presença de um ônus conectado ao direito de provar não transforma a

faculdade-poder processual de produzir provas, em obrigação das partes trazerem aos autos prova de suas alegações. A prova e demais atos das partes no espaço processual democrático orientam-se pelo interesse natural pelo provimento e este, por sua vez, dispensa a prescrição de deveres pelo Estado. A visão de dever como vínculo de subordinação (sujeito-sujeito), a partir de Fazzalari, é inconciliável com a noção democrática de processo.

4. Numa abordagem científico-democrática, fala-se em prova como garantia processual-fundamental das partes acompanhada de um ônus respectivo. A prova é possibilidade juridicamente assegurada à parte e deve ser instrumentada conforme o seu interesse, de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa no processo, em contraditório. A prova é garantia direta, está intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios. Trata-se de um direito fundamental ligado à fundamentação racional dos provimentos e à garantia de influência das partes.
5. Os provimentos jurisdicionais têm fundamento na estrutura formal do procedimento, com vinculação adstrita à prova nele produzida ou à sua ausência (ônus). Os fundamentos da sentença são egressos da lógica procedimental formalizada. Portanto, se não se colheu prova dentro do espaço procedimentalizado em contraditório, a aplicação do ônus (como desvantagem deliberadamente assumida pela parte) é consequência que se impõe ao juízo.
6. A autonomia teórica alcançada pelo conceito de ônus processual a partir dos estudos de Canelutti, Goldschmidt, Couture e Fazzalari é fundamental para a compreensão do conceito de ônus da prova na teoria do processo democrático.
7. Fazzalari e a perspectiva da teoria estruturalista de processo (premissas para a análise empreendida na presente pesquisa) destacam que os ônus processuais constituem-se como consequências desfavoráveis impostas à parte a quem incumbe a prática de determinada faculdade ou poder, quando esta, voluntária e livremente, decide não os praticar. Sempre que houver uma consequência desfavorável ou desvantajosa conectada ao não exercício de determinada faculdade ou poder processual haverá ônus, nunca sanção.
8. O ônus se situa na esfera da licitude porque decorre (está ligado ao não exercício) de atos lícitos (posições subjetivas: faculdades e poderes) que compõem a estrutura procedimental. Ciente dessa conexão, a parte pode decidir com liberdade e consciência, praticar a faculdade-poder processual ou suportar o prejuízo decorrente

de sua omissão, de acordo com sua conveniência e interesse no processo. Ela não está obrigada a agir e suportar os riscos de sua omissão.

9. Em Fazzalari, dessa forma, o ônus da prova concebe-se como consequência processual conectada à ausência (livre e consciente) de exercício do poder de indicar e propor provas, bem como da faculdade de participar de sua produção.
10. Da justaposição das propostas teóricas de Carnellutti, Goldschmidt, Couture e Fazzalari delinea-se a perspectiva de ônus da prova adequada ao processo democrático, marcada pela presença das seguintes características: (1) liberdade de atuação da parte; (2) interesse do titular; (3) risco de desvantagem processual em caso de não exercício da faculdade-poder de produzir provas; (4) regra de conduta das partes, técnica de valoração de provas e conteúdo de julgamento para o juízo; (5) possibilidade juridicamente assegurada à parte onerada; (6) consequência processual danosa (sucumbência) conectada ao não exercício do direito de provar que se impõe ao titular do comportamento omissivo, quando não se colheu prova alguma em seu benefício; (7) garantia dúplice das partes e obrigação do órgão jurisdicional por implicação do modelo constitucional e democrático de processo.
11. O ônus da prova, no processo democrático, projeta-se como consequência processual desvantajosa, deliberadamente assumida pela parte que decide não exercer o seu direito de provar. Trata-se do resultado decorrente do não exercício do direito de provar. A sua imposição ao onerado ocorrerá, toda vez que não se tiver produzido provas favoráveis às suas alegações, diante da possibilidade de aquisição processual.
12. O ônus da prova possui duplo grau funcional: orienta partes na conduta probatória e o juízo na valoração das provas e construção do pronunciamento decisório final, ditando o conteúdo decisão, no caso de ausência de provas. Os aspectos subjetivo e objetivo do ônus probatório são complementares dentro do esquema de processo democrático.
13. A ideia de distribuição do ônus probatório existe desde o Direito Romano e em torno dela surgiram diversas teorias que tentaram explicar e justificar os critérios de distribuição. Entre antigas, de inspiração civilística, e modernas. Nas atuais, há dois grupos: aquelas que destacam o aspecto subjetivo do ônus, entrando nessa defesa, Chiovenda, Carnellutti e Betti e aquelas que ressaltam a prevalência do aspecto objetivo do ônus da prova, enquadrando-se aqui Rosenberg, Micheli e Echandia.
14. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adotou, como regra geral (art.333) posicionamento no mesmo sentido das variantes teóricas estáticas, fundadas na posição assumida pelas partes no processo, conjugada à natureza dos fatos que

