FLÁVIA BENZATTI TREMURA POLLI RODRIGUES

Apontamentos Críticos à Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2015

FLÁVIA BENZATTI TREMURA POLLI RODRIGUES

Apontamentos Críticos à Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de direito processual, sob a orientação do Professor Dr. José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Rodrigues, Flávia Benzatti Tremura Polli
Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova / Flávia Benzatti Tremura Polli Rodrigues. -- São Paulo, 2015.
220 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 2015
Orientador: Prof. Dr. José Carlos Baptista Puoli
Bibliografia
Notas de rodapé

1. Direito processual. 2. Prova. 3. Onus probandi. I. Título.

CDU 347.94

Nome: Rodrigues, Flávia Benzatti Tremura Polli

Título: Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre guiou os meus passos e proporcionou todo o necessário para que pudesse completar mais esta etapa de minha vida acadêmica.

Ao meu amado esposo com amor e admiração por sua paciência, compreensão e preciosos comentários e críticas para o aprimoramento das ideias debatidas neste estudo, e por todo o apoio durante esta longa jornada.

Aos meus pais, por me darem a vida e por terem estado ao meu lado em todos os momentos importantes, em especial à minha mãe, por sua compreensão e amor incondicionais, e por não ter medido esforços para que eu pudesse sempre ter a melhor educação.

Ao querido e saudoso mestre José Ignácio Botelho de Mesquita que muito contribuiu para a minha formação acadêmica e fez despertar em mim o interesse, a curiosidade e a inquietação palpitante pelo processo civil.

Ao meu estimado orientador José Carlos Baptista Puoli, por seu apoio, disponibilidade e principalmente por suas valiosíssimas contribuições para o engrandecimento desta dissertação.

Ao processo civil, ao contrário, a lei é tudo o que importa. Estorvo é tudo o que impeça o conhecimento exato do direito e o cumprimento exato da lei, único instrumento de defesa no confronto da sociedade civil com a potestade estatal, de defesa, antes de mais nada, da liberdade política do povo.

José Ignácio Botelho de Mesquita

RESUMO EM PORTUGUÊS

Rodrigues, Flávia Benzatti Tremura Polli. Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova. 2015. 220 páginas. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O ônus da prova tem sido tradicionalmente distribuído no processo civil brasileiro segundo disposições legais prévias, contidas em geral no artigo 333 do Código de Processo Civil e que em geral seguem os brocados jurídicos *onus probandi incumbit ei qui allegat*, *probatio incumbit asserenti* e *semper necessitas probandi incumbit illi quit agit*. Nos últimos anos, no entanto, tem crescido na doutrina e na jurisprudência a tendência de atribuir o *onus probandi* à parte que supostamente tem mais facilidade em produzir a prova nos autos, independentemente da distribuição predeterminada pela lei. A inspiração para esta mudança vem da teoria argentina das "cargas probatórias dinâmicas", introduzida pelo juiz Jorge Peyrano e que teria suas raízes, supostamente, no trabalho de Jeremy Bentham. O projeto de um novo Código de Processo Civil, que está sendo discutido no Congresso Nacional, muito provavelmente incluirá disposição autorizado expressamente que o juiz desloque o ônus da prova de uma parte para a outra quando entender que esta última tem melhores condições de produzí-la. Os riscos invocados contra esta teoria são o aumento da insegurança jurídica, da possibilidade de arbitrariedade do julgador e da dificuldade de estabelecer previsões sobre sucesso processual, impedindo que as partes possam tomar as melhores decisões sobre como se portar antes e durante um eventual processo. Também há crítica contra o enfraquecimento da imparcialidade do juiz, o que, segundo os defensores da teoria, não ocorreria. Uma análise dos argumentos contra e a favor da teoria do ônus dinâmico da prova, dos instrumentos já existentes no direito brasileiro para os problemas que esta teoria vida atacar, e das novas disposições legais a serem em breve introduzidas demonstra que existe uma linha tênue a ser traçada e seguida para que se atinjam os benefícios pretendidos, sem cair em novos problemas. É importante adotar e interpretar as novas normas processuais cuidadosa e atenciosamente, de modo a evitar prejuízo a garantias básicas dos jurisdicionados.

Palavras chave: ônus da prova, cargas dinâmicas, ônus dinâmico.

ABSTRACT

Rodrigues, Flávia Benzatti Tremura Polli. Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova. 2015. 220 pages. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Burden of proof – in the sense of burden of production – has been traditionally established in Brazilian Civil Procedure by statute law, often associated with the Latin maxims *onus probandi incumbit ei qui allegat*, *probatio incumbit asserenti* and *semper necessitas probandi incumbit illi quit agit*. However, there has been a growing tendency between scholars and civil courts over the last years to shift the burden of proof to the party who could "more easily" produce the evidence, in despite of the statutory provisions on the matter. Inspiration for this change comes from the Argentinean legal theory of "dynamic burden of proof" introduced by Jorge Peyrano and with its roots supposedly rested on the work of Jeremy Bentham. A bill for a new Civil Procedure Code is being discussed in Brazilian Parliament and shall probably provide authorisation for judges to shift the burden of proof from one party to another when he thinks it is easier to the latest to produce the evidence needed. The risks involved in this new way of asserting the burden of proof are the increase of legal uncertainty, abuse of discretion and unpredictability of judicial outcomes, preventing parties from making better choices of how to conduct themselves before and during a legal case. There is also criticism regarding the weakening of judicial impartialness, something that – for the adepts of this new theory – just does not happen. An analysis of the arguments for and against the theory of dynamic burden of proof, the remedies already available in Brazilian law for the problems this theory is supposed to solve, and the new legal provisions to be soon introduced demonstrates that there is a thin line to be traced and followed in order to achieve the desired benefits without falling onto its feared pitfalls. It is important to adopt and construct the new procedural rules carefully and with caution in order to avoid infringement of basic guarantees.

Keywords: burden of proof, dynamic burden of proof

1. INTRODUÇÃO

2. A PROVA E A INVESTIGAÇÃO DA VERDADE

2.1. A prova e seu lugar no processo

2.2. As diferentes formas de percepção da realidade: verdade, certeza, probabilidade e verossimilhança

2.3. A verdade no processo civil

2.4. A relevância da verdade para a distribuição dinâmica do ônus da prova

3. ÔNUS PROCESSUAL

3.1. Definição e características

3.2. Ônus processual no processo civil brasileiro

4. ÔNUS DA PROVA

4.1. Conceito

4.2. Origem e desenvolvimento

4.2.1. Direito Romano

4.2.2. Direito Bárbaro Germânico

4.2.3. Idade Média

4.2.4. Direito Português

4.2.5. Direito Brasileiro

4.3. Aspectos teóricos da distribuição fixa do ônus da prova

4.3.1. Jeremy Bentham

4.3.2. Giuseppe Chiovenda

4.3.3. Leo Rosenberg

4.3.4. Gian Antonio Micheli

4.3.5. Hernando Devis Echandia

4.3.6. Fundamentos do ônus fixo da prova no processo civil brasileiro

4.4. Importância para o estudo do ônus dinâmico

5. OUTROS ASPECTOS SOBRE O ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO

5.1. Ônus objetivo e subjetivo

5.2. Formas de introdução da prova no processo: princípio dispositivo e princípio inquisitivo

5.3. Autoridade que distribui o ônus da prova: ônus prefixado, ônus dinâmico e inversão sobre o ônus da prova

5.3.1. A teoria do ônus dinâmico da prova

5.3.2. O ônus dinâmico da prova na Argentina

5.3.3. Críticas na Argentina à teoria do ônus dinâmico

6. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

6.1. Desenvolvimento histórico até o Código de 1973

6.2. A regra geral de distribuição no Código de 1973

6.3. Normas legais específicas de interesse para o ônus da prova

6.3.1. As presunções relativas

6.3.2. A distribuição por convenção das partes

6.3.3. A inversão legal e judicial do ônus da prova

6.4. Os poderes instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova

6.4.1. A questão sobre a igualdade entre as partes

6.4.2. A questão sobre a imparcialidade do juiz

6.4.3. O impacto dos poderes instrutórios na distribuição do ônus da prova

7. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

7.1. Críticas ao modelo de distribuição pré-fixada e a teoria do ônus dinâmico no processo civil brasileiro

7.2. Proposta legislativa para inclusão do ônus dinâmico no novo Código de Processo Civil

7.3. Fundamentos à distribuição dinâmica do ônus da prova

7.4. Ausência de previsão legal

7.5. Existência de outras soluções legais para a dificuldade probatória das partes

7.6. Aspectos gerais da distribuição dinâmica sob a perspectiva do projeto do novo Código de Processo Civil

7.6.1. Ônus dinâmico, inversão do ônus da prova e presunções relativas

7.6.2. Conceitos abertos e interpretações subjetivas

7.6.3. Caráter excepcional da distribuição dinâmica

7.7. Aplicação do ônus dinâmico pelos tribunais

7.7.1. Erro Médico

7.7.2. Dano Ambiental

7.7.3. Custos com a produção da prova pericial

7.7.4. Relações de consumo

8. CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

"Quem alega deve provar", "Ninguém é obrigado a provar fato negativo" e "O ônus da prova é de quem acusa". Estas são algumas das máximas de senso comum a respeito de quem deve provar algo no processo civil que há séculos são repetidas. Embora o jurista saiba o quanto essas afirmações podem ser enganosas -– simplificando por demais um tema que possui diversas nuances, exceções e opiniões contraditórias – não é raro encontrá-las no raciocínio e argumentação de advogados e juízes em suas peças e decisões processuais. Isso porque, por trás delas, encontra-se a ideia firmemente arraigada de que existem regras fixas e de conhecimento comum a respeito do tema, determinando qual parte sofrerá as consequências da eventual inexistência de prova de um fato. Essa ideia, contudo, vem sendo flexibilizada no Brasil.

O novo Código de Processo Civil – que deve resultar do Projeto de Lei nº 8.046/2010, atualmente em discussão no Senado Federal[1], e que neste estudo será referido simplesmente como "novo Código de Processo Civil" – traz uma regra que altera a forma de tratamento atual da distribuição do ônus da prova. Se aprovado tal como em sua versão atual, ele passará a permitir que o juiz, considerando as circunstâncias e peculiaridades envolvidas no caso, afaste a regra fixa estabelecida pelo legislador, para modificar as regras de distribuição do ônus da prova, impondo-o à parte que verificar no caso concreto estar em melhores condições de produzi-la. Em oposição ao regime atual, esta possibilidade já tem sido aceita pela doutrina e, mesmo pela jurisprudência, sob a denominação de *ônus dinâmico da prova* ou, para usar a expressão argentina popularizada no Brasil, de *carga dinâmica da prova*.

---

[1] A versão do projeto do novo Código de Processo Civil utilizada neste trabalho é aquela constante do relatório do Senador Vital do Rego, aprovada no dia 4 de dezembro de 2014, e que foi enviada para votação no plenário do Senado, por ser a versão mais atualizada no momento de sua conclusão. Esta versão foi consultada no dia 14 de dezembro de 2014 no *site* http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141204-04.pdf

Esta teoria foi desenvolvida no final do século XX com os estudos, na Argentina, de Jorge Peyrano e Julio O. Chiapini, para quem o ônus da prova deve ser atribuído a quem se encontre em melhores condições de produzi-la[2], de modo a, em tese, assegurar uma real igualdade de condições entre as partes no processo.

No Brasil, essa ideia ou teoria vem sendo adotada por parte da doutrina, que destaca seu suposto caráter igualitário e a forma como ela solucionaria alguns problemas comuns relativos ao ônus da prova como, por exemplo, a denominada *probatio diabolica*. O ônus dinâmico também passou a ser objeto de ampla discussão em congressos, convenções, salas de aula e, aos poucos, passou a receber também a atenção das cortes, de modo que a jurisprudência começou a citar a teoria e a aplicá-la, no início timidamente e atualmente de forma mais ampla, a despeito da ausência de previsão legal, problema que poderá ser ultrapassado com a promulgação do novo Código de Processo Civil, a vingar a redação atual do Projeto de Lei.

Trata-se de tema que se insere em uma discussão maior sobre a ampliação dos poderes do juiz no processo civil, com permissão para uso de maior subjetivismo na tomada de determinadas decisões – fenômeno este que decorre da tentativa de reação à rápida evolução e complexidade das relações sociais modernas, sem que seja necessária a constante modificação das normas.

A possibilidade de o juiz distribuir o ônus da prova entre as partes de forma distinta da norma pré-fixada em representa apenas mais um aspecto do processo em que considerações de oportunidade e conveniência irão subjetivamente se sobrepor às atuais – e duramente criticadas – considerações de objetividade e legalidade. Há muito que se considerar a respeito. É preciso refletir, por exemplo, se iniciativas de aumento da subjetividade processual, sob o intuito de reduzir desigualdades, não acabariam produzindo o efeito oposto, apenas invertendo o desequilíbrio.

Diante desse novo paradigma de interpretação do processo, em que tanto as partes, como os aplicadores do direito se adaptam a uma nova realidade processual, o aumento dos poderes do juiz deve ser discutido com seriedade e responsabilidade, especialmente nos

[2] PEYRANO, 2008, p. 16 – tradução livre.

casos em que as decisões dependem menos de requisitos legais e mais de sua sensibilidade e bom senso para avaliar, casuisticamente, a melhor forma de conduzir determinada situação.

Os juízes são seres humanos e, como tal, apresentam enormes diferenças entre si. O que parece razoável para um juiz ou câmara de tribunal, em uma Comarca ou Estado, em uma determinada época, pode não parecer assim para outros em diferentes lugares, regiões e até momento político. Juízes não têm a mesma ideologia, nem as mesmas opiniões sobre as questões sociais, ou a mesma interpretação das liberdades constitucionais.

Assim, se a decisão sobre a distribuição do ônus da prova puder ser entregue ao prudente arbítrio do juiz, corre-se o risco, conforme o caso, de que o instrumento criado para facilitar a produção das provas e a obtenção da verdade, se não aplicado adequadamente, também possa prejudicar desproporcionalmente uma das partes, comprometendo o equilíbrio da relação processual, a igualdade das partes e até mesmo a imparcialidade do juiz.

Se outrora a fundamentação das decisões já era importante para viabilizar as garantias do contraditório e da ampla defesa, neste novo modelo ela passa a ser fundamental, permitindo ao tribunal – que posteriormente poderá ter de revisar o caso – identifique e reconstrua as tais "circunstâncias" e "peculiaridades" que levaram o juízo de primeiro grau a entender que sua regra casuística e concreta seria mais adequada que aquela regra geral e abstrata antes posta pelo legislador[3]. Estes fatores subjetivos acabam pro se tornar o núcleo da revisão pelo órgão superior.

Delineado, assim, um cenário de mudanças no processo civil, em que os poderes dos juízes vêm sendo, reitere-se, ampliados, e que um novo Código de Processo Civil é iminente, esta pesquisa tem por objetivo oferecer uma análise crítica a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro, diante dos princípios e garantias processuais e constitucionais.

---

[3] José Carlos Baptista Puoli (2002, p. 215), na conclusão de seus estudos sobre os poderes do juiz, vincula a motivação dos atos jurisdicionais à possibilidade de controle, por parte da sociedade, do crescente poder exercido pelos juízes.

A defesa da tese da distribuição dinâmica do ônus probatório pode proporcionar, em alguns casos, uma maior sensação de justiça, pois se busca a parte com melhores condições para produzir a prova, minimiza-se o risco da prova ausente ou frustrada e, a princípio, possibilita impor à parte economicamente mais forte as consequências da prova insuficiente, em uma tentativa de se fazer justiça social.

Mas, afinal, a mudança em questão é boa ou ruim? A introdução do ônus dinâmico criará mais problemas do que aqueles eventualmente solucionados com a sua adoção? A teoria é compatível com outros ideais que norteiam o proposto código, com os valores democráticos, com a proteção das partes menos privilegiadas e com a necessária segurança jurídica, sem a qual se torna impossível gerar as riquezas que se busca distribuir? Qual a melhor interpretação sistemática do instituto, de modo a impedir arbitrariedades e atender os objetivos do processo civil? Como evitar que o instituto seja utilizado simplesmente como um instrumento de dicotomia entre ricos e pobres? Nesta dissertação, pretende-se aprofundar e, espera-se, responder algumas dessas questões.

A reflexão sobre todos os aspectos do ônus dinâmico é imprescindível para que haja adequadas interpretação e aplicação do novel instituto, assegurando-se às partes garantias processuais e constitucionais razoáveis. Em que pese a existência de preponderante corrente doutrinária favorável à sua implementação, e que pouco tem meditado a respeito de elementos negativos de tal propositura, fato é que tal teoria também merece análise crítica, cumprindo debater, inclusive, entendimentos colhidos na própria Argentina. A possibilidade de abuso de direito, a litigância descompromissada – e até mesmo desleal – e a ameaça de insegurança jurídica são alguns dos argumentos apontados por quem vê com restrições a proposta flexibilização do ônus probatório. Este é, pois, o debate a que se propõe a presente dissertação.