fundamentam suas pretensões (demanda ou defesa). Há, entretanto, na legislação nacional, outros dispositivos que acabam por albergar o critério (de inspiração Rosenberguiana) de que sempre cabe à parte a prova dos pressupostos fáticos da norma invocada. Houve também opção legislativa pela adoção da técnica do ônus dinâmico em alguns dispositivos como o parágrafo único do art. 333 do CPC/1973 e art. 6º, VIII do CDC.

- 15.** No direito comparado, particularmente na Argentina, Espanha, Portugal e Alemanha, a aplicação da técnica de dinamicização do ônus da prova tem-se notabilizado. Não obstante a ausência de regulamentação legal para a aludida técnica, esta se fundamenta, de acordo a literatura jurídico-processual especializada, na exigência de aplicação dos deveres de cooperação intersubjetiva, perspectiva do justo processo, direito à igualdade substancial, necessidade de adequação do processo às peculiaridades do caso concreto e afastamento da prova diabólica. Boa parte dos fundamentos invocados para sustentar a dinamicização do ônus probatório está jungida à perspectiva de socialização do processo e se compatibiliza com as bandeiras erguidas pelo Movimento de “Acesso à justiça”, difundidas no Brasil pelo instrumentalismo positivo de Dinamarca e seus seguidores.
- 16.** O recurso à técnica procedimental do ônus dinâmico somente é compatível com a teoria do processo democrático quando previamente assentada em bases normativas. Apenas a previsão normativa objetiva e casuística da técnica pode evitar que a redistribuição do ônus na decisão de saneamento imponha um dever de prova à parte contrária. A previsão legal da técnica além de coibir a atuação arbitrária e solipsista do juízo, livrando as partes de serem coagidas a produzir provas, garante segurança jurídica à parte onerada pela redistribuição, na medida em que esta passa a ter ciência, desde o início processo, de que a dinamicização pode vir a ocorrer no curso do processo. Além disso, o ônus dinâmico previsto em lei pode coibir o ativismo probatório do juízo, evitando que este aja suprimindo deficiências processuais de uma das partes no processo, impondo coativamente à outra o dever de produzir provas.
- 17.** O embricamento temático verdade-prova-processo tornou-se forte com o advento da concepção publicística-socializadora-instrumental de processo que outorgou aos juízes a tarefa de implementação de uma inesclarecida “tutela justa”, convertendo a estrutura procedimental para a produção da prova no processo civil num genuíno instrumento produtor de “verdades” por meio das decisões. A verdade é qualificada

como escopo do processo instrumental e orienta perspectivas funcionais de padronização decisória, segurança jurídica, previsibilidade e rapidez procedimental.

- 18.** Há uma série de teorias que buscam encontrar respostas à questão da verdade. A grande maioria delas, contudo, não se aproxima da ideia obscura e inesclarecida de verdade perseguida pelo processo instrumental. Dentre as teorias abordadas na filosofia e epistemologia, deve ser dado destaque à concepção de verdade de Jürgen Habermas. A perspectiva de verdade consensual em Habermas resgata a dimensão do diálogo, da comunicação intersubjetiva e da interação, que permitem os destinatários do discurso se reconhecerem construtores deste e são fatores de singular relevância na construção da noção do processo democrático (guardadas as devidas ressalvas).
- 19.** A assertiva de que a prova desnuda a verdade, deflagra um discurso autoritário embebido de um solitarismo judicial, em patente retrocesso à filosofia da consciência. E isso se torna ainda mais perigoso quando associado a objetivos instrumentais de justiça quantitativa. É imprescindível, assim, que o processo democrático se abra à necessária ruptura do padrão autoritário de decisão amparado na perseguição da “verdade”.
- 20.** O instituto da prova não é axioma da verdade e nem com esta possui relação. Não se permite (em processo democrático) que o sentido do signo verdade seja ditado pelo juízo exclusivo e autoritário do decisor, sob pena de perpetuação da violência simbólica institucionalizada pelo discurso ético do justo. Por isso, a palavra “verdade” deve ser extirpada da teoria do processo.
- 21.** A ampliação dos poderes instrutórios do juízo com conseqüente objetivação e suposto déficit de funcionalidade das regras do ônus da prova detêm relação direta com o fenômeno de socialização processual. O reforço aos poderes instrutórios ou redução das situações de aplicabilidade das regras do ônus da prova sinalizam para um perfil autoritário de decisão e de processo. Estes, por sua vez, são inconciliáveis com o espaço processual discursivo, equilibrado, permeado pela liberdade das partes, reserva legal e materializado pelo exercício dinâmico das garantias constitucionais.
- 22.** A atuação probatória do juízo só deve ser admitida supletiva e subsidiariamente, apenas nas situações em a prova produzida se mostrar obscura ou contraditória.
- 23.** A concessão de poderes instrutórios supletivos ao juiz não significa que as regras de distribuição do ônus da prova tenham se esvaziado. Ao contrário, tais regras indicam uma limitação destes poderes.

24. A alteração no sistema de apreciação das provas da certeza legal para o sistema da persuasão racional que, por conseguinte, instituiu o princípio da “livre” apreciação da prova, em nada alterou o grau de funcionalidade ou o significado das regras do ônus da prova. Isso porque a “livre” apreciação dirigida ao órgão jurisdicional deve guardar amarração lógica com a reserva legal, com a fundamentação das decisões, e, conseqüentemente, com a estrutura de procedimentação compartilhada, evitando-se devaneios e ideações judicantes em busca da inatingível e obscura verdade real.
25. Os *standards* probatórios não se confundem com as regras de distribuição do ônus da prova. O módulo de prova escolhido determina o grau de suficiência da prova exigida para o acolhimento da pretensão, fazendo-se presente, portanto, no momento de valorização das provas. Já as regras que distribuem o ônus da prova atuam desde o início do processo, estruturando a conduta probatória das partes, atuando na valoração das provas e ditando o conteúdo da decisão do juízo.
26. As presunções jurídicas guardam relação com as regras de distribuição do ônus probatório porque atuam induzindo a alteração dos pressupostos fáticos a serem provados (tema da prova, quando se trata de presunções legais) ou mesmo invertem as regras de repartição dos encargos probatórios (no caso das presunções judiciais).
27. Quando se fala em presunções simples, no entanto, é preciso se ter cuidado, especial atenção e exercício constante de fiscalidade das partes, a fim de se evitar o arbítrio jurisdicional.

Da análise das variantes teóricas coligidas, conclui-se que a teorização do instituto do ônus da prova sob bases autocráticas instrumentais reduz o campo de ação e a funcionalidade do aludido instituto processual, desvirtuando a intenção originalmente proposta pelas técnicas de repartição, a saber: permitir o diálogo, o exercício da liberdade e ampla argumentação das partes, com o conseqüente controle de fundamentação do decisório (como ato de poder estatal).