Considerando o panorama brevemente delineado, não restam dúvidas de que o tema do ônus dinâmico tem enorme importância no atual cenário processual civil. Trata-se de uma mudança relevante na própria forma de pensar a questão da distribuição probatória no processo civil, levantando questionamentos sobre outros valores que – a par da justiça social – são igualmente importantes, não só do ponto de vista jurídico-filosófico, mas

também como elementos essenciais para o funcionamento da sociedade delineada pela Constituição da República, como a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.

Não se pode operar tão importante mudança – alterando princípios consagrados há séculos e adotados até mesmo como senso comum – como se fosse simples aperfeiçoamento legislativo, ou adaptação de normas anacrônicas à era contemporânea. É preciso compreender a dimensão e a importância da alteração de paradigma, não apenas em relação a seu uso como ferramenta processual, mas especialmente quanto a seus possíveis efeitos colaterais e consequências adversas.

Mais do que tratar de suas justificativas e vantagens, que já vêm sendo tratadas há anos pela doutrina brasileira, é essencial conhecer o instituto a fundo, em todos os seus aspectos e pontos de vista, sem o que existe o risco de que possa trazer consequências desastrosas e opostas às pretendidas.

Pretende-se expor como esse modelo passou a ser rapidamente aceito e pontualmente aplicado pelos tribunais, bem como a proposta para sua introdução no ordenamento pelo novo Código de Processo Civil, fazendo uma análise crítica, sob a perspectiva dos princípios processuais e constitucionais de direito, e buscando identificar as principais mudanças, vantagens e riscos que sua adoção poderá acarretar.

Para se atingir o resultado pretendido, será necessário o desenvolvimento de algumas etapas preliminares. Os capítulos 2 a 4 serão dedicados a estabelecer as premissas de análise – os conceitos e interpretações de prova, ônus processual e ônus da prova –, de modo a fornecer as ferramentas necessárias para esclarecimento dos pontos de vista adotados e para a correta compreensão dos tópicos sobre o qual o tema da distribuição dinâmica do ônus da prova será trabalhado.

A importância de discorrer sobre prova e a investigação da verdade, tratados no capítulo 2, decorre do papel fundamental que exercem no momento da formação do convencimento do juiz. A teoria do ônus dinâmico vem ganhando importância exatamente pela valorização da verdade no processo decisório, e a prova é o meio pelo qual esta verdade pode ser alcançada. O capítulo 3 será dedicado a conceituar o ônus processual e sua acepção no

processo civil brasileiro, enquanto gênero do qual a distribuição do ônus da prova é espécie.

O capítulo 4 tratará do ônus da prova em seus aspectos gerais, incluindo-se algumas considerações históricas a seus respeito e as modificações significativas nos ordenamentos que influenciaram a adoção do modelo vigente no Brasil, sendo possível contextualizar o tema de sua distribuição no tempo e no espaço e identificar como aqueles ordenamentos influenciaram o tema no processo civil brasileiro, embora sem a pretensão de aprofundamento ou esgotamento da matéria referentes a eles referente, o que fugiria ao objeto deste estudo.

Foi no direito romano[4] que surgiu a regra clássica de distribuir o ônus da prova segundo a posição ocupada pela parte no processo, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, que viesse a alegar em sua defesa. Em seguida, seguir-se à a linha do tempo em direção ao nascimento do processo civil brasileiro e o modo como o ônus da prova é por ele tratado.

Também serão apresentados os pensamentos de alguns doutrinadores que procuraram identificar os fundamentos da distribuição do ônus da prova, extraindo assim um critério único que se aplicasse a todos os casos. no ônus da prova uma regra geral que pudesse explicar o modo de distribuição do ônus da prova.

Os aspectos gerais da distribuição do ônus da prova serão tratados no capítulo 5, sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito ao confronto entre os princípios dispositivo e inquisitório, na medida em que o Estado impõe apenas às partes o trabalho de produzir as provas pertinentes ao caso, ou reserva para si a faculdade de também o fazer, de modo a "complementar" a investigação na busca do que realmente teria ocorrido, caso entenda que as partes não estejam atuando adequada ou satisfatoriamente nesse sentido.

[4] Como será explicado oportunamente, existe divergência doutrinária histórica sobre a época em que teriam surgido as regras de distribuição do ônus da prova, se no período arcaico ou republicano.

A importância de estudar estes princípios – dispositivo e inquisitório – e como eles se relacionam com a distribuição do ônus da prova consiste em identificar até que ponto o Estado entende o processo como uma forma de solução de uma questão privada entre as partes – e caso estas não tenham interesse em provar os fatos discutidos na ação, arcarão com as consequências disso – ou como uma questão pública, assumindo que o interesse na busca de uma suposta verdade dos fatos seria não apenas das partes litigantes, mas dele próprio ou de toda a sociedade.

O segundo aspecto diz respeito à autoridade ou agente do Estado que distribui o ônus da prova entre as partes. O ônus da prova pode ser prefixado, caso a lei, de antemão, determine a qual parte incumbe a prova dos fatos, ou dinâmico, caso a lei permita que o juiz distribua casuisticamente o ônus entre as partes, no curso do processo.

Os defensores da distribuição dinâmica do ônus da prova no Brasil exaltam a possibilidade de um processo com regras menos rígidas e que permitem ao juiz melhor flexibilidade para adaptar o procedimento ao caso concreto, de acordo com o que acreditar ser mais oportuno e conveniente. Os críticos desta teoria, por outro lado, vêem no devido processo legal um processo com regras prefixadas pelo legislador, para garantia da segurança jurídica, evitando subjetivismo e surpresas no curso do feito.

O Brasil, por influência do direito português, que por sua vez foi influenciado pelos direitos romano e canônico, sempre adotou, como regra geral, o modelo fixo de distribuição do ônus da prova, desde os primórdios do processo civil brasileiro até os dias atuais, como se observa pela regra do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973[5].

O capítulo 6 será dedicado a estudar como o tema do ônus da prova é tratado no processo civil brasileiro, os aspectos que podem influenciar a modificação do ônus e como regra fixa e os principais problemas que este modelo de distribuição do ônus da prova não pode resolver. O aumento da demanda da sociedade por um processo mais justo e que viabilize a efetiva participação das partes, em conjunto com as recentes reformas processuais, criaram

[5] O que não quer dizer que não tenham existido *regras específicas* em contrário, como a que permite a inversão do ônus da prova em favor da parte considerada consumidora.

um cenário favorável ao aumento dos poderes do juiz e também para a flexibilização das regras rígidas da distribuição do ônus da prova.

Com o apoio de parte da doutrina, alguns juízes passaram a aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, inicialmente de forma contida, tendo ampliado gradativamente esta aplicação. O capítulo 7 será dedicado a analisar o modo como o direito brasileiro vem recepcionado esta regra, que ainda carece de previsão legal, mas poderá ser regulamentada pelo novo Código de Processo Civil, atualmente trâmite perante o Senado Federal. As modificações propostas com relação à forma de distribuição do ônus da prova não são simples questões de técnica processual, mas especialmente de opção política do legislador, o que fatalmente deveria influenciar em sua interpretação judicial.

Como será melhor demonstrado, o ônus dinâmico substitui um modelo objetivo e de previsibilidade, que supostamente tem se mostrado inadequado e incapaz de atender por completo à necessidade dos jurisdicionados, por um modelo misto, subjetivo e menos previsível, mas que proporcionaria, em tese, maior igualdade às partes. Os valores em jogo não são apenas técnicos, mas políticos; envolvem a maior interferência do Estado-juiz nos assuntos privados do cidadão-jurisdicionado.

A adoção do ônus dinâmico no processo civil brasileiro é tema espinhoso que, como tal, divide a opinião de estudiosos. Se a possibilidade do juiz distribuir o ônus da prova entre as partes após a análise concreta do caso é o principal argumento dos que defendem sua implementação, este mesmo motivo também é o fundamento de quem dele discorda, por possibilitar o abuso, a insegurança e mesmo a possibilidade de decisões discricionárias[6]. Visto que a ausência de critérios objetivos no modo como o juiz deveria tomar determinada decisão pode permitir que este empregue suas impressões subjetivas – e,

[6] O termo discricionariedade é empregado para expressar a liberdade individual do juiz – dentro dos limites do sistema jurídico – interpretar normas que apresentam conceitos jurídicos indeterminados. Para Kelsen (1999, pp. 170-171), o juiz sempre terá uma margem para a livre apreciação da norma, pois "(...) no caso de o conteúdo da norma jurídica individual, a produzir pelos tribunais, ser predeterminado por uma norma jurídica geral positiva, à função criadora de Direito dos tribunais tem de ser deixada uma certa margem de livre apreciação (…). A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo." A doutrina, contudo, não é unânime a esse respeito, havendo quem defenda que a *liberdade interpretativa* do juiz não caracteriza decisão judicial discricionária, pois decorrem da ampliação legal da margem de controle da técnica processual do julgador. A esse respeito, WAMBIER (2005, pp. 361-362) e BEDAQUE (2007, pp. 108-109).

portanto, à margem da vontade do legislador – ao caso concreto. Determinada situação deixa de ser regida por regras claras e pré-estabelecidas, para ser decidida conforme o entendimento de cada juiz a cada caso concreto.

No Brasil, os dispositivos legais que conferem ampla liberdade de decisão ao juiz ainda possuem certo grau de rejeição, resultado de um passado muito recente em que vigorou um regime de exceção, dominado pelo autoritarismo político e responsável pela supressão de liberdades individuais e garantais fundamentais.

Findo esse período, foi iniciada uma nova ordem constitucional, com o restabelecimento da separação de poderes e de eleições diretas para a Presidência da República, assim como a restauração de direitos e liberdades individuais. Com o passar dos anos, buscou-se a plena implementação do Estado democrático de direito, embora sob diferentes matizes e fins nem sempre concordantes. Por meio de leis democraticamente discutidas e aprovadas, esse Estado assegura à coletividade direitos e garantias fundamentais, baseadas no princípio da dignidade humana.

Nesse contexto de princípios e garantias, deve-se tomar cuidado para que a flexibilização de determinadas regras processuais, sob o pretexto de proteger as partes de possíveis desequilíbrios que as normas rígidas possam porventura ocasionar, não acabe causando o efeito oposto, acarretando uma demasiada vulnerabilidade das mesmas partes à vontade subjetiva do juiz. Em última análise, as normas de direito público e, especialmente, processual, são uma carta limitadora de poderes do Estado – neste caso juiz – contra o cidadão.

O direito e o processo, suas normas e seus institutos – sejam eles tradicionais ou novas concepções – devem sempre procurar compatibilidade com a legalidade e o devido processo legal, enquanto expressões do já mencionado estado democrático de direito, e não apenas com objetivos que podem ser justos e nobres em um primeiro momento, mas que também podem servir de instrumento de controle e manipulação a partir de um poder ou

uma ideologia dominante[7], sob pena de implicar em um retrocesso às garantias e princípios democraticamente conquistados.

É importante refletir acerca do ponto central deste estudo: a simples absorção do instituto – tal como preconizado pela teoria argentina de Jorge Peyrano – sem levar em conta a diferença de ordenamentos e de princípios processuais, bem como dos objetivos do processo, e sem maiores preocupações sobre esta profunda mudança de paradigma na relação política, poderia levar a aplicações erradas no processo civil brasileiro, comprometendo a segurança jurídica e não atingindo os outros objetivos a que se propõe?

Toda mudança significativa no atual modelo processual deveria ser precedida de exaustiva discussão da comunidade jurídica, analisando profundamente se o que não está funcionando aplica-se a todas as situações, quais seriam as alternativas possíveis e ponderar se o saldo do impacto seria positivo ou não, para não se correr o risco de, na mudança, não se optar pela melhor alternativa, ou que se opte por uma solução cujos impactos podem ser piores do que aqueles causados pela norma que foi alterada, apenas mudando-se o foco do problema.

Ainda que parte dos doutrinadores e dos juízes seja favorável à implementação deste modelo, não se pode aceitá-lo apenas em deferência a estes defensores, sem uma análise mais aprofundada dos pontos positivos e negativos que dele poderão resultar. Entretanto, como a dinâmica do ônus da prova já vem sendo praticada mesmo sem previsão legal, e possivelmente será implementada com a aprovação do novo Código de Processo Civil, serão apresentadas algumas reflexões com o objetivo de apontar os principais aspectos – positivos e negativos – e avaliar se seria possível a sua implementação com o menor impacto possível às garantias processuais e à segurança jurídica.

[7] É importante lembrar que a pluralidade encontra-se entre os princípios políticos fundamentais da Constituição da República.

2. A PROVA E A INVESTIGAÇÃO DA VERDADE

2.1. A PROVA E SEU LUGAR NO PROCESSO

Tão antiga quanto o processo – que submete a um terceiro solução de disputas – é a necessidade de as partes interessadas demonstrarem que a sua versão dos fatos corresponde à verdade. Esta demonstração ocorre por meio das provas[8].

O significado da palavra "prova" é variado, mas em termos jurídicos, são geralmente relacionados à atividade para possibilitar o conhecimento de um fato, para sobre ele fixar a "verdade legal" (CARNELUTTI, 2003, pp. 68, 72). A definição mais comum é a de que a prova é o meio ou o conjunto de meios empregados para que se chegue a esta verdade (SANTOS, 1983, p. 3; DINAMARCO, 2003, p. 43; ECHANDÍA, 1970, p.15; LESSONA, 1922, p. 2).

[8] A palavra *prova* originou-se do latim *probatio*, e significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação. (SANTOS, 1983, p. 1) Em direito, pode ser empregada em mais de uma acepção: (i) conjunto de meios para demonstrar a existência de negócios jurídicos; (ii) operação mental que leva ao conhecimento da verdade (DINIZ, 1998, v. 3, p. 836); (iii) produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); (iv) ação de provar, de fazer prova; (v) o meio de prova considerado em si mesmo (SANTOS, 1983, p. 2); (vi) o êxito de um meio de prova ou de sua valoração pelo juiz, ou seja, que houve êxito na demonstração da verdade de um fato (COMOGLIO, 1998, p. 611). Hernando Devis Echandía (1970, p. 34 – tradução livre), em seus estudos sobre a prova, afirma que pode ser definida segundo três pontos de vista rigorosamente processuais: "(i) prova como veículo, meio ou instrumento: provar é levar ao processo, pelos meios e procedimentos previstos em lei, os motivos que produzem o convencimento ou a certeza do juiz sobre os fatos; (ii) prova como conteúdo essencial: prova judicial (em particular) é todo motivo ou razão levada ao processo pelos meios e procedimentos que produzem o convencimento ou a certeza do juiz sobre os fatos; (iii) prova como resultado: prova (em sentido geral, de que existe prova suficiente no processo) é o conjunto de razões ou motivos que produzem o convencimento ou a certeza do juiz acerca dos fatos sobre os quais deverá proferir sua decisão, obtidos pelos meios, procedimentos e sistemas de valoração que a lei autoriza".

A prova, então, não é um objetivo, mas um meio. É um instrumento para que se possa trazer ao processo algum elemento essencial ao raciocínio jurídico, que se concluirá pela decisão judicial. Na maioria dos casos, esse elemento é o fato sobre o qual se aplicará uma norma[9].

O fato é um elemento essencial para a solução jurídica de um litígio. Na teoria tridimensional do direito, por exemplo, o direito é formado pelo encontro entre fato, valor e norma; a aplicação do direito ocorre pela subsunção do fato à norma, segundo um juízo de valor (REALE, 1994, p. 510). Confirmando este pensamento, Liebman (1984, p. 4) ensina que julgar seria, em essência, a atividade de valorar um fato passado, com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que se aplica ao caso.

Julgar uma questão é, basicamente, aplicar um silogismo[10] – ao menos nos casos em que se adota o princípio da legalidade[11]. A premissa maior é a norma geral e abstrata, já colocada de antemão pelo direito. A premissa menor é o fato ocorrido naquele caso concreto e sobre o qual deve incidir uma norma – daí a importância de tê-lo, no mínimo formalmente,

---

[9] Isso não significa, no entanto, que apenas fatos estejam sujeitos a essa verificação de verdade. Que a prova recaia sobre fatos é regra que comporta exceções. Apesar do brocardo *iuria novit curia*, há situações em que a lei pode exigir a prova de existência ou mesmo vigência de uma determinada norma, como acontece no processo civil brasileiro com relação às normas de direito municipal, estadual ou estrangeiro.

[10] Aristóteles (1853, p. 85) desenvolveu a teoria do silogismo, segundo a qual é possível analisar os argumentos de acordo com suas formas. O silogismo é um argumento típico dedutivo, composto de três proposições interdependentes, sendo a primeira uma declaração universal (premissa maior) e a segunda uma declaração específica (premissa menor) relacionada à declaração universal, e de sua inter-relação é possível deduzir uma conclusão.

[11] Nem sempre a solução de uma questão pelo julgador é feita segundo o critério da legalidade, em que se obedece uma norma geral e abstrata, válida para todas as pessoas. Na chamada jurisdição voluntária, por exemplo, o julgador aplica critérios de oportunidade e conveniência, que não obedecem ao silogismo mencionado. Na arbitragem e nos juizados especiais, as partes podem convencionar que a decisão seja dada por equidade, o que também afasta a imposição da norma geral e abstrata como premissa maior. Há, ainda, quem defenda que a decisão não deve obedecer ao silogismo da legalidade, mas àquilo que for considerado como "justo" e equitativo pela "comunidade dos intérpretes do sistema jurídico" (HIGINO Neto, 2010, pp. 82-83). Poder-se-ia discutir se, nesses casos, a solução pode ser chamada de jurídica ou deveria ser tratada como administrativa ou de equidade.

determinado como verdadeiro ou falso. A conclusão é a adequação do fato à norma, levando à decisão judicial[12].

A premissa maior já é de conhecimento prévio do juiz – *iura novit curia* – exceto em situações especiais, como por exemplo aquelas relativas à prova da existência e vigência de normas de direito municipal, estadual ou estrangeiro. Em suas manifestações, as partes sugerem ou chamam a atenção do juiz à norma que entendem aplicável ao caso, mas não há obrigação do juiz de restringir-se a essas opiniões. Ainda que as partes não atuassem nessa indicação de qual seria a premissa maior, o desenvolvimento do raciocínio jurídico pelo juiz continuaria plenamente possível.

O mesmo não se pode dizer sobre a premissa menor. Em princípio, o fato é estranho ao conhecimento do juiz[13]. As partes precisam indicar sobre que fato pretendem a aplicação da norma e, para isso, o juiz precisa determinar se referido fato ocorreu ou não. Tamanha sua importância, que no modelo processual civil atual, o juiz não pode aplicar normas sobre fatos que, não sendo notórios, não tenham sido trazidos a seu conhecimento pelas partes. Daí a prova ser uma atividade essencial para o processo, ao menos em sua fase de conhecimento[14].

---

[12] CARNELUTTI (2003, p. 32) assim discorre sobre o silogismo na formação da sentença: "Disso a estrutura da sentença se esclarece como a nota forma lógica de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pela afirmação da situação colocada pela norma jurídica, cuja premissa menor é constituída pela afirmação da situação colocada na causa, cuja conclusão é constituída pela afirmação ou pela negação da aplicação da norma jurídica para a situação colocada na causa (com base na constatada identidade ou deformidade da situação colocada pela norma com a situação colocada na causa)".

[13] O juiz não pode ter conhecimento antecipado dos fatos, sob pena de comprometimento de sua postura imparcial. A esse respeito, Bruno CAVALLONE (2009, pp. 865, tradução livre) discorre: "O juiz que tem conhecimento privado dos fatos da ação, adquiridos fora do processo, não deve julgar nem *secundum allegata et probate*, nem *secundum conscientizam*: não deve julgar sob qualquer hipótese. Deve se abster e se apresentar ao novo juiz como testemunha, respeitando-se a óbvia incompatibilidade entre os dois papeis, e o princípio processual "um homem não deve ter o lugar de dois". Não estão incluídos nesta regra os fatos notórios, definidos por CALAMANDREI (1945, p. 99) como aqueles que gozam de tamanho grau de conhecimento que a sua prova não aumentaria minimamente o grau de convicção do juiz ou das partes a respeito de sua verdade.

[14] Até a reforma processual civil de 2006, as atividades preponderantemente cognitivas ou executivas eram separadas no processo em dois tipos de ação diferentes. As primeiras eram desenvolvidas em uma ação de conhecimento, que se encerrava com a sentença ou com o acórdão que a substituísse. As segundas eram desenvolvidas em uma subsequente ação de execução de título judicial, na qual se realizavam as medidas práticas para cumprimento da sentença. A Lei Federal 11.382/2006 introduziu o chamado "sincretismo processual", abolindo a ação de execução de título judicial, ao menos no que diz respeito à execução de sentenças cíveis, e inserindo na própria ação de conhecimento as medidas executivas para efetivação do decidido na sentença. Para diferenciar o momento em que prepondera a atividade cognitiva do momento em

Existe grande diversidade no que cada cultura considera apropriado para reputar um fato como verdadeiro ou falso, e as formas pelas quais a prova é produzida e trazida ao processo foram e são muito variadas.

Na cultura ocidental, os meios de prova e sua forma de obtenção passaram por importantes transformações ao longo dos séculos[15]. Na Idade Média, por exemplo, em que o processo tinha uma forte carga religiosa, as ordálias, ou juízos de Deus, eram considerados um dos mais efetivos meios de prova, pelo qual as partes (ou pessoas por elas indicadas) eram submetidas a determinados testes e dependendo do resultado eram consideradas culpadas ou inocentes[16]. Estes meios de prova não sobreviveram, outros persistem até os dias atuais, como o testemunho e os documentos escritos, outros ainda, surgiram apenas recentemente, como os registros de sistemas digitais.

Ainda hoje, por exemplo, na cultura azande[17], a verdade é definida conforme uma galinha morre ou não após ingerir uma pequena dose de veneno, especialmente preparada pelo feiticeiro da tribo (CHASE, 2005, pp. 15-16). No processo federal norte-americano, fatos que dependem de conhecimento técnico podem ser definidos apenas pelo testemunho de pessoas consideradas conhecedoras do assunto, não necessariamente formadas ou profissionais naquela área (MUELLER; KIRKPATRICK, 2003, pp. 615-618; MCCORMICK, 1999, p. 24) – o mesmo ocorrendo em outros sistemas de matriz anglo-saxônica.

---

que prepondera a executiva, já que não mais separadas em duas ações distintas, a doutrina passou a falar na existência de diferentes "etapas" ou "fases" (ASSIS, 2009, p. 303; BUENO, 2011, p. 330; DINAMARCO, 2009, p. 70). Por consequência, passou a ser conhecido como "fase de conhecimento" o período do processo que se inicia com a postulação e termina com a sentença, ou com o acórdão que eventualmente a substitua.

15 Embora somente a partir da civilização romana se tenha passado a estudar o direito como ciência –com relevantes contribuições em termos de prova, possivelmente pela existência de sólidos registros sobre a matéria, principalmente a partir da fase republicana – há registros do emprego da prova como meio de confirmação dos fatos em povos mais antigos, como os gregos e as civilizações do Egito e da Ásia Menor, ainda que os poucos registros não permitam aprofundamentos sobre o tema. Cf. MORAES, 2008, p. 29 e ss. e GILISSEN, 1995, p. 51 e ss.

16 Cf. capítulo 4.2.

17 Os azande são um grupo étnico do norte da África Central, que vivem na parte noroeste da República Democrática do Congo, no sul do Sudão e no sudeste da República Central da África.

Delineado este panorama inicial, observa-se que a investigação dos fatos por meio das provas está diretamente relacionada à necessidade de verificar se o fato ocorreu ou não, seja qual for o grau de certeza que se exija e aceite para tanto. Mas, certamente, para tratar desta verificação, é antes preciso definir o que é a verdade. Diante de sua importância no contexto das provas, faz-se necessária uma breve incursão no conceito de verdade no processo civil.

2.2 AS DIFERENTES FORMAS DE PERCEPÇÃO DA REALIDADE: VERDADE, CERTEZA, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA

Cada uma das partes pode ter uma percepção honestamente distinta sobre o que realmente aconteceu, levando à existência de mais de uma versão sobre um mesmo fato, ou, como se costuma equivocadamente dizer, "a verdade de cada um". O juiz, por seu turno, mediante a análise das provas, também forma a sua percepção individual sobre o que ocorreu, que pode ser diferente do que ambas as partes afirmam ter ocorrido. Afinal, o que é verdade?

Por mais de dois milênios tem se discutido sobre o que é a verdade. Xenófanes, Sócrates, Platão e Aristóteles debruçaram-se sobre ela. Pôncio Pilatos questionou-a ao próprio Cristo – *Quis est veritas?* (Jo, 18:38) – mas, como observou Francis Bacon (1912, p. 1) sequer esperou pela resposta. Não obstante se trate de algo tão intuitivo, são muitas a teorias que se propõem a definir a verdade. A teoria mais aceita por filósofos e cientistas parece ser a da correspondência (POPPER, 1995b, p. 199; PHILPAPERS, 2014), segundo a qual a verdade é algo objetivo e absoluto, sendo considerada verdadeira a afirmação que

corresponde aos fatos[18]. Por consequência, a teoria da correspondência assevera que a verdade é única e *independe do observador*. A observação pode gerar opiniões diferentes sobre um fato, mas há apenas uma verdade sobre o que realmente acontece ou aconteceu.

Quando essa unicidade da verdade foi posta em dúvida por cientistas discutindo o estado de partículas na física quântica, Erwin Schrödinger[19] desenvolveu um experimento mental utilizado até hoje como argumento em contrário.

Em sua proposta, um gato era preso dentro de uma caixa de aço, na qual um dispositivo – conforme condições de decaimento de uma partícula radioativa – poderia ou não ter liberado um veneno mortal. Enquanto não se abrisse a caixa, não se saberia se o gato estava vivo ou morto, mas isso certamente não faria com que ele pudesse estar vivo *e* morto ao mesmo tempo[20-21]. Albert Einstein observou, na época, que ninguém poderia

---

[18] Este também parece ser o enfoque adotado por juristas como MITTERMAYER (1879, p. 78) e MALATESTA (1927, p. 21).

[19] Erwin Schrödinger (1887 – 1961), físico austríaco ganhador do prêmio Nobel de Física de 1933, por sua equação para descrever, na mecânica quântica, como o estado quântico de um sistema físico muda ao longo do tempo.

[20] O famoso experimento foi assim descrito por Schrödinger (CORTE, 1980 – tradução livre): "Um gato é colocado em uma câmara de aço com o seguinte dispositivo (que deve estar protegido contra a interferência direta do gato): em um contador Geiger [dispositivo utilizado para medir radiação], há um pequeno pedaço de substância radioativa, tão pequeno, que talvez no decurso de uma hora um dos átomos de decaia, mas também, com a mesma probabilidade, talvez nenhuma; se isso acontecer, o tubo do contador descarrega e através de um relé libera um martelo que quebra um pequeno frasco de ácido cianídrico. Se o sistema for deixado livre de interferências por uma hora, pode-se dizer que o gato ainda viverá, se nenhum átomo decair. A função-psi de todo o sistema se expressa pela possibilidade de ter no interior da câmara um gato vivo e morto (com o perdão da expressão), misturado ou espalhada em partes iguais. É típico destes casos que uma indeterminação originalmente restrita ao domínio atômico se transforma em indeterminação macroscópica, que pode então ser resolvido por observação direta. Isso nos impede de tão ingenuamente aceitar como válido um "modelo turvo" para representar a realidade. Em si, ele não iria encarnar nada obscuro ou contraditório. Há uma diferença entre uma fotografia tremida ou fora a de foco, e um instantâneo enevoado".

[21] O "Gato de Schrödinger" era uma crítica a uma interpretação sobre a física quântica, segundo a qual não existiria uma resposta verdadeira para a pergunta "qual o estado de uma partícula", antes de ela ser observada. Apenas depois da observação – que interfere no que é observado – haveria um colapso das possibilidades, levando a partícula a um estado determinado. Atualmente, a chamada "Interpretação de Copenhague" sustenta que a mecânica quântica não apresenta uma descrição objetiva da realidade, mas lida apenas com as probabilidades de observar ou medir vários aspectos de pacotes (*quanta*) de energia. Em resumo, a verdade continua sendo uma só.

realmente duvidar de que o fato de o gato estar ou não vivo era independente do observador[22].

O fato de existir apenas "uma verdade", independentemente do observador, não quer dizer necessariamente que seja possível descobri-la ou – mais apropriadamente – que seja possível saber se já se atingiu ou não a verdade. Esse eterno estado de dúvida, em que não se pode dizer se uma proposição é absolutamente verdadeira, mas apenas que não se encontrou uma melhor, é a própria base da ciência moderna.

Nesse sentido, Karl Popper defendeu que não se pode dizer que um determinado fato natural é verdadeiro, apenas que ainda não se demonstrou ser ele falso (1995, p. 201). Mais tarde, seu raciocínio foi com muito sucesso demonstrado adequado também para as ciências sociais.

Por consequência, um juiz pode ou não chegar à verdade em um processo civil, de acordo com as provas produzidas, mas jamais poderá ter efetiva certeza[23] – por princípio – de que ela realmente foi atingida. Dizer que o objetivo do processo é a verdade é tão (in)correto como dizer o mesmo de uma teoria científica; tanto o jurista como o cientista têm necessariamente de se conformar com a incerteza sobre o sucesso de sua missão. Tudo que se pode medir – e almejar – são graus de verossimilhança.

---

[22] "Você é o único físico contemporâneo, além de Laue, que vê que não se pode contornar a suposição da realidade, se apenas um é honesto. A maioria deles simplesmente não enxerga que tipo de jogo arriscado que eles estão jogando com a realidade, a realidade como algo independente do que está estabelecido experimentalmente. A interpretação deles é, no entanto, refutada mais elegantemente pelo seu sistema de átomo radioativo + amplificador + carga de pólvora + gato em uma caixa, na qual a função-psi do sistema contém o gato vivo e explodido em pedaços. **Ninguém realmente duvida que a presença ou ausência do gato é algo independente do ato de observação**". (MAXWELL, 1993). Note-se que a descrição original do experimento não mencionava pólvora, mas essa alteração em nada modifica o raciocínio ou a conclusão de Einstein a seu respeito.

[23] Existe diferença entre a certeza para as ciências físicas, exatas e biológicas e a certeza jurídico-processual formal, como se verá a seguir.

2.3. A VERDADE NO PROCESSO CIVIL

No processo civil, há uma tradicional dicotomia entre conceitos chamados de **verdade real** ou substancial e **verdade formal** ou processual. O primeiro seria o da verdade tratada até agora, isto é,a aquela que *corresponde* aos fatos[24] tal como ocorrem ou ocorreram; o segundo seria apenas a versão dos fatos adotada formalmente como correta para fins de aplicação da norma jurídica em um determinado processo[25-26]. Obviamente, apenas o primeiro – cuja certeza é inatingível – poderia ser chamado apropriadamente de verdade.

A distinção entre duas "modalidades" de verdade sofre severas críticas e tem perdido cada vez mais força no processo civil. Michelle Taruffo (2007, p. 209), por exemplo, critica esta distinção por entender que, nos dias de hoje, usa-se "verdade absoluta" apenas em relação à metafísica e às religiões, e que no cotidiano – inclusive no direito e no processo – a verdade deve ser apreendida com base em evidência disponível – o que bem se alinha ao pensamento de Karl Popper. Toda vez que se fala em verdade, no processo, estar-se-ia referindo a uma verdade relativa[27]. No mesmo sentido, Piero Calamandrei (1955, pp. 164-

---

[24] O termo "fato" refere-se aos fatos controversos, isto é, aqueles alegados por uma das partes e contestados pela outra e que, portanto, deverão ser objeto de prova para a formação da convicção do juiz.

[25] Arruda Alvim (1976, p. 99) sustenta que a verdade processual é aquela sobre os fatos *refletidos no processo* e juridicamente aptos a embasar a decisão judicial. Ou seja, a conformidade da versão aos fatos definidos nos autos, não necessariamente àqueles que ocorreram no mundo real.

[26] Nos dizeres de Carnelutti (2003, p. 49): "O conceito desta reação [dos limites da procura judicial sobre o resultado da procura] é compendiado normalmente na antítese significativa da *verdade material* para a verdade *formal ou jurídica*; o resultado da procura juridicamente limitada ou disciplinada não é mais a *verdade verdadeira*, mas uma verdade *convencional*, que se batiza por verdade *formal*, porquanto a ele conduz uma indagação regulada nas normas, ou por verdade *jurídica*, enquanto ela é procurada mediante leis jurídicas, não somente mediante leis lógicas, e somente por efeito destes leis jurídicas se substitui à verdade material".

[27] "A distinção entre a verdade absoluta e a verdade relativa é, no entanto, essencialmente sem sentido. Na cultura contemporânea se fala de verdade absoluta somente na metafísica e religiões fundamentalistas. Nem mesmo a ciência, de fato, fala mais de verdades absolutas, e na vida cotidiana apenas alguém sem presunção pode afirmar que suas verdades são absolutas. Na lei e no processo, só se pode falar de verdade "relativa" (...) Isso acontece na ciência, e, a fortiori, acontece em contextos menos exigentes, como o do processo. No entanto, o fato de que se pode sensatamente falar em geral, e no contexto do processo, apenas da verdade relativa, não significa que a verdade não existe, não tenha sentido e não possa ser estabelecida: significa apenas que a verdade nunca é absoluta e deve ser determinada com base na evidência disponível. Isto aplica-se em todas as áreas do conhecimento racional, e é particularmente verdade no processo. Assim, é conveniente que concordar que quando se trata de verdade do caso apenas sobre a verdade relativa, deixando

165) nega a existência de uma verdade lógica ou moral no processo. Quando se diz processualmente que um fato é verdadeiro, dir-se-ia apenas que se alcançou o *grau máximo de verossimilhança* necessário, considerando os limitados meios de conhecimento do julgador, para lhe convencer de que o fato ocorreu.

Nicola Malatesta (1927, p. 20), considerando a verdade como um conceito ininteligível e correspondente à conformidade da noção ideológica com a realidade, fez um trabalho relevante neste campo e propôs uma classificação das diferentes formas de percepção da realidade em relação ao grau de conhecimento, sendo que apenas as três primeiras são utilizadas em processo: (i) a *certeza* se caracteriza pela crença na percepção da verdade, sendo um estado triunfante do conhecimento afirmativo; (ii) a *probabilidade* é observada sempre que o conhecimento positivo predomina sobre o negativo; (iii) a *credulidade* se verifica sempre que há igualdade de motivos entre o conhecimento positivo e o negativo e (iv) a *ignorância* é caracterizada pela completa ausência de conhecimento.

De acordo com esta classificação, se a verdade é algo que não pode ser apreendido, a certeza no processo é o estado máximo do conhecimento a que se chega – certeza esta que pode ou não corresponder à verdade[28]. O objetivo das provas seria, portanto, chegar, na medida do possível, à certeza como modo de percepção da realidade pelo juiz.

Calamandrei (1955, pp. 265-166) seguiu o mesmo raciocínio, preferindo chamar este estado máximo de conhecimento de *verossimilhança*[29]. Se o juiz deve resolver a controvérsia com base em uma certeza jurídica (erroneamente chamada "verdade formal"), ele não poderia estar incerto sobre os fatos. Sua certeza seria obtida pelo sistema de provas legais, mediante sua livre valoração ou, não sendo possível obtê-las de modo satisfatório,

---

as verdades absolutas em outras áreas, em que a verdade não é dada qualquer demonstração racional." (TARUFFO, 2007, p. 209)

[28] Sobre a distinção entre verdade e certeza, TARUFFO (2009, p. 85) assim discorre: "A verdade, como se repete várias vezes, é objetiva e é determinada pela realidade dos fatos que se fala. A certeza, porém, é um status subjetivo que diz respeito à psicologia daquele que fala, e corresponde a um grau elevado (muito elevado quando se fala em certeza absoluta) de intensidade do convencimento do sujeito em questão." (tradução livre).

[29] Sobre o conceito de verossimilhança, v. TARUFFO, 2009, pp. 88-89.

pela distribuição do ônus da prova. Por mais cuidadoso que seja o juiz, é certo que ele sofre de uma limitação subjetiva inerente à natureza humana: o que se vê nada mais é do que o que se parecer ver, uma aparência de verdade que denominou verossimilhança. Assim, a conclusão sobre os fatos leva a um juízo de probabilidade e de verossimilhança, jamais de verdade absoluta.

Taruffo (2009b, p. 68-69) vai além, e defende que a descoberta da verdade é absolutamente irrelevante no processo, pois a atividade jurisdicional das partes seria essencialmente retórica para convencer o juiz sobre a existência de um direito. A narração dos fatos de forma coerente, e o modo como a comunicação é feita com o juiz seria mais importante do que a prova em si destes fatos. Este pensamento, contudo, não condiz com o processo civil dos dias atuais, em que a investigação dos fatos e a descoberta da "verdade" são considerados elementos essenciais para uma sentença de qualidade, como será demonstrado ao longo deste estudo.

A prova é o meio que permite a descoberta desta verdade e contribui para decisões justas, estando pois relacionada à segurança jurídica (YARSHELL 2009, p. 149). Considerando que não se pode estar absolutamente seguro de que se atingiu a verdade, questiona-se: qual o grau de verossimilhança com o qual deve se contentar o processo? O quanto se deve investigar e insistir na determinação de um fato, antes de considerá-lo como verdadeiro ou falso para fins de aplicação da norma jurídica?

Tradicionalmente, o processo penal sempre foi mais rigoroso no trato das provas e na demonstração dos fatos, por lidar com o valor liberdade. Naquela área se defende que apenas a verdade efetivamente comprovada poderia levar a uma pena de prisão, razão pela qual o juiz penal possui poderes de investigação mais amplos que o juiz cível, não estando restrito aos fatos alegados pelas partes.

Já o processo civil, por cuidar de valores equivocadamente não considerados tão caros quanto a liberdade, sempre tolerou graus menores de verossimilhança como suficientes para uma sentença condenatória. Isso ocorre porque o processo civil foi assim moldado,

dentro de uma escolha de oportunidade e conveniência política, e em um ambiente mais liberal.

No entanto, o fato de que o juiz deve decidir conforme os limites estabelecidos pelas partes não significa que não terá um compromisso com a investigação ou com a verdade, dentro deste universo pré determinado. O Estado tem chamado para si a responsabilidade pela descoberta da verdade sempre que as partes não trouxerem provas suficientes para a elucidação dos fatos controversos. Mesmo a ideia de que o juiz civil deve se limitar a aceitar uma aparência de verdade, sem maiores compromissos, tem mudado nos últimos tempos, e cada vez mais se defende a necessidade de que promova uma melhor investigação dos fatos se as partes não o fazem.

A justificativa da atividade instrutória estatal reside na visão de que seria de interesse público – e não apenas das partes – o julgamento com base no maior conhecimento possível dos fatos, para que seja proferida uma sentença justa – assim entendida aquela que relaciona, tanto quanto possível, o caso concreto à vontade do direito abstratamente concebido. O julgamento fundado na distribuição do ônus da prova, em razão de eventual inércia das partes na elucidação dos fatos controversos, representaria um prejuízo para o escopo social do processo, que deve não apenas buscar o fim no conflito, mas a eliminação da controvérsia pela pacificação social (YARSHELL, 2009, p. 51).

Esta investigação, contudo, não pode se desenvolver indeterminadamente, sendo necessário estabelecer alguns limites. O primeiro limite decorre da natural subjetividade de cada ser humano na apreciação das evidências que se apresentam de um determinado fato. O que convence um juiz da ocorrência de algo pode não ser suficiente para o convencimento de outro. A valoração da prova – ou o quanto ela será eficaz para convencer o julgador de que um fato deve ser valorado como verdadeiro – é um ato íntimo e incerto. E conforme uma prova é considerada mais ou menos importante, sua produção pode ser até mesmo inadmitida pelo juízo, alterando a profundidade da investigação. É excelente a observação de MALATESTA (1927, p. 19) de que, para se conhecer a *eficácia da prova, é necessário conhecer como a verdade se refletiu no espírito humano.*

O segundo limite é o tempo. Pelas próprias circunstâncias do processo, a investigação não pode se perpetuar *ad eternum* e, em um determinado momento, será necessário encerrar a instrução processual e decidir. Imagine-se, em uma briga de vizinhos, que para chegar o mais próximo da verdade o juiz pretendesse interrogar todos os moradores do prédio, para saber se e quanto cada um teria ouvido. Ou, em um acidente de trânsito, fossem interrogadas as pessoas de todos os imóveis próximos e buscadas as placas e os proprietários de todo veículo que tivesse passado pelo local. A busca pela certeza, embora ofereça maior segurança na decisão, não pode ser o único compromisso do processo. A perspectiva de uma duração razoável é outro valor que deve ser igualmente almejado.

Além das naturais limitações impostas pelo tempo e pela razoabilidade na busca da verdade, muitas vezes, a fraqueza das provas decorre do próprio desinteresse de uma ou de ambas as partes que, por diversos motivos, podem não querer trazer a conhecimento do juízo uma determinada prova.

Independentemente da insuficiente instrução probatória, justificada ou não, o juiz não pode deixar de dar uma resposta aos jurisdicionados, devendo decidir com base nos elementos que possui, como prevê o princípio da proibição do *non liquet*, expresso no artigo 126 do Código de Processo Civil atual. Esteja ou não convencido de que chegou à verdade, alguma decisão o juiz haverá de proferir sobre a questão, ainda que seja baseada em um grau menor de certeza.

Alfedo Buzaid (1979, pp. 65-68) fez uma distinção entre o que chamou de *non liquet* de fato e de direito, sendo que apenas este segundo seria proibido pelo ordenamento. Assim, se o juiz não puder confirmar a ocorrência de um fato, com base nas provas de que dispõe, poderá considerar o fato inexistente e simplesmente descará-lo quando da valoração das provas e formação de seu convencimento, o que chamou de *non liquet* de fato. No entanto, a insubsistência dos fatos ou a impossibilidade de apurar sua veracidade não exime o juiz da responsabilidade de aplicar o direito e de proferir uma decisão de mérito, e cuja inobservância caracterizaria *non liquet de direito*. Para tanto, irá analisar a decisão submetida a seu jugo a partir da premissa de que o fato não ocorreu.

Diz-se, portanto, que o resultado a que se chega no final do processo, após suficiente investigação e instrução probatória, corresponde à "verdade jurídica". Mas uma vez que o vocábulo "verdade" não deve admitir adjetivos, talvez mais apropriado seja falar em "versão dos fatos oficialmente aceita". Tal versão – correspondendo ou não à verdade, que pode ou não ser cognoscível – passará a ser *considerada* como verdade para fins da decisão judicial.[30] Embora no processo civil se almeje descobrir a verdade, na maioria das vezes ela não será atingida.

Estabelecidas estas bases sobre a noção de prova e sua função na formação do convencimento do julgador, cabe a cada ordenamento, segundo seus próprios critérios – não apenas técnicos, mas especialmente políticos na relação entre Estado e jurisdicionado – de oportunidade e conveniência, dispor sobre quem deve ter a iniciativa de trazer a prova ao processo civil e, especialmente, quem deve sofrer as eventuais consequências da prova frustrada, insuficiente para o convencimento judicial acerca do fato em questão.

2.4. A RELEVÂNCIA DA VERDADE PARA A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A busca pela verdade tem ganhado mais importância no processo civil, e com esse propósito, os juízes têm recebido mais poderes para conduzir a investigação dos fatos – o que representa uma significativa alteração no papel por eles desempenhado – adotando

[30] Obviamente, a verdade a que aqui se alude não é mais a verdade absoluta, mas uma verdade criada e imaginária, resultante da satisfação – para os sujeitos do processo – dos requisitos necessários do discurso e por ele especificamente legitimada. Se esse resultado efetivamente corresponde ao ocorrido concretamente, isto jamais se poderá dizer. (MARINONI, ARENHART, 2004, p. 281).

uma postura mais ativa e investigativa, podendo intervir na instrução para produzir provas que porventura as partes não tragam aos autos.

Como será demonstrado ao longo deste estudo, os defensores deste maior ativismo judicial vêem na distribuição dinâmica do *onus probandi* um eficiente meio para viabilizar a obtenção da prova que deixaria de ser trazida aos autos diante da dificuldade de produção pela parte onerada. Ao deslocar o ônus da prova para a parte com maior facilidade em sua produção, esta passaria a ter interesse no esclarecimento do fato controverso, para não sofrer os efeitos da prova frustrada.

Todavia, como se pode observar neste capítulo, a verdade enquanto um conceito absoluto e uniforme, embora existente, não é apreensível. Assim, por maiores que sejam os esforços das partes, e mesmo do juiz ao aplicar o ônus dinâmico, esta verdade não será descoberta, ou, se descoberta, jamais haverá certeza sobre isso, sendo a verossimilhança o grau mais próximo da certeza que se pode almejar.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a certeza sobre a verdade não será atingida de qualquer maneira, resta saber se seria justificável, e até mesmo razoável, a adoção de um modelo que ampliaria consideravelmente os poderes de intervenção do juiz na esfera de interesses privado, podendo inclusive se sobrepor ao interesse das partes no tocante à atividade probatória, sem qualquer indicativo de que, ao final, o resultado atingido será o melhor para as partes e até mesmo para a sociedade.

3. ÔNUS PROCESSUAL

3.1. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Não se poderia tratar de um tema relacionado ao ônus da prova, nem tampouco definir este objeto, sem entender antes o que é um ônus, em sentido processual. A origem da palavra é o latim, no qual se tinha o significado de carga, fardo, peso[31]. A primeira ideia que se tem, assim, é a de que ônus é algo que a parte deva suportar.

A doutrina estrangeira se dedicou de forma muito aprofundada a entender e conceituar o ônus processual, construindo ao longo das décadas diversas teorias para explicar seu significado e sua natureza. No Brasil, ao contrário, o conceito parece ter sido apenas importado, mas não devidamente explorado, e não seria exagerado dizer que, em comparação com a doutrina estrangeira, não chegou a haver estudos mais aprofundados sobre o tema.

A origem histórica do ônus processual remonta à tradição romana, embora naquela época o instituto fosse ainda muito simples e limitado justamente à atividade probatória. Para os romanos, o ônus era uma necessidade prática diante da qual a parte se encontrava para poder obter o efeito jurídico desejado, evitando-se o prejuízo de perdê-lo (MICHELI, 1961, p. 59). Note-se que não se tratava o ônus como uma obrigação.

Devis Echandia (1973, p. 395) narra que esta definição primitiva de ônus processual atribuía à parte a necessidade de provar o nascimento do direito, se quisesse o seu

[31] Fonte: dicionário Michaelis, disponível online no site http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=%F4nus, consulta em 11 de novembro de 2014.

reconhecimento pelo juiz, ou a extinção do direito alegado pela outra parte, se quisesse a sua desconsideração. No entanto, a parte não tinha a *obrigação* de produzir esta prova e não poderia ser constrangida a tanto. Este conceito foi restabelecido na Idade Média pelos glosadores e, na Idade Moderna, foi incorporado aos códigos do século XIX, a partir do Código Napoleônico.

No século XX, surgiu a preocupação em elaborar uma teoria geral do ônus processual, para que fossem compreendidas e explicadas outras situações processuais em que este ônus parecia existir, diferentes daquela relacionada à produção de prova.

A dificuldade de conceituar o ônus processual está principalmente na identificação de sua natureza. Como o descumprimento de um ônus pode acarretar consequências desfavoráveis à parte onerada, a doutrina chegou a considerar sua natureza como assemelhada à da obrigação, atribuindo a essas consequências desfavoráveis o caráter de sanção. Ao longo dos anos, aprofundou-se o entendimento da diferença entre ônus e obrigação e, atualmente, essa aproximação parece equivocada.

James Goldschmidt (1936, pp. 201-203) trouxe uma das maiores contribuições ao estudo do ônus processual ao conceituá-lo como um *imperativo do próprio interesse*, e seu estudo serviu de ponto de partida para diversos outros juristas.

No processo alemão, após a reforma ocorrida em 1924, a lei não previa qualquer obrigação às partes, nem qualquer dever de abstenção, sendo única exceção o dever de comparecimento, imposto por ordem judicial. Em 1933, uma nova reforma introduziu também a proibição às partes de trazerem informações inverídicas ou de protelarem intencional ou negligentemente o andamento do processo devendo, ao invés, facilitar o trabalho investigativo do juiz mediante uma atuação honrada e diligente. Segundo Goldschmidt, à exceção de tais deveres de colaboração, havia no processo apenas situações que demandavam a prática de determinado ato não para evitar uma sanção, mas para buscar um interesse da própria parte em evitar um prejuízo processual.

A partir deste estudo, diversas foram as tentativas da doutrina de definir e identificar a natureza do ônus processual, distinguindo-a da obrigação. Dentre estes trabalhos, destacam-se os de Leo Rosenberg e de Gian Antonio Micheli[32], que elaboraram uma análise crítica das teorias existentes e formularam contribuições relevantes para o conceito do ônus processual conforme sua natureza.

Merece especial destaque o trabalho de Hernando Devis Echandia[33], que agrupou em categorias os estudos e teorias até então existentes sobre o tema, fazendo uma análise crítica de cada uma deles, que podem ser resumidos da seguinte forma:

(i) Teoria que trata o ônus processual como uma modalidade de obrigação. O ônus seria uma obrigação da parte dentro da relação processual. O descumprimento desta obrigação, no entanto, não levaria à aplicação de uma sanção, nem geraria direito à indenização, mas apenas implicaria em decadência. Assim, duas seriam as modalidades de obrigações: a obrigação propriamente dita – que se dá perante terceiros – e o ônus, que se daria perante si mesmo.

Dentre as críticas feitas a essa teoria, está a limitação da análise apenas ao aspecto passivo, de que o sujeito onerado deve executar um ato para evitar consequências desfavoráveis no processo (ECHANDIA, 1970, p. 397). Micheli (1961, p. 76-79) observa que o onerado tem liberdade para agir, o que seria incompatível com a ideia de obrigação.

De fato, o descumprimento de uma obrigação é um ato ilícito, o que não ocorre no caso do ônus processual. Além disso, para Rosenberg (1956, p. 49) o ônus não pode ser considerado uma obrigação por lhe faltar o elemento essencial da coação.

---

[32] Em suas obras a) La carga de la prueba. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002 e b) La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea, 1961, respectivamente, melhor explicadas nos capítulos 4.3.4. e 4.3.5. deste trabalho.

[33] Teoria general de la prueba judicial, Tomo I, Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970, melhor explicada no item 3.3.6. deste trabalho.

(ii) Teoria que trata o ônus processual como um vínculo jurídico imposto para a proteção do direito público. Segundo tal corrente, que adota um viés publicista, o ônus seria um poder-dever da parte onerada para com o Estado.

Echandia (1970, p. 398) criticou esse ponto de vista por não levar em consideração que a essência do conceito de ônus é a tutela de um *interesse próprio* do onerado, não do Estado. Em algumas modalidades de ônus, como o da demanda, não seria sequer possível identificar o interesse do Estado, pois o interesse em se desincumbir é exclusivamente da parte onerada. Além disso, se de o ônus fosse de fato um vínculo imposto para a proteção do interesse público, com característica de poder-*dever*, ele seria uma obrigação para com o Estado e o onerado não teria liberdade para decidir atendê-lo ou não.

(iii) Teoria que distingue o ônus processual da obrigação – segundo a diferença de interessados em um e em outro – esta corrente de pensamento dá maior realce à liberdade do sujeito onerado, mas lhe atribui o caráter de *imperativo* do próprio interesse. Segundo tal teoria, o ônus realmente não pode ser uma obrigação, porquanto o primeiro satisfaz um interesso próprio da parte onerada, enquanto a obrigação satisfaz um interesse alheio.

Para quem defende este ponto de vista, a liberdade do onerado em optar pelo cumprimento ou não do ônus é bem destacada, sendo este então caracterizado como um imperativo do próprio interesse, como já defendido por Goldschmidt (1936, p. 203). Um dos grandes seguidores dessa corrente é Eduardo Couture (1978, pp. 157-158), que defende a liberdade do onerado para cumprir ou não o ônus com o qual está gravado, destacando que, ao contrário do que ocorre com um dever ou obrigação, o onerado não pode ser coagido ao cumprimento do ônus e nem penalizado caso não o faça, seja por lei, seja pelo juiz. O conceito de ônus estaria baseado na necessidade de executar o ato em interesse próprio para evitar consequências desfavoráveis, mas com liberdade de agir, sem ser obrigado ou coagido a tanto.

Echandia (1970, p. 409) parece ter chegado muito perto de concordar com essa corrente, criticando apenas o uso da palavra “imperativo” ao se referir ao interesse do próprio

onerado, por entender que ela remete à ideia de obrigação e coação, contrária à de livre disposição.

(iv) Teoria que diferencia o ônus processual da obrigação, inserindo-o no grupo das relações jurídicas passivas como ato juridicamente necessário, mas de interesse próprio, cuja inexecução acarreta *sanção econômica*. Segundo essa teoria, a obrigação seria um ato devido para evitar uma sanção jurídica, enquanto o ônus seria um ato necessário para se evitar uma sanção econômica: a "perda de um efeito favorável".

Carnelutti (1936, v. 1, p. 55 e v. 2, pp. 68, 73 e 84) defende essa posição, enumerando em princípio algumas diferenças que auxiliam a melhor distinção dos conceitos de ônus e obrigação: (a) o ônus é um ato necessário e se insere no campo da liberdade e deve ser executado se o onerado quiser obter uma determinada finalidade em interesse próprio, ao contrário da obrigação, que é um ato imposto por lei, que deve ser cumprido por alguém para a tutela de um direito alheio; (b) a inobservância do ônus, como ato necessário, leva a uma sanção econômica, representada pela *perda do efeito favorável* que com ele se tutela, em prejuízo ao interesse do próprio onerado; já o descumprimento da obrigação acarreta uma sanção jurídica; (c) o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, já a satisfação da obrigação interessa à outra parte, titular do direito subjetivo correspondente, ou seja, o credor; (d) o caráter ilícito do descumprimento da obrigação e lícito do descumprimento do ônus.

Essa tese incluiu o ônus no grupo das relações jurídicas passivas, ao lado da obrigação, mas com significado próprio e distinto (ECHANDIA, 1970, p. 401). Note-se que Carnelutti (1959, p. 332) define a obrigação como a subordinação do interesse do obrigado a um interesse alheio, imposto por meio de sanção, e o ônus como a subordinação de um ou mais interesses do onerado a outro interesse que lhe foi imposto, sendo o cumprimento do ônus uma condição para a obtenção deste interesse. Ao contrário da obrigação, o descumprimento do ônus não leva à aplicação de uma penalidade, mas ao não atendimento do interesse do onerado. Esta teoria, embora tenha representado uma evolução no conceito de ônus, sofreu diversas críticas.

Echandia (1970, pp. 403-404), por exemplo, apontou que os conceitos de "ato necessário" e de "ato devido" seriam pouco claros e insuficientes para configurar a estrutura jurídica de ônus e de obrigação. Além disso, embora a norma que estabelece o cumprimento da obrigação tenha sido feita para benefício do credor, a satisfação desta obrigação pode não interessar apenas a ele, mas também ao próprio devedor, que pode querer se ver livre da dívida e evitar as consequências desfavoráveis do descumprimento desta obrigação.

Já a crítica de Goldschmidt a esta teoria (1936, pp. 201-202) diz respeito ao caráter de *sanção* atribuído ao descumprimento do ônus, pois quem não se desincumbe dele apenas perde uma oportunidade favorável, mas não viola nenhum dever jurídico e, portanto, não pode ser penalizado com sanção, ainda que esta seja de ordem meramente econômica. A este respeito, Echandia (1970, pp. 404)[34] aponta que, se o descumprimento do ônus é um ato lícito decorrente da liberdade de escolha do onerado em cumprir ou não a conduta prevista na norma, as consequências por ele sofridas não têm a natureza de penalidade ou sanção, já que esta pressuporia a prática de um ato ilícito.

A crítica de Micheli (1961, pp. 68-72) diz respeito ao aspecto de sanção econômica estabelecido por esta teoria. A consequência pelo descumprimento do ônus não pode ser uma sanção econômica, pois esta, além de não pertencer ao campo do direito, também pode ser observada quando do descumprimento de uma obrigação, como o pagamento de indenização ou de multa.

Poder-se-ia acrescentar que, nos casos em que a ação pretende tutelas que não podem ser convertidas em dinheiro ou mesmo estimadas monetariamente, falar em sanção econômica poderia ter ainda menos sentido.

(v) Teoria que considera o ônus processual como uma faculdade ou poder de agir livremente em benefício próprio, sendo lícito abster-se de fazê-lo, sem que haja coação, sanção, nem tampouco direito de terceiro a exigir sua observância.

[34] Carnelutti mudou de opinião quanto à aplicação de sanção por descumprimento do ônus e em edições mais novas de seu livro abandonou o conceito (ECHANDIA, 1970, p. 404)

Essa teoria é a defendida por Micheli, Rosenberg e Echandia, construída sobre as anteriores, com aperfeiçoamentos. A partir das características e críticas apresentadas no itens anteriores, os seus defensores buscam definir o conceito de ônus processual em contraposição ao de obrigação.

Micheli define o ônus como um determinado comportamento da parte, necessário para que se atinja um fim jurídico, sendo a parte, no entanto, livre para conduzir o seu comportamento como melhor lhe convier, inclusive contrariamente à própria lei. Em sentido contrário, na obrigação o ato deve ser cumprido – inclusive coercitivamente, se possível – sob pena de aplicação de uma penalidade, como o ressarcimento dos prejuízos ou mesmo multa (1961, pp. 60-61).

Para Rosenberg, a doutrina dos ônus processuais assenta-se nos seguintes aspectos: (a) o ônus implica em uma atividade voluntária; não impõe nenhum dever ou obrigação e o seu objeto não pode ser exigido coativamente; (b) inexistência de sanção pelo descumprimento do ônus, sendo lícito ao interessado não observá-lo; (c) os atos previstos nas normas que disciplinam os ônus são pressupostos de vitória à parte que deve executá-los; a atividade probatória da parte se manifesta como interesse natural que esta tem no êxito do processo – trata-se de ato de interesse próprio; e (d) não há um direito nem um dever, apenas a possibilidade de efetuar determinados atos (2002, pp. 74 e ss.).

Echandia observou que a conduta das partes dentro dos limites de tempo e lugar previstos na lei é importante para o êxito de suas pretensões ou defesas, evitando prejuízos com o resultado do processo (1970, p. 393). Segundo o processualista colombiano, o ônus é a faculdade (em sentido amplo) de livremente executar determinados atos ou adotar uma conduta prevista na norma, em benefício e interesse próprios, sem sujeição ou coação e sem que haja outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância, mas cuja inobservância pode acarretar consequências desfavoráveis (1970, p. 421).

Somos da opinião de que esta teoria é o estado da arte com relação ao instituto do ônus processual, por ser a única que responde a todas as críticas e desafios antes apontados, sendo especialmente clara não apenas em diferenciar o ônus da obrigação, mas também

quanto à grande diferença de consequências entre ambos. Além disso, retrata o modelo que mais se aproxima do ônus processual no processo civil brasileiro.

Tome-se, por exemplo, a situação de um credor não pago no tempo contratado. É perfeitamente lícito que não ajuíze uma ação de cobrança. Propor a ação de cobrança é um ônus do credor, mas não uma obrigação. Se não o fizer, poderá sofrer apenas a consequência natural dessa passividade – não receber o crédito – e mesmo esta não é certa; por mais improvável que seja, é possível que o devedor acabe por pagar a dívida, mesmo sem ser processado.

3.2. ÔNUS PROCESSUAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No Brasil, o estudo do ônus processual em geral, desvinculado dos ônus específicos, tem sido menos polêmico e aprofundado. Pontes de Miranda (1979, p. 322) conceitua o ônus como uma relação em si mesma, cuja satisfação é do interesse do próprio onerado. A não produção da prova acarretaria a consequência de não se considerar o fato como provado.

Moacyr Amaral Santos (1983, p. 93) o define de forma bem simples, estipulando que trata-se apenas de ‘dever’ no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2008, p. 77), o ônus processual existe apenas para as partes e se diferencia das obrigações quanto ao *tipo de sanção* aplicada. O não cumprimento do ônus pela parte onerada acarretaria *sanções* aparentemente formais, como a perda de uma faculdade não exercida em tempo hábil, mas que poderia atingir por reflexo o direito substancial da parte omissa. Do mesmo modo, discorreu sobre as

consequências de seu descumprimento, esclarecendo que o ônus processual pode ser livremente cumprido ou não pela parte, e como o seu próprio interesse estaria em jogo, o descumprimento acarretaria um simples dano jurídico a este interesse, ao passo que os deveres e obrigações processuais devem ser cumpridos independentemente da vontade da parte em fazê-lo, podendo ser coagida a tanto ou sofrer uma sanção decorrente da desobediência.

Esta definição se aproxima muito da defendida por Carnelutti, e pode sofrer as mesmas críticas, especialmente em relação à caracterização de uma sanção ao descumprimento do ônus. Ainda que tal penalidade seja meramente formal, não seria a consequência mais adequada, se levadas em consideração as características do ônus processual apresentadas no item anterior e pelos demais processualistas brasileiros.

Dinamarco (2003, pp. 71-72), tratando especificamente do ônus da prova, definiu-o como sendo o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. Para o jurista, como no processo civil dispositivo o fato não comprovado equivaleria, em princípio, a fato inexistente, o interesse das partes torna-se ainda maior em demonstrar que sua versão dos fatos seria a correta[35].

Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 47) atribui à prova a condição de encargo que, se não observado, pode acarretar o insucesso da pretensão, sendo o ônus "uma espécie de desafio a indicar um obstáculo que precisa ser superado como condição para reconhecimento de certa qualidade ou aptidão".

Apesar da diferença de profundidade nas abordagens, pode-se dizer que, em linhas gerais, colocadas algumas diferenças de lado, o conceito de ônus processual no direito brasileiro é

[35] O manuseio da técnica consistente em impor ônus às partes, muito intenso no processo civil dispositivo, produz o efeito de motivá-las a participar ativamente do contraditório processual, porque sabem quais consequências a sua desídia ou as suas omissões poderiam importar. O onus probandi insere-se nesse contexto de motivações, levando cada um dos litigantes a participar da instrução probatória, segundo seu próprio interesse e com vista à defesa de suas pretensões através do processo." (DINAMARCO, 2003, v. III, pp. 71-72)

o mesmo adotado pelos autores estrangeiros como Carnelutti, Rosenberg, Micheli e Echandia.

Carnelutti (1959, pp. 332-333) dividiu o ônus processual em diferentes categorias, separando aqueles “em sentido estrito” daqueles “financeiros”, conforme se referissem ao cumprimento de atos ou ao pagamento de quantias, respectivamente.

Os ônus processuais em sentido estrito, por sua vez, dividir-se-iam em ônus de impulso e de aquisição. Os primeiros determinariam à parte que promovesse o processo, fosse mediante impulso inicial (propositura da ação), fosse mediante impulso subsequente (para dar prosseguimento ao ato procedimental). Já os segundos determinariam à parte que fornecesse meios para o processo, seja mediante informações ou provas.

É interessante notar que, embora tenha sido sempre comparado à obrigação, a natureza do ônus mais se aproxima de um direito, livremente exercitável, do que de uma obrigação imposta por lei ou pelo juiz. É algo de que a parte tem faculdade de fazer sem que sofra qualquer consequência do não exercício, a não ser deixar de obter a vantagem ou o efeito que o ato traria.

Sendo o ônus processual gênero do qual o ônus da prova é espécie, importante apresentar os principais aspectos e características do primeiro para a melhor apreensão do segundo, como se discorrerá a seguir.

4. ÔNUS DA PROVA

4.1. CONCEITO

Como visto, a prova oferece a premissa menor pela qual o juiz irá decidir – está relacionada à fixação dos fatos, sempre que há controvérsia entre as partes ou incerteza do julgador a respeito deles. Resta, no entanto, identificar como a prova ingressa ao processo, isto é, quem é responsável por sua produção e como o juiz deve decidir a lide se uma prova relevante não for produzida ou não for convincente. É exatamente disso que trata o ônus da prova.

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso LV, elevou à categoria de garantias individuais os princípios do contraditório e da ampla defesa. Essas garantias estariam esvaziadas se as partes, embora pudessem comparecer a juízo e apresentar defesa, tivessem dificuldade ou estivessem impossibilitadas de provar os fatos alegados. Em outras palavras, não basta garantir à pessoa que ela possa se defender, é preciso, para o completo exercício das garantias constitucionais, que lhe seja dado direito de provar suas alegações. Como será melhor desenvolvido mais adiante, este entendimento está compreendido no próprio conceito do princípio do Acesso à Justiça[36].

A medida desse direito é a necessidade ou não de valorar um determinado fato como verdadeiro ou falso, para a decisão da questão jurídica. Há fatos sem relevância para a decisão, ainda que sejam controvertidos.

Imagine-se, por exemplo, um silogismo jurídico dos mais simples, no qual a premissa maior seja a norma do artigo 3º, inciso I, do Código Civil: “os menores de dezesseis anos

[36] Cf. capítulo 7.1.

são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil". Como premissa menor, já se estabeleceu, no processo, que "João é menor de dezesseis anos". Portanto, já estão presentes as condições para que o juiz decida que "João é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil".

Uma das partes pode, exercendo seu direito de defesa, alegar que João é um garoto responsável, cumpridor de seus deveres, etc. É inegável, no entanto, que este fato é desnecessário para a decisão judicial. Seja ele verdadeiro ou falso, em nada se alterará a conclusão sobre a incapacidade civil de João. Em razão dessa inutilidade do fato, é lícito que seja negada à parte a oportunidade de prová-lo. A mesma limitação pode ser imposta sobre fatos cuja valoração como verdadeiros já esteja feita no processo, como aquele legalmente presumidos, notórios ou incontroversos.

A segunda medida é a adequação do meio de prova. É necessário que a produção pretendida seja capaz, em tese, de demonstrar a verdade do fato em questão. Tome-se, por exemplo, a norma do artigo 366 do Código Civil de 1976, que dispõe que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta". Ainda que a existência do ato jurídico seja o fato controvertido no processo, do qual depende a decisão judicial, a oitiva de testemunhas é juridicamente incapaz de prová-la. Portanto, não cerceia o direito de defesa da parte o indeferimento da prova incapaz de provar o fato.

Quanto a esta segunda medida, é importante ter em mente que a prova de um fato não se destina apenas ao juiz de primeiro grau, mas também aos desembargadores que, em recurso, decidirão novamente sobre ser sua veracidade ou falsidade. Portanto, há de haver certa tolerância por parte do juiz na consideração da adequação de determinado meio de prova. Se ele puder ser considerado apto ao menos pelo homem médio – ou melhor, pelo "magistrado médio" – o indeferimento poderia restringir indevidamente a defesa da parte, privando-a de ter a seu favor um fato legitimamente considerado como verdadeiro.

Assim, no curso do processo, nos casos em que a ação envolve matéria de fato e é necessária a produção de provas[37], o juiz deve obrigatoriamente dar oportunidade às partes para que requeriam e produzam provas, na medida em que sejam adequadas e referentes a fatos úteis à solução da lide, sob pena de cerceamento de defesa e nulidade processual.

Sendo este um direito constitucional das partes, não podem elas ser privadas de sua produção, sob o risco de o processo todo ser anulado. Mas também por se tratar de um ônus da parte – e não obrigação – ela não pode ser coagida à sua produção, nem tampouco penalizada por não tê-lo feito. A única consequência será a perda do benefício de ter determinado fato valorado como verdadeiro no processo. Isso não implica necessariamente em um julgamento desfavorável, pois este mesmo fator pode ser considerado verdadeiro por outros motivos ou em razão de outra prova produzida até mesmo pelo adversário.

Essa consequência merece atenção, pois é um dos aspectos principais do ônus da prova. Ainda que o juiz intime as partes para exercerem o seu direito constitucional à prova, pode ser que estas quedem inertes e não a produzam ou que ela seja insuficiente. O que fazer quando saber se um fato é verdadeiro ou falso é essencial para uma decisão jurídica? Como deve agir o juiz diante da falta da prova? O ônus da prova irá auxiliar a resolução deste impasse.

Conforme os ensinamentos de Echandia (1970, p. 424), o princípio do ônus da prova mostra ao juiz o modo como a sentença de mérito deve ser proferida se estiver diante de fatos incertos pela insuficiência de prova. Se, por um lado, a característica de ônus faz com que a prova não seja um dever da parte, sendo impossível coagi-la à produção, por outro lado fornece resposta ao juiz, que precisa decidir, caso os fatos controversos não sejam adequadamente provados.

---

[37] Nos casos que envolvem matéria exclusivamente de direito ou, tratando também de questões de fato, mas que as partes concordam que não é necessária a produção de provas complementares às já apresentadas na fase de conhecimento, o juiz poderá julgar antecipadamente a lide, nos termos do artigo 330 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

Se no curso do processo as partes produziram as provas necessárias para sustentar suas afirmações, o juiz decidirá segundo um juízo de certeza[38]. Uma vez produzida, a prova irá auxiliar a formação do convencimento do juiz independentemente de quem a tenha trazido no processo, pois não aproveita apenas a parte que a trouxe aos autos[39].

No entanto, na falta de certeza produzirá um estado de dúvida no juiz que, para decidir, aplicará as regras de distribuição do ônus probatório, mediante o emprego dos parâmetros estabelecidos na lei para que possa decidir com base apenas no conjunto fático-probatório existente nos autos. O fato não provado será considerado como falso – ou não verdadeiro – em prejuízo da parte a quem ele aproveitaria na aplicação do direito.

O ônus da prova fornece então ao juiz regras para evitar um pronunciamento de dúvida, ou a omissão em seu pronunciamento, e tem a função de impedir o *non liquet*, nos termos do artigo 126 do Código de Processo Civil, estimulando a atividade processual das partes (MICHELLI, pp. 12; 111)[40]. Chiovenda sustentou que o estudo do ônus da prova visaria identificar quais são os fatos que, tidos por existentes pelo juiz, seriam suficientes para induzi-lo a julgar a ação (1925, p. 254).

Pode-se assim definir o ônus da prova como a oportunidade concedida à parte para que demonstre a ocorrência de um fato necessário à aplicação da norma jurídica. A parte que não se desincumbir do ônus não sofrerá uma sanção, mas as consequências da perda de tal oportunidade[41].

---

[38] Cf. capítulo 2.2 acerca das diferentes formas de percepção da realidade.

[39] Sobre a impessoalidade da prova, cf. Alfredo Buzaid (1961, 16-17) ; Flávio Luiz Yarshell (2009, 60-61).

[40] Contrariando este entendimento, Giovani Verde (1974, p. 27) defende que as regras de distribuição do ônus da prova apenas permitiriam a rejeição da pretensão, com fundamento na falta de prova dos fatos, e não a procedência em favor da outra parte: "Pode-se agora começar a acreditar que a necessidade de uma regra de julgamento nasce não da necessidade de autorizar o juiz a decidir no mérito, mesmo em caso de incerteza sobre o fato, mas da convicção de que seja necessária uma regra especial para permitir ao juiz se indeferir o pedido cujo pressuposto de fato não tenha sido provado pronunciar a regra especial é necessária" (1974, p. 27 – tradução livre).

[41] Segundo ECHANDIA, "existem princípios processuais cujo desconhecimento pode constituir também a violação de preceitos constitucionais (como o que consagra o direito de defesa); mas seu exercício é indispensável para evitar prejuízos ou consequências desfavoráveis; a parte não está obrigada a exercê-los, mas apenas fazendo se evita este resultado adverso. Por esta razão, há o ônus processual de recorrer e de provar, não obstante a parte tenha indubitavelmente um direito subjetivo para executar estes atos no processo" (1970, p. 394 – tradução livre)

O não atendimento a um ônus probatório não levará necessariamente à improcedência da pretensão da parte onerada pela demonstração daquele fato, caso o juiz, diante da situação de dúvida, entender que existam elementos suficientes para deferir a sua pretensão. Se o juiz não conseguir confirmar a veracidade de um fato afirmado pela parte, porque esta não cuidou de fazer a respectiva prova, tal fato não será considerado como verdadeiro, mas a ação será decidida com base no conjunto fático-probatório restante.

4.2. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Necessárias algumas considerações sobre a origem e o desenvolvimento da distribuição do ônus da prova como forma de melhor compreender a sua importância e o modo como ele chegou e evoluiu no direito brasileiro.

4.2.1. DIREITO ROMANO

A origem do ônus da prova remonta ao direito romano. Pouca literatura foi produzida a seu respeito nos primórdios da civilização romana, e a escassez de material doutrinário dificultou a sua investigação. A influência do misticismo e do sobrenatural no resultado da ação também impediam e tornavam desnecessária a delimitação de regras sobre o ônus da prova[42].

[42] Cf. MORAES, 2008, p. 40.

A Lei das XII Tábuas e a laicização do direito[43] marcam o início do período arcaico na história do direito romano, ainda então fortemente influenciado por crença religiosa e superstição popular, que interferiam nas provas e no resultado do processo. As *legis actiones* exigiam exacerbado formalismo e estrita observância de ritos e fórmulas para que proporcionassem a eficácia pretendida. A oralidade prevalecia tanto no processo como na transmissão das leis e os pontífices detinham o monopólio da escrita e da interpretação das fórmulas. Neste período, a ideia do ônus da prova começou a ser delineada, mas só atingiu maturidade na fase republicana (MORAES, 2008, p. 107)[44].

O período republicano ou clássico foi marcado pelas ações *per formulas*, introduzidas pela *Lex Æbutia*, mais flexíveis em comparação às *legis actiones*[45], mas ainda carregadas de formalismos, ainda que menos rígidos. Neste período, o processo tinha caráter eminentemente privatista e duas fases bem delineadas. A primeira era conduzida pelo pretor, que fazia a organização formal do processo e transformava o conflito entre as partes em um conflito judicial. Na segunda fase, um juiz leigo – o *iudex* – era escolhido dentre os cidadãos para resolver o conflito, segundo o seu livre convencimento e sem necessidade de fundamentar sua decisão (LOPES, 2012, p. 35).

O processo do período clássico conheceu intervenção estatal mínima e a retórica era a ferramenta mais valiosa de que as partes dispunham. Pelo discurso de seus advogados, as partes tentavam ganhar a simpatia do *iudex* e convencê-lo de seus argumentos. O caráter

---

[43] A promulgação da Lei das XII Tábuas, por volta de 451 a.C., permitiu o registro escrito das normas e a ampliação do conhecimento das leis para além dos pontífices, reduzindo-se o arbítrio no processo e levando à laicização do direito, com o princípio de racionalidade do processo, inclusive no tocante aos meios de prova e sua interpretação.

[44] Segundo José Rubens de MORAES (2008, p. 115), como a instrução probatória e a apreciação das provas neste período eram feita por juiz leigo, estas ações tinham menor rigor técnico e jurídico, na medida em que os advogados oradores privilegiavam a retórica e a atuação performática, na tentativa de obter o convencimento emocional do juiz. Consequentemente, a prova, no sentido racional que é atualmente conhecida, não despertava o interesse dos juristas daquele período (MORAES, 2008, p. 118). Alfredo BUZAID (1961, p. 8) afirmou que se teria constatado a existência de algumas poucas regras de distribuição do ônus da prova neste período, e que o seu caráter escasso se deveu ao fato de o direito daquela época estava fundado no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes trazer os fatos e fazer as provas que os fundamentassem.

[45] As ações do período arcaico (*legis aciones*) e clássico (*per formulas*), incluídas conjuntamente no contexto da *ordo iudiciorum privatorum*, possuíam em comum a característica de serem constituídas por duas fases distintas: a primeira desenvolvia-se perante o pretor, autoridade pública, que ouvia os argumentos das partes na presença de testemunhas e preparava o processo para a segunda fase, *in iure*, que ocorria perante o magistrado, um cidadão comum eleito pelas partes, responsável por colher as provas e proferir a sentença (MORAES, 2008, p.112).

privatista do direito – de interesse das partes, sob a supervisão do estado – conferia ao juiz maior liberdade na análise dos fatos e dos meios de prova produzidos pelas partes.

Micheli (1961, pp. 17-19) observou que o juiz tinha tamanha liberdade que podia não apenas apreciar livremente as provas que lhe eram apresentadas, mas também determinar o momento em que se encerrava a sua produção, seja por estar convencido dos fatos ou pela ausência de elementos de convicção, podendo, nestes casos, pronunciar *sibi non liquere*, isto é, julgar improcedente por falta de provas. Ainda segundo este autor italiano, não havia, naquela época, normas impositivas sobre ônus da prova, e a máxima proveniente da compilação justinianeia – segundo a qual o autor teria o ônus de provar o fundamento de sua pretensão e o réu da exceção – seria apenas uma indicação de conveniência aos juízes, resultado da compilação de casos práticos observados à época, que auxiliava os juristas nos casos de dificuldade de prova. Não se tratava de norma e não tinha de ser obrigatoriamente seguida. Com efeito, como o juiz podia pronunciar o *non liquet*, as regras de ônus da prova ainda não tinham conhecido sua principal utilidade.

Esta máxima justinianeia – dividindo os ônus entre autor e réu – também foi expressa no Digesto[46] 22, 3.19[47] e 44.1.1[48], de Ulpiano, segundo as quais o réu, na exceção, equivale a autor. Isto é, o réu deve provar suas alegações de exceção. No entanto, Ulpiano já havia percebido que, nem sempre, esta regra estaria correta. Os próprios romanos constataram a insuficiência da fórmula, tendo observado que, em diversas ocasiões práticas, houve a modificação da atribuição do ônus da prova, conforme a regra de quem alega ou quem excepciona. Aparentemente, já se aplicava uma modificação da regra por meio do Digesto,

---

[46] O Digesto, também conhecido como *Pandectas*, foi uma compilação da jurisprudência antiga no período compreendido entre o final da República [período arcaico] até a época de Justiniano [período pós-clássico]. Como leciona Pietro BARINETTI, "Justiniano de fato, simplificou esta fonte de direito e a acolheu em seu Digesto, incluindo-a, por assim dizer, em um *principis placitum* (a direta expressão da vontade do monarca). (...) O Digesto, que compreende a literatura jurídica, então perde, de certa forma, a característica de Direito ciência, e assume a de direito emanado da autoridade Imperial. Justiniano teve quase um fideicomisso legislativo perpétuo, proibiu, para o futuro, qualquer nova literatura jurídica, e impôs como verdade exclusiva, a doutrina, como refletido na sua legislação, que ele temia, poderia libertá-los alterada por um exame científico" (1864, p. 31 – tradução livre)

[47] "In exceptionibus dicendum est rerum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse". (Na exceção o demandado age como autor, e deve provar a exceção como se fosse uma demanda própria: por exempo, se utilizar a exceção do pacto convencionado, deve provar a existência deste pacto – tradução livre).

[48] "*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*". (Aquele que se vale de uma exceção também age: na exceção o réu torna-se autor – tradução livre).

para os casos em que a impossibilidade era facilmente identificada, ou casuisticamente, pelo próprio julgador (PUGLIESE, 1958, p. 595).

No período pós clássico, ou imperial, as mudanças políticas influenciaram direta e fortemente diversas alterações no processo, que foi unificado em uma única fase, perante o magistrado estatal, afastando-se o julgamento por particulares. O poder dos governantes crescia de forma inversamente proporcional ao dos magistrados, que pouca margem tinham para decisões segundo suas convicções. Em matéria probatória, o juiz passou a se vincular ao sistema de provas legais, devendo analisar as provas à luz das hipóteses previamente oferecidas. A legislação a respeito tornou-se tão complexa e detalhada que pouco sobrava para o convencimento pessoal do julgador.

Por outro lado, como o magistrado estatal era, em princípio, conhecedor das leis e do procedimento, o processo foi ganhando amadurecimento técnico, as carreiras jurídicas se profissionalizaram e a própria prova teve sua importância aumentada no processo. E exatamente em razão da necessidade do maior rigor técnico para que se demonstrasse a conformidade dos fatos ao direito, a prova experimentou seu ápice em termos de amadurecimento institucional, aproximando-se de seu conceito moderno.

A livre apreciação das provas deu lugar ao sistema de provas legais e o *sibi non liquere* tornou-se incompatível com a função publicista do processo. Consequentemente, foram necessárias regras a respeito das provas para orientar as decisões. A lei passou, então, a oferecer meios para que o juiz pudesse decidir mesmo se as provas fossem insuficientes para seu convencimento. O princípio *affirmanti non neganti incumbit probatio* ganhou força de lei e a prova se tornou essencial para a parte que tinha o ônus legal de demonstrar os fatos.

É em tal contexto que surgira um célebre trecho do Digesto de Paulo (D 22.3.2[49]), que aliado ao enunciado de Diocleciano e Maximiano (C 4.19.23[50]), teria sido um tanto mal

[49] "Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat" (A prova cabe a quem afirma, não a quem nega – tradução livre).

[50] "Actor quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit." (Confessando o autor a

interpretada no sentido de que a prova recairia sobre quem afirma e nunca sobre quem nega, por ser impossível a prova de fatos negativos. Esta interpretação equivocada se espalhou pelo Ocidente, influenciando os doutrinadores da Idade Média e chegando aos dias atuais. Passou-se a tentar justificar lógica e cientificamente o princípio de direito romano segundo o qual a distribuição do ônus da prova era feita de acordo com a afirmativa ou negativa do objeto da prova, e não conforme a posição de autor ou réu que a parte exercia (PACÍFICO, 2000, p. 61).

Estes enunciados, que tanta confusão geraram, diziam respeito a casos concretos específicos e que, se genericamente aplicados, não teriam qualquer sentido, além de haver certa dificuldade em identificar quais seriam os fatos positivos e os negativos, e que parte os teria alegado (CHIOVENDA 1925, pp. 250-251). Não por outro motivo, a doutrina recente, reconhecendo a falha de tradução desta fórmula e a sua deficiência, tem afastado a sua aplicação, pois a prática mostra que, muitas vezes, é possível fazer prova dos fatos negativos pela comprovação de outros fatos positivos que o excluem (PHILLIMORE, 1850, p. 7). Não necessariamente o conceito de prova negativa coincide com aquele de prova impossível.

ECHANDIA também criticou esta interpretação e explicou não ter sido este o sentido da regra romana. Caso o demandado se limitasse a negar os fatos afirmados pelo autor, sem trazer qualquer fato novo ao processo, não precisaria provar (*negativa non sunt probanda*); teria o ônus da prova apenas quanto ao que excepcionasse. Acrescentou, ainda, que foram criadas regras gerais, baseadas na experiência e derivadas de presunções do período clássico, como a de que as negações *indefinidas* não requerem provas (1970, pp. 421-422).

Em seus apontamentos, Alfredo BUZAID (1961, pp. 8-9)[51] repreendeu a tentativa da doutrina moderna de tentar extrair das regras específicas e individualizadas de direito

---

impossibilidade de provar o que afirma, não pode também constranger o réu a demonstrar o contrário, porque pela natureza das coisas é nula e nenhuma a prova do que nega o fato – tradução livre).

[51] ECHANDIA (1970, p, 421) ofereceu valiosa contribuição ao compilar a distribuição do ônus da prova no direito romano na seguinte passagem: "No antigo direito romano, como se pode observar no procedimento da *legis actio sacramento* e em geral no processo *per legis actiones*, o ônus da prova correspondia igualmente a ambas as partes. No período clássico, havia normas que atribuíam indistintamente o ônus, em cada caso, com um critério prático de equidade, ou deixavam esta tarefa ao juiz. Posteriormente, no direito Justiniano, surgiram princípios gerais, que punham a cargo de quem afirmava a existência ou a inexistência de um fato, como fundamento de sua ação ou exceção, a respectiva prova, fosse autor ou réu." (tradução livre)

romano uma máxima generalizada sobre a distribuição do ônus da prova, ressaltando o caráter casuístico do Digesto. Muitas vezes, o ônus da prova cabia ao autor, mas nem sempre a distribuição ocorria desta forma, podendo haver regra diversa em determinadas situações.

4.2.2. DIREITO BÁRBARO GERMÂNICO

A queda do Império Romano Ocidental foi um processo lento, resultado de diversos fatores que foram, aos poucos, desestruturando a sociedade[52]. Em breve síntese, a crise econômica acarretou o aumento dos impostos e o surgimento da inflação, que resultaram no colapso da produção e do comércio em larga escala. Os pequenos agricultores, quando não eram recrutados para recompor as fileiras do exército, que precisava proteger as extensas fronteiras do Império, sofriam forte pressão econômica decorrente dos altos impostos e acabavam deixando o campo, ou buscando proteção junto a poderosos locais[53] e a economia foi se tornando precária e interiorizada.

Este cenário de crise e declínio facilitou a invasão dos povos bárbaros[54] de diversas etnias, que eram nômades e habitavam as regiões próximas às fronteiras do Império. Nem sempre estas invasões ocorreram por meio de guerra e conquista; muitos destes povos conviveram pacificamente com os cidadãos romanos por séculos, alguns deles estavam inclusive romanizados, de modo que seus costumes e cultura se misturavam e já faziam parte do cotidiano da população romana daquele local e vice-versa. O próprio exército romano chegou a ter soldados de origem germânica em seus quadros.

---

[52] Sobre a desestruturação do Império Romano, que culminou com sua queda, e início da Idade Média, cf. MORAES, 2008, p. 240 e ss e LOPES, 2012, p. 50 e ss.

[53] Esta prática no campo de busca por proteção de indivíduos mais poderosos foi o germe do sistema feudal.

[54] O termo bárbaro é de origem grega, e significa *estrangeiro*. Era utilizado pelos romanos de forma pejorativa para se referir a povos que não partilhavam da mesma cultura ou dos costumes romanos (fonte: Webster's New Universal Unabridged Dictionary, 1972 Simon & Schuster Publishing, p. 149 – tradução livre).

Os germânicos eram uma etnia bárbara que habitava o norte da Europa e adotavam línguas indo-européias germânicas. Tinham um processo mais simples e menos formal, que, em linhas gerais, dividia-se em duas partes: na primeira, denominada *Beweisurteil,* o juiz proferia uma sentença em que declarava a qual das partes cabia o ônus da prova, e na segunda a parte sujeita ao ônus deveria produzir a prova. No processo germânico geralmente o ônus da prova era do réu, pois o autor não pleiteava um direito próprio, apenas atacava a injustiça do comportamento do réu (BUZAID, 1961, p. 10).

O processo germânico daquela época era dotado de forte carga religiosa e mística. As provas não se destinavam ao julgador e, via de regra, o seu resultado indicava diretamente o veredicto. Os meios de prova mais utilizados neste período eram as ordálias[55-56] e o juramento, também conhecidas como provas místicas. Sua aplicação se justificava pela alta religiosidade daquela sociedade, que acreditava que os deuses apenas ajudariam a parte que tivesse razão e não permitiria a vitória de quem estivesse errado (BUZAID, 1961, p. 10).

Com as invasões bárbaras que culminaram na queda do Império Romano, iniciou-se a Idade Média. A expressão do Império Romano foi tamanha que sua cultura e costumes foram fortemente arraigados na população e nos povos bárbaros romanizados, de modo que, ao invés de subjugados, contribuíram para a formação da cultura e dos costumes medievais, inclusive com relação ao direito.

[55] As ordálias eram um meio de prova, de qualquer gênero, por meio do qual havia a crença de ser possível induzir seres sobrenaturais a manifestarem sua decisão acerca de uma questão de direito, produzindo efeitos jurídicos. (MORAES 2008, p. 63). Sua presença como meio de prova no direito romano é tema controverso na doutrina. A respeito das diversas posições doutrinárias sobre o tema, cf. MORAES, 2008, pp. 65-71.

[56] Embora "Deus" seja grafado à maneira cristã, iniciando-se com letra maiúscula, é certo que as divindades envolvidas no processo romano arcaico não tinham relação com o mesmo Criador apresentado pela Bíblia.

4.2.3. IDADE MÉDIA

Na Idade Média, o direito sofreu influência romano-germânica-canônica; era menos intelectual e mais prático (MORAES, 2008, p. 249), pelo menos em seus primórdios. Mesmo após as invasões, os romanos e os povos bárbaros conviveram lado a lado sem se misturar. Com o passar do tempo, os costumes bárbaros passaram a predominar na sociedade medieval, inclusive em relação ao processo, que se aproximou de seu próprio modelo, com um maior distanciamento dos postulados romanos[57].

No tocante ao ônus da prova, manteve-se como regra geral sua atribuição ao réu, como no processo germânico, com a predominância das provas irracionais – ordálias e duelos –, embora o juramento tivesse importância para a fixação da verdade, nos casos em que as provas fossem insuficientes ou inconclusivas.

Para a compreensão do sistema probatório dos germanos, é necessária sua interpretação conforme os fundamentos da época, em que a prova não se destinava à formação da convicção racional do juiz. A verdade era obtida pelo rígido cumprimento das prescrições formais, e a sua legitimação dependia do estrito atendimento aos cânones formais, determinados pela lei ou pelos costumes. Além disso, acreditava-se que os atos dos homens eram supervisionados pela justiça divina, e sendo Deus onipresente e onisciente, Ele não permitiria injustiças que decorressem da corrupção da natureza humana, de modo que o resultado da prova favoreceria sempre quem tivesse razão (MORAES, 2008, pp. 261-262).

A sociedade ainda sentia os efeitos da crise econômica do antigo Império Romano: a escassez de alimentos e a peste reduziram a população, e a descentralização política tornou possível a formação de diversos reinos, cada qual com características próprias. Neste

[57] José Reinado de Lima Lopes (2012, p. 51) defende que em razão das guerras e da fome, muitos dos povos bárbaros eram sedentários em fuga, e não tinham uma vida urbana, nem o modo de vida dos romanos. Por mais que entendessem o direito romano como superior e mais desenvolvido, não podiam preservá-lo desvinculado da vida material ou das instituições políticas romanas.

cenário de desestruturação e ruptura pelo qual passou a sociedade, a Igreja se fortaleceu enquanto instituição e despontou como uma forte referência, que ofereceria um papel central e dominante no monopólio da religiosidade, excluindo quem não seguisse suas diretrizes.

Ao contrário do que ocorria com o processo germânico, o processo canônico procurou romper com o modelo do processo de fundo barbárico. A regra romana *et incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* foi repristinada e, com o passar do tempo, o processo canônico passou a ser regido por diretrizes mais técnicas e a adotar valores que remetem à ideia de um processo équo.

Ainda que, no início, o processo canônico tenha aceito as ordálias como meio de prova, elas passaram, ao longo do tempo, a ter caráter apenas subsidiário. A sentença canônica era fruto do convencimento judicial e proferida *secundum conscientiam*, assegurando-se ao magistrado, no âmbito cível, deixar de proferir decisão se não tivesse chegado a nenhuma conclusão (TUCCI, 2001, pp. 37-40, 52).

4.2.4. DIREITO PORTUGUÊS

Dentre as monarquias nacionais, destacou-se a portuguesa, cujos costumes e leis processuais acabaram por imprimir a feição do processo brasileiro, séculos mais tarde. Em Portugal, a guerra da Reconquista – caracterizada pela retomada da Península Ibérica, até então sob o jugo dos mouros, pelos cristãos – em meados do século VIII marcou os primórdios deste período.

Finda a guerra, não havia unidade jurídica, instalando-se um direito de natureza consuetudinária dentre os diversos povoados da região, localmente aplicado, e resultado de

inúmeras experiências jurídicas que ali vigoraram, dentre elas o direito romano, misturado aos costumes germânicos trazidos pelos visigodos, que dominaram a região na Idade Média (TUCCI, 2009, p. 25).

Durante a fase de dominação dos visigodos, e mesmo na fase da Reconquista, muito por influência dos reis e do clero, vigorou o princípio da personalidade; cada indivíduo respondia ao direito de sua gente, havendo um para a população romana e outro para a germana (COSTA, 2000, p. 133). O Código Visigótico, uma compilação das leis visigodas, foi a principal fonte do direito nesta região durante o século XII e representou uma tentativa de unificar o direito na Península Ibérica (CAETANO 2000, p. 232).

Tal código, com algumas modificações, serviu de base para a elaboração dos forais[58] – a primeira fonte jurídica genuína do direito português –, mas as regras e os costumes ainda eram muito esparsos. Por influência dos costumes germanos, o ônus da prova ainda cabia ao réu e os meios utilizados na época eram: juramento, documentos, inquéritos, testemunhas, ordálias e compurgação – meio de prova exclusivamente do réu, que consistia em trazer um determinado número de pessoas para atestar sua inocência; não deve ser confundido com o testemunho, pois essas pessoas não tinham conhecimento dos fatos (MORAES, 2008 pp. 321-323).

Portugal teve a sua primeira compilação de leis nas Ordenações Afonsinas, finalizadas no século XV, escritas para evitar incerteza e insegurança diante do grande número de leis existentes, muitas das quais foram extraídas do direito romano e canônico. Foi com as Ordenações Afonsinas que a atribuição do ônus da prova, como regra geral, voltou a ser do autor (MORAES, 2008, p. 340).

Já nas Ordenações Filipinas, finalizadas no século XVI, e publicadas antes mesmo de terem sido finalizadas, no início do século XV, o ônus da prova recebeu maior atenção, e

[58] Os forais foram o germe e a origem do direito português (TUCCI, 2001, p. 31), e se caracterizaram por documentos concedidos por monarcas, senhores, e autoridades eclesiásticas, a comunidades ou populações locais, para regular aspectos jurídicos da sociedade, como outorga de direitos e prerrogativas, sendo utilizados para estimular o povoamento e a agricultura após a fase da Reconquista (MORAES, 2008, p. 321). Segundo TUCCI (2001, p. 31), ao lado do direito escrito (de origem romano-visigótica), o direito consuetudinário inserto nos forais muito contribuiu para a formação do direito lusitano.

passou a ser atribuída às partes conforme o ônus da afirmação. O autor devia provar a sua intenção e o réu os fatos afirmados em sua defesa (PEREIRA E SOUZA, 1880, p. 159):

> E querendo o réo, antes de offerecer a contrariedade, embargar o processo e ser a demanda contestada com alguma daa seguintes exceições peremptórias, sentença, transação, juramento, paga, quitação, prescripção, e bem assi quaesquer outras, que concluam o autor não ter aução, offerecendo-se logoa proval-a dentro de dez dias, poderá vir com ella ao tempo, que lhe foi assinado para contrariar (...). E achando que o réo não provou, ou que a provou por testemunhas, não se podendo provar senão per scriptura, pronunciará que a não prova, e irá, pelo processo em diante, e condenará réo nas custas do retardamento, ficando-lhe reservado seu direito para poder ainda tornar a allegar a materia da dita exceição peremptoria ao tempo, que pôde vir com contrariedade, e se processará nella, como quando vem com contrariedade.
>
> E vendo o Juiz, que o réo pela prova, que deu nos dez dias, provou a exceição, assignará ao autor termo para contrariar. (03.20.15)

O juiz deveria, ainda, julgar segundo os fatos alegados pelas partes e as provas produzidas nos autos, ainda que sua consciência lhe dissesse o contrário, pois somente ao monarca era permitido que julgasse segundo a sua consciência (Ordenações Afonsinas, 03.69).

4.2.5. DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, foi apenas após a sua emancipação política, em 1822, que o direito começou a se dissociar do português, pois até então os preceitos legais, e consequentemente o direito, eram os mesmos que os da metrópole.

Na fase inicial, imediatamente após a independência do país, as Ordenações Filipinas ainda fora mantidas. O processo iniciou sua trajetória distinta da do processo português com a promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832, e do Decreto 737, em 1850. As Ordenações Filipinas ainda regulavam o processo civil, com modificações de leis esparsas.

Se os Códigos de Processo de 1939 e 1973 não trouxeram relevantes alterações no trato da distribuição do ônus da prova, o mesmo não ocorreu com os poderes instrutórios do juiz, que foram implementados e majorados. O modelo brasileiro será apresentado em maiores detalhes em capítulo próprio[59].

4.3. ASPECTOS TEÓRICOS DA DISTRIBUIÇÃO FIXA DO ÔNUS DA PROVA

As teorias sobre a distribuição do ônus da prova surgiram na época em que ainda não havia uma norma específica estabelecendo esta regra. Assim, tentava-se identificar quais os critérios deveria o juiz levar em consideração para, em caso de dúvida ou incerteza, aplicar a distribuição do ônus da prova. As legislações que passaram a disciplinar regras para a distribuição do ônus da prova o faziam conforme uma ou outra teoria (SANTOS, p. 98).

Os doutrinadores que tentaram encontrar os fundamentos da distribuição do ônus da prova reconheceram que seria uma tarefa difícil identificar um critério único que se aplicasse a todos os casos, desafio este que permanece até os dias atuais[60].

As teorias podem ser divididas em dois grandes grupos: aquelas que fundamentam a distribuição do ônus da prova na natureza dos fatos e posição da parte em juízo, defendidas pelos doutrinadores do século XIX e século XX (tendo em Chiovenda um dos maiores representantes) derivadas do direito romano, e que basicamente atribuem ao autor todo o encargo probatório – salvo nos casos em que o réu também alegar questões de fato

[59] Cf. capítulo 6.4.

[60] MICHELI (1961, p. 59) explica que a Alemanha e a Áustria tiveram uma maior preocupação em estudar a fundo a matéria de ônus processual em geral, e o ônus da provam em particular, ante as dificuldades dos doutrinadores em adaptar a noção de ônus da prova, procedente do direito comum alemão, às novas exigências daquele processo, que atribuiu ao juiz amplos poderes instrutórios e grande liberdade na valoração do resultado das provas. Os processos italiano e franceses, nos quais o princípio dispositivo predominou desde sempre, levou a uma certa indiferença sobre o tema.

impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor, e as teorias mais modernas, do final do século XX e início do século XXI (tendo Rosenberg, Micheli, Echandia e Peyrano dentre alguns de seus defensores)[61], que refutam as anteriores, por entenderem que o ônus da prova deve ser determinado levando-se em consideração as alegações de fato e os pressupostos das normas legais[62].

Os Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939 e de 1973 foram inspirados nas teorias do primeiro grupo, notadamente nos ensinamentos de Chiovenda. Estas teorias são revisitadas sempre que se discute uma eventual alteração legislativa sobre o tema, como acontece recentemente no Brasil[63].

Embora não se enquadre em nenhum destes grupos, também merecem atenção a teoria de Jeremy Bentham, por ser considerada por alguns autores[64] como a precursora da distribuição dinâmica do ônus da prova e a de Jorge Peyrano, que propôs o modelo dinâmico de distribuição do ônus da prova, e que será objeto de maiores reflexões neste estudo.

Sem pretensão de esgotar o tema, serão feitos breves comentários sobre algumas destas teorias e seus defensores, por sua importância para os processualistas modernos e influência nos critérios de distribuição do ônus da prova atual.

---

[61] Vicente Higino Neto (2010, p. 78) mostra que tais teorias melhor : "dão conta da evolução do direito constitucional no final do século XX e início do século XXI, do fenômeno da constitucionalização do processo civil; da virada copernicana ou paradigmática que concebe o direito processual como instrumento útil à concretização de direitos, especialmente dos direitos fundamentais".

[62] Segundo Rosenberg (2002, p. 124), a distribuição do ônus da prova é uma consequência da estrutura do direito material.

[63] Cf. capítulo 7.

[64] Dentre os autores que consideram a teoria de Bentham como a precursora da distribuição dinâmica do ônus da prova estão Eduardo Yashikawa (2012, pp. 129-130) e Renato Ornellas Baldini (2013, p. 90)

4.3.1. JEREMY BENTHAM

A doutrina de Jeremy Bentham sobre a distribuição do ônus da prova foi formulada por volta de 1823. Considerado até os dias atuais como um dos ícones do pensamento liberal, Bentham foi um jurista e filósofo inglês que viveu durante a segunda metade do século XVIII e no início do século XIX e que defendia os ideais de liberdade econômica, individual e de expressão, dentre outros valores libertários. Juntamente com Stuart Mill, foi o fundador da filosofia do utilitarismo moderno, tendo como principal axioma que a medida do certo e do errado deve levar em consideração proporcionar a máxima felicidade ao maior número de pessoas (BENTHAM, 1879, p. 2).

Para Bentham (1843, p. 137), o princípio norteador do processo judicial – que denominou *collateral ends of justice* (fins colaterais da justiça) – seria evitar "demora, vexame e despesas" desnecessários ou excessivos. Durante toda a sua obra *Rationale of Judicial Evidence* (1843), citava este princípio como orientador de seu pensamento, introduzindo-o sempre no início de cada capítulo antes de desenvolver o raciocínio relativo àquele assunto.

A respeito do questionamento sobre qual parte deve recair o ônus da prova, responde que, em um processo ideal, que denominava processo natural, deveria recair sobre a parte para a qual o cumprimento pudesse recair com o menor inconveniente, isto é, com menos demora, menos vexame e menos despesas. Sobre como e quando determinar qual seria esta parte, respondeu que, ainda segundo o processo natural, deveria ser estabelecido pelas próprias partes, em uma reunião no início do processo, sem a presença do juiz (BENTHAM, 1843, p. 136)[65].

[65] No original: "The obligation of adducing proof, on whom – i.e. on which of the two contending parties shall it on each occasion be imposed? (…). On the ground of natural justice, which is the only justice – under the reign of natural procedure, nothing can be more simple – nothing can be more easy. On that one of the parties, says the answer let the obligation be, in each individual instance, imposed, by whom, in that instance, if fulfilled, the fulfilment of it will be attended with least inconvenience; inconvenience meaning always delay, vexation, and expense. "But how and when can it be known which that party is? Answer: Under

Este mesmo autor reconheceu que, na prática – e não segundo um processo natural –, este sistema não poderia ser aplicado, por ser impossível identificar casuisticamente que parte melhor se enquadraria neste critério. Em sua opinião, o ônus da prova deveria recair sobre a parte que fez a respectiva alegação (BENTHAM, 1843, pp. 136-137)[66], mesmo ciente de que esta regra pudesse produzir iniquidades inaceitáveis, por contrariar os "fins colaterais da justiça", como, por exemplo, nos casos em que ao autor fosse imposto fazer prova de um fato negativo.

Ao comentar estas reflexões de Bentham sobre o ônus da prova, Moacyr Amaral dos Santos (1983, p. 99) observa que sua aplicação seria justificável apenas nos sistemas em que predominasse o princípio inquisitivo, que atribuísse inteiramente ao juiz a orientação da instrução, sem uma regra geral sobre a distribuição do ônus da prova: "ficaria ao juiz examinar caso por caso e deliberar livremente a qual das partes cumpriria trazer a prova dos fatos".

Não obstante alguns autores atribuam a estes trabalhos de Jeremy Bentham a origem da distribuição dinâmica do ônus da prova[67], não nos parece que este autor teria elaborado um sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, cuja decisão sobre qual parte sofreria as consequências da falta de prova fosse inteiramente do juiz.

Aliás, uma proposta desta natureza sequer seria compatível com o seu pensamento liberal e voltado sempre para a defesa da segurança jurídica e, por consequência, do conhecimento prévio das regras a que as pessoas estariam submetidas. Em primeiro lugar, Bentham foi explícito quanto ao fato de que esta ideia não teria aplicação prática, sendo fruto de suas reflexões sobre um modelo ideal de processo. Em segundo lugar, para este autor, não caberia ao juiz, e sim às partes, em reunião privada e sem a participação daquele, identificar qual delas teria mais facilidade para produzir a prova em questão.

---

technical procedure, never: - care, as hath been seen – effectual care – has ever been taken that it shall not be. Under natural procedure (...) at the initial meeting of the parties *coram judice*."

[66] No original: "Nay: - but by the party by whom the allegation is made, by him it is that the truth of it ought to be proved. Such is the aphorism which on this occasion commonly, and not unnaturally or unplausibly, presents itself."

[67] Cf. Yoshikawa, 2012, pp. 129-130 e Baldini, 235, p. 90.

Não se pode perder de vista que este filósofo e jurista inglês era abertamente a favor da ampliação das liberdades individuais e econômicas, e um árduo defensor da codificação das leis como medida de segurança contra possíveis arbitrariedades, tornando-se um dos ícones do pensamento liberal nos séculos XIX e XX.

Se, de acordo com sua filosofia utilitarista, acreditava que as ações humanas deveriam produzir a maior felicidade no maior número de pessoas (1879, p. 2), ao propor que o ônus da prova recaísse sobre a parte que estivesse em melhores condições de produzi-la, certamente queria maximizar a utilidade da instrução probatória reduzindo seus inconvenientes, isto é, a demora, o vexame e as despesas, levando em consideração o aspecto econômico do processo e os interesses individuais das partes[68].

Embora não tenha chegado a propor aberta e expressamente um sistema baseado na distribuição dinâmica do ônus da prova, e de fato não há em seu trabalho proposta nesse sentido, não causa estranheza que posteriormente se tenha extraído de seu pensamento o germe para esta teoria[69-70].

4.3.2. GIUSEPPE CHIOVENDA

Chiovenda (1925, p. 252) rejeitou a aplicação das máximas romanas, ressaltando a dificuldade de estabelecer um princípio geral e completo sobre a distribuição do ônus da prova, bem como sobre sua justificação racional. Dizia que tão difícil como formular este princípio seria tentar justificá-lo, pois nem sempre o critério a ser aplicado seria lógico e

[68] Cf. Daniel Dias Carneiro Guerra, (2009, p. 24), nota de rodapé n. 3.

[69] Nem todos os autores, contudo, reconhecem que Bentham teria sido o inspirador da teoria desenvolvida por Jorge Peyrano sobre o ônus dinâmico. Camilo José D'Avila Couto, por exemplo, negou esta relação, pois embora seja uma das ideias centrais da teoria de Bentham, ela foi desenvolvida em outro contexto histórico, social e jurídico, o direito anglo-saxão (2011, pp. 97-98).

[70] Cf. Capítulo 5.3.1.

justo. Todavia, mais injusto seria se o autor tivesse que provar a existência dos fatos constitutivos de seu direito e também a inexistência dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do réu. Portanto, a distribuição do ônus da prova seria uma regra fundada no princípio da igualdade das partes e da justiça distributiva.

Na tentativa de identificar uma regra geral, Chiovenda (1925, p. 253) analisou o ônus da prova sob a perspectiva do interesse das partes no fato a ser provado. Como no processo civil predomina o princípio dispositivo, as partes deveriam apresentar ao juiz as provas dos fatos dos quais têm interesse que sejam por ele reconhecidos como verdadeiros.

Contudo, o interesse pelo demandado na prova pelo réu surge apenas se o autor primeiro provar os fatos constitutivos de seu direito (segundo o princípio: se o autor não provar, o réu será absolvido). Caso isso ocorra, daí então passa o réu a ter que provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, se alegados em sua defesa. Segundo Buzaid (1961, p. 20), o critério para a distribuição do ônus da prova, segundo esta teoria de Chiovenda decorreria de um juízo de mera oportunidade.

O doutrinador italiano recorreu às presunções para identificar quais seriam os fatos constitutivos. A presunção seria a dedução, a partir de fatos conhecidos, de fatos desconhecidos. Demonstrando o autor da ação a existência de um contrato ou uma relação jurídica, ou seja, fatos constitutivos de seu direito, presumir-se-ia sua validade, a capacidade das partes, a licitude do objeto, etc. (1925, p. 256).

Já o réu deveria se preocupar com a prova destes fatos afirmados e demonstrados pelo autor apenas nas seguintes hipóteses: (i) oferecer a contraprova, caso entendesse que os fatos alegados e/ou provados pelo autor não existiram; (ii) provar fatos que eliminem ou anulem os efeitos jurídicos dos fatos constitutivos do direito do autor e apenas se este conseguiu prová-los.

No tocante aos fatos impeditivos, Chiovenda atribuiu o ônus da prova ao réu em razão de sua anormalidade, por tratar de elementos excepcionais à regra. Havendo interesse do réu trazê-los ao processo, deveria também prová-los. O autor satisfaria o ônus da prova ao demonstrar a existência dos elementos essenciais (normais) da relação jurídica, mas não

haveria de se preocupar em provar a inexistência de elementos complementares (anormais) que modificassem as condições gerais daquela relação. Apenas se o réu alega e prova a existência dos mesmos, caberia ao autor fazer a contraprova ou provar novos fatos que afastassem os novos argumentos do réu.

Identificou, por fim, duas situações quanto aos fatos extintivos. A primeira diz respeito às obrigações de dar e fazer, cuja execução deveria ser comprovada pelo réu se quisesse mostrar que o direito pleiteado pelo autor não mais existiria. A segunda refere-se às obrigações de não fazer, cujo inadimplemento importaria em uma ação positiva do autor que não deveria ter sido realizada. Nestes casos, caberia ao autor a prova dos fatos lesivos realizados pelo demandado, que o teriam levado à ação indevida.

Com relação às negativas, Chiovenda também reconheceu que algumas das regras de distribuição do ônus da prova herdadas do direito romano teriam sido equivocadamente interpretadas, especialmente os digestos de Paulo, Diocleciano e Maximiano. Embora a aplicação das supostas regras romanas tenha se difundido pelos doutrinadores medievais, chegando a orientar o código francês, seus conceitos seriam inaplicáveis se entendidos como regras genéricas, principalmente dada a dificuldade de identificar o que seria uma negativa, pois, na maioria das vezes, a afirmação contém também uma negação.

Não obstante considerar que o interesse das partes na prova dos fatos orientava o critério de distribuição do ônus da prova, reconheceu que nenhuma tentativa de extrair uma regra para a prévia repartição do ônus da prova seria exata, e tentar atribuir uma justificativa racional ao princípio da distribuição do ônus da prova seria tão difícil quanto formular, de modo geral e completo, o princípio que rege o ônus probatório (1925, p. 252).

4.3.3. LEO ROSENBERG

O alemão Rosenberg fez um estudo crítico sobre as diversas teorias existentes até então, que tentavam justificar a natureza jurídica do ônus da prova, cada uma sob um enfoque distinto. Criticou tanto os autores que sustentavam ser impossível obter uma única regra geral, como aqueles que entendiam que seria melhor deixar a distribuição do ônus da prova a ser feita casuisticamente, pelo juiz, diante de cada situação concreta, por serem ambas as posições inadmissíveis; a primeira, por representar conformismo de pouca utilidade para o processo e a segunda, por trazer muita insegurança aos jurisdicionados.

A necessidade de identificar a regra de distribuição do ônus da prova seria uma exigência de *conveniência* e de *justiça*, pois o sistema deveria garantir aos cidadãos a segurança de que teriam meios para a proteção jurídica de seus direitos, e também que pudessem fazê-lo sem grandes dificuldades. Não haveria segurança aos jurisdicionados se, na iminência de verem seus direitos violados, tivessem ainda que provar não apenas os fatos que fundamentam este direito, mas também a inexistência de circunstâncias que lhe pudesse impedir, afastar ou desconstituir este direito. Esta regra deveria ser geral e prevista em lei, pois o processo não poderia ficar à mercê do conceito individual de justiça de cada juiz[71].

Rosemberg formulou uma teoria segundo a qual a única regra que atenderia adequadamente a essas finalidades seria aquela que não se fundasse na natureza do fato a se provado – afirmativo ou negativo – nem tampouco na posição da parte no processo – autora ou ré – mas sim na *norma jurídica que fundamentasse a pretensão* apresentada e a quem ela de fato aproveitaria.

---

[71] A este respeito: "A distribuição proporcional e invariável do ônus da prova é um postulado de segurança jurídica, sustentado pelos práticos e defendido também pelos adeptos de teorias discordantes. As críticas contra a 'escolástica do ônus da prova abstrata' se origina no desconhecimento da essência das normas relativas a este ônus e são dirigidas à estagnação da apreciação da prova. As regras sobre a distribuição do ônus da prova não são voltadas a 'regular, mediante preceitos jurídicos válidos, nem tampouco se propõem a orientar o juiz no sentido de que 'julgue conforme uma regra geralmente válida, a necessidade de prova de uma afirmação dentre duas afirmações opostas"; não contém uma 'regra típica de credibilidade' não apresentam 'o tipo do demandante pouco verídico' ao impor a prova ao agressor. No entanto, seu público sempre encontra interpretações vulgares desta natureza." (ROSENBERG, 2002, p. 85 – tradução livre).

Na concepção desse doutrinador alemão, o ordenamento jurídico traz um conjunto de normas em diversos níveis. No primeiro nível, há regras gerais, para situações mais comuns. No segundo nível, há as exceções, que afastam a aplicação daquelas regras gerais. Em um terceiro nível, exceções que, afastando as normas do segundo nível, restaurariam os efeitos das normas do primeiro, e assim por diante. Exemplificando com normas do Código Civil alemão, chegou a citar uma situação com cinco níveis de normas, cada qual excetuando o nível anterior.

Desse modo, ao formular um pedido, o autor teria apenas de demonstrar a presença dos requisitos de aplicação da norma que o autorizasse. Se pede uma indenização com fundamento em uma norma que dispõe que aquele que causar prejuízo, por dolo ou culpa, deverá indenizar o prejudicado, terá o ônus de provar a ocorrência dos requisitos de tal norma, ou seja: (1) que ocorreu um prejuízo, (2) causado pelo réu, que agiu com (3) dolo ou culpa. Em outras palavras, ao autor caberia provar os fatos constitutivos de seu direito, não por ser autor ou por sua posição de vítima na relação de direito material, mas porque estes fatos seriam os requisitos de aplicabilidade da norma que pretenderia ver aplicada.

Em sua defesa, o réu poderia apresentar uma norma de segundo nível, que impediria, modificaria ou extinguiria os efeitos da norma cuja aplicabilidade era pretendia pelo autor. Seguindo pelo mesmo exemplo, o réu poderia sustentar que não deveria ser condenado, com fundamento em uma norma de segundo nível, que dispusesse que aquele que age em exercício regular de direito, ainda que intencionalmente e causando prejuízo, não tem o dever de indenizar.

Ao réu, neste caso, caberia o ônus de provar os requisitos de aplicabilidade desta norma invocada, ou seja, o fato de que agiu em legítima defesa – por exemplo, para impedir que um incêndio se alastrasse. Em outras palavras, deveria provar os "fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor", não porque fosse réu ou causador do dano, mas porque seria o beneficiário da norma de exceção que invocava.

E melhor exemplo se tem, ainda, em um terceiro nível de normas. O autor poderia alegar uma exceção à norma de segundo nível invocada pelo réu. Exceção esta consubstanciada em norma de terceiro grau que dispusesse, por exemplo, que a legítima defesa de terceiro

não se aplica se o incêndio pudesse ser contido por outro meio. Note-se que, neste caso, apesar de se tratar de alegação de exceção – ou mais precisamente, de exceção à exceção – o ônus de sua prova caberia ao autor. Por que? Porque, apesar de ser autor, seria o beneficiado