Na teoria do processo democrático, vale destacar novamente, o ônus da prova não pode ser compreendido, segundo a perspectiva relacionista, como dever de produzir prova, uma vez que a estrutura procedimental democrática constrói-se a partir de possibilidades processuais juridicamente asseguradas, nunca sobre atos de coerção que obrigam o sujeito a determinada conduta. O interesse natural das partes pela decisão final dispensa a prescrição de deveres. E é este interesse que orienta a assunção, ou não, do ônus decorrente da ausência de provas.

As regras de distribuição vinculam o juízo na valoração e no julgamento (na hipótese de ausência de provas). Estas também assumem a função de garantia dúplice junto às partes: orientam sua conduta probatória, conferindo previsibilidade e segurança no conteúdo do julgado, já que se não há provas produzidas, a aplicação da sucumbência é medida que se impõe à parte onerada. O ônus da prova, portanto, compreendido dentro da estrutura do processo democrático, premia o exercício das garantias discursivas das partes ao permitir a participação, fiscalização e controle destas nos atos decisórios que lhes digam respeito, evitando déficits de legitimidade.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e rev. por Alfredo Rossi. Revisão de tradução Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. *In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.]. 1. ed. Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.125-152.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), v. I. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- ALMEIDA, Flávio Renato de Almeida. Do Ônus da Prova. *Revista de Processo*. São Paulo, nº71, jul./set. 1993, p.49-61.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(4)%20formatado.pdf)> Acesso em: 10.06.2012.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Direito constitucional à prova e suas limitações. *In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho (Coords.). Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.311-328.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ANGELUCCI, Cleber Affonso. Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor e o projeto de código de processo civil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v.59, n. 399, dez/2011, p.81-112.
- ARAZI, Roland. Deberes del Juez y Carga de las partes en la etapa probatória. *La Prueba: Homenage al Maestro Hernando Devis Echandia*. Bogotá: Universidad Libre, 2002, p.152-162.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*. Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ano 2000. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 07.11.2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. A Verdade Substancial. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº3, set.-dez. ,1996, p.685-695.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Maio/2006, v.54, n.343, p.25-60.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, v. II. 5. ed. São Paulo: RT, 1996.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002.

AUDI, Robert. *Dicionário de Filosofia de Cambridge*. Tradução: João Paixão Netto, Edwino Aloysius Royer *et al.* São Paulo: Paulus, 2006.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado desenvolvida e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2006.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios*. In: KNIJNIK, Danilo; CARPES, Artur Tompsen *et alii* (coords). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.153-170.

BARACAT, Edgar J. Estado actual de la teoria de la carga dinámica de la prueba com especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la matéria juzgada. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.267-319.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas Probatorias Dinâmicas: Que Debe Probar el que ni Puede Probar? In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.]. 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 99-107.

BARBERIO, Sergio José. La imparcialidad judicial. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; PEYRANO, Jorge W (Coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 21-41.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves Reflexiones sobre la iniciativa oficial en matéria de prueba. *Temas de Direito Processual: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.79-86.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, nº48, out./dez. 1985, p.111-118.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual Civil: 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.73-82.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um Processo Socialmente Efetivo. *Revista Síntese de Direito e Processo Civil*. Porto Alegre, nº11, maio-jun. 2001, p.5-14.

- BARROS, Flaviane Magalhães. Ensaio de uma teoria geral de processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006, p.227-237.
- BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do processo penal – lei nº. 12043/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BARROS, Flaviane Magalhães; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Princípio de Imparcialidade e Reformas dos Estatutos Processuais: Análise Crítica à Luz do Modelo Constitucional de Processo*. Artigo publicado nos Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte/MG, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>> . Acesso em: 20.11.2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade*. São Paulo: Círculo do Livro, 1995.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: RT, 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma: Foro Italiano, 1936.
- BLAKCBURN, Simon. *Dicionário de Oxford de Filosofia*. Trad. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10.10.2013
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10.10.2013
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 27.01.2013

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22.10.2013.

BRASI. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 10.10.2013

BRASIL. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)*.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 16.08.1990.

BRASIL. *Modelo de Código Brasileiro de Processo Coletivo por Ações Temáticas*. Trabalho apresentado ao programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no 1º sem./2012, sob a coordenação do professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/>>. Acesso em 03.09.2012.

BRASIL. *Novo CPC Substitutivo Final – Emenda Aglutinativa Substitutiva Global – texto provisório*. Relator Deputado Paulo Teixeira. Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/178164981/Novo-CPC-Substitutivo-FINAL-Emenda-Aglutinativa-Substitutiva-Global-Texto-provisorio>>. Acesso em: 23.10.2013.

BRASIL. *Projeto de lei 5.139/2009, Anteprojeto do Código de Processo Coletivo*. Disponível

em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 04.08.3013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Turma, REsp nº1.300.588 - RJ (2011/0306656-3).

Rel. Ministro César Asfor Rocha.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 4ª Turma, REsp nº720.930/RS, Rel. Min. Luis Felipe

Salomão, j. 20.10.2009, DJE 09 de nov. 2009.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Seção, REsp nº802.832/MG, Rel. Min. Paulo de

Tarso Sanseverino, DJE 21 de set. 2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Turma, REsp nº 883656 / RS, Rel. Min. Herman

Benjamin, j. 09.03.2010, Dje 28 de fev. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma, REsp nº 1084371 / RJ. Rel. Ministra Nancy

Andrighi, j. 01.12.2001, DJe 12 de dez. 2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma, REsp nº 896435 / MG. Rel. Ministra Nancy

Andrighi, DJe 09 de nov. 2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma, REsp nº 1135543/ SP. Ministra Nancy

Andrighi, j. 22.05.2012, DJe 07 de nov. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 216315 / RS, Rel. Min.

Mauro Campbell Marques, j. 23.10.2012, DJe 06 de nov. 2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 1ª Turma, REsp nº 803995/RS. Rel. Min. José Delgado, j. 28.08.2006, DJ 18 de set. 2006, p.284.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2ª Seção, REsp nº 1.395.254/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 18 de out. 2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 4ª Turma, REsp nº 619148/MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 20.05.2010, DJe 01 de jun. 2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma, REsp nº 1.320.295/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2013, DJE 29 de nov. 2013.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, 2º sem. 2005, p.147-161.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (coord.). *Processo civil reformado*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 407-456.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277- 309.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; PAOLINELLI, Camilla Mattos. O Novo Código de Processo Civil: notas sobre o Projeto Barradas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et alii* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*, v.I. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.441-470.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

BUZAID, Alfredo. Do Ônus da Prova. In: *Estudos de Direito*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p.45-75.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 32, n. 153, nov. 2007, p. 33-46.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito Constitucional à Prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Provas Atípicas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos se Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.328-340.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p.675-679. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Parte prima. Milano: Giuffrè, 1962.

CAPPELLETTI, Mauro. La dimensione sociale: l'accesso allá giustizia. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: Studi di diritto comparato*. Bologna, II, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas Probatorias Dinâmicas: uma mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.]. 1. ed, *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.197-228.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do Processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, n.7, set./out.2000, p.5-14.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. II. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseler, 2001.

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

- CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Legitimidade dos provimentos: fundamentos da ordem jurídica democrática*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-44.
- CASTELI, Tatiana Mezzomo. A utilização das máximas de experiência frente ao princípio do devido processo legal como mecanismo de efetivação da justiça. *Revista Justiça do Direito*. Porto Alegre, v. 22, n.1, 2008, p.32-47.
- CASTRO MENDES, João de. *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.235-262.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e giusto processo (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n.90, p.95-150.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. Torino: UTET, 1999.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução: Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- DALL'AGNOL, Antônio Janyr. *Comentários aos ementários ao Código de Processo Civil*, v. II. São Paulo: RT, 2000.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica do ônus probatório. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, nº788.

DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparato del proceso legal*. Traducción: Andrea Morales Vidal. Colaboración: Pablo Rulz-Tagle Vial. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução: Erico Maciel. 5. ed. Campinas: Minelli, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria de legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. IV. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DOURADO, Francisco Rabelo. *Presunção de enriquecimento ilícito e inversão do ônus da prova na ação de improbidade administrativa: a defesa do réu a partir da processualidade constitucional democrática*. In: NOVAIS, Fabrício Muraro; OLIVEIRA, Francisco Cardoso; KEMPFER, Marlene. *Processo e Jurisdição II*. CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p.415-444.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1937.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e Consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1976.

FABRI, Andréa. *Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do Direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes theorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução: Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Alberico Alves da Silva. Repensando a cidadania no Brasil. In: GALUPPO, Marcelo Campos (coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.13-28.

GARRELL, Richard-Paul Martins. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/Minas, 2013, p.145. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GarrellRP_1.pdf>. Acesso em 21.08.2013.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº3, set.-dez. 1996, p. 583-593.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, Tomo I. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Ônus, Dever e Obrigação: Conceitos e Distinções. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº559, maio 1982, p.50-63.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, nº4 e Ano V, nº5 – 2003-2004, p.213-259.

GRESTA, Roberta Maia. *A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre*

concepções de estado e processo. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROVER, Aires José (coords.). *Processo e jurisdição*. CONPEDI/UFF, Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 105-127.

GRESTA, Roberta Maia. *Segurança Jurídica*: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eecca5b6365d9607>>. Acesso em: 20.11.2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando apesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade, v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade, v. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KARAM, Munir. Ônus da Prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, nº17, jan.-mar. 1980, p.50-60.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.172-177.

KNIJNIK, Danilo. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.html>. Acesso em 24.11.2012.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do Ônus da Prova: Regra de Julgamento ou Procedimento? *Revista de Processo*, São Paulo, nº138, ago.2006, p.277-288.

KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph y otros autores. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo tercero. Barcelona: Editorial Herder, 1979.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las Cargas Probatorias Dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. ; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1 ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 109-124.

LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba em derecho civil*, Tomo I. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 2. ed. Madrid: Hijos de Reus, 1906.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1971.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, II e III. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Palmas: Intellectus Editora, 2003.

ISAIA, Cristiano Becker. *A decadência do procedimento ordinário diante da noção de verdade no processo civil moderno*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c3a690be93aa602e>>. Acesso em: 21.08.2013.

LODÉA, A.L. *Razão e Consenso em Habermas*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/.../14669>>. Acesso em: 29.08.2013.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e Constituição: uma discussão necessária*. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/06/1335-por-um-novo-constitucionalismo-por.html>>. Acesso em 05.07.2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Sobre a corrupção, drogas, bullying, ataques em escolas e outras violências*. Disponível em:

<<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2012/12/1278-sobre-corrupcao-drogas-bullying.html#comment-form>>. Acesso em: 30.07.2013.

MALATESTA, Nicola Framarino del. *A lógica das provas em matéria penal*, v. V Tradução: Waleska Giroto Silverberg. 3. ed. Campinas: Conan, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.8, set/out.2005, p. 19-26.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito civil*, v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Ônus processual, figura fundamental da teoria do processo: conceito em Goldschmidt, Carnelutti e Fazzalari. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, Nova Fase, v.II, ano 2006, p.209-220.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória: imposição do ônus da prova para o órgão da acusação*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/ Movimento Editorial, 2006.

MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba: los grandes temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1990.

MELENDO, Santiago Sentis. Natureza da prova: a prova é liberdade. Tradução: Raymundo Faoro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ano 70, v. 246, n. 850-852, abr/jun. 1974, p. 93-100.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR.; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.684-704.

MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judiciarius medieval* e no processo assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.69-92.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução: Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A. A da Cruz Coutinho Editor, 1871. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/bd000146.pdf>. Acesso em: 29.01.2014.

MURIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O princípio da comunhão da prova. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 111-130.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NETO, Vicente Higino. *Ônus da prova: teorias do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145-165.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Allan Helber de. Acesso à justiça: a qual justiça? In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos (Org.). *Lições de Cidadania*. Brasília: OAB Editora, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, 2003, p. 01-29.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus*: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n.3, 2004, p. 01-32.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.213, v.37, 2012, p.161-190.

PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.75-98.

PERYANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W. ; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.13-18.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PERYANO, Jorge W. ; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.19-24.

PEYRANO, Jorge W. Sobre el activismo judicial. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; PEYRANO, Jorge W. (Coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 11-16.

PEYRANO, Marcos L. La teoría de las 'cargas probatorias dinámicas em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000). In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.179-193.

PROTO PISANI, Andréa. *Lezione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t.IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

POPPER, Karl Raymund. *Conhecimento Objetivo*. Tradução: Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia, 1975.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins & outros. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

POPPER, Karl Raymund. *O mito do contexto*. Tradução: Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1996.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas, Livraria do Advogado, 1999.

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em 16.08.2013

PORTUGAL. *Novo Código de Processo Civil*, introduzido pela Lei nº41/2013 de 26 de junho de 2013. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2013/06/12100/0351803665.pdf>>. Acesso em 16.08.2013

PUGLIESE, Giovanni. Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano *per formulas*. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume Terzo, Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1958, p. 579-617.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas Probatorias Dinâmicas: um giro epistemológico. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.] 1. ed, *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.25-34.

RAMOS, Glaco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 59, n. 402, abril/2011, p.29-49.

RANGEL, Rui Manoel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1939.

RODRIGUES, Wanderlei Horácio. *Acesso à justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSENBERG, Leo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Traducción: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Judiricas Europa-America, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária Cível e no Comercial*, v. I. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no civil e comercial*, v. V. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1949.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade real *versus* verdade formal no processo civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 20, nov/dez 2002, p. 17-21.

SOTELO, José Luis Vazquez. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 34, n. 177, nov. 2009, p. 93-152.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, p.138-149.

- STRECK, Lenio Luiz. O problema do livre convencimento e do protagonismo judicial nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (coords.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.55-74.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. *Trattato di diritto civile e commerciale*, tomo II, v. III. Milano: Giufrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. 2. ed. Tradución: Jordi Ferrer Beltran. Madri: Editorial Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? Trad. Andrés Bordalí Salamanca. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXI, n. 1, p. 129-151, julho 2008. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 02.05.2011.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: São Paulo, 2012.
- TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 36, n. 195, mai. 2011, p. 111-136.
- TEPSICH, Maria Belén. Cargas Probatorias Dinâmicas. In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.]. 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.153-167.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO, Júnior Alexandre Martins. *Direito processual civil: institutos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.243-249.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*, v. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/>>. Acesso em 22.08.2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo civil brasileiro: prova; princípio da verdade real; poderes do juiz; ônus da prova. *In: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. La prueba: homenaje ao maestro Hernando Devis Echandía.* Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2002, p. 207-227.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

VARELA, Antunes *et alii.* *Manual de Processo Civil.* 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. *In: VELLOSO, Adolfo Alvarado; PEYRANO, Jorge W. (Coords.). Activismo y garantismo procesal.* Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 145-161.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Carnelutti, o Estado e o ônus da prova. *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* Belo Horizonte: PUC Minas, Faculdade de Direito, v.1, n.2 (2º sem.1998), p.45-52.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial.* Traducción: Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo.* São Paulo, nº76, out./dez. 1994, p.141-145.

WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas. *In: PERYANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coords.].* 1. ed. *Cargas Probatorias Dinámicas.* Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.35-73.

ZANETI JR., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. *In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. [Coord.]. Provas: aspectos atuais do direito probatório.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 179-227.

ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia.* Tradução: Vera Ribeiro. 1. ed. 1 reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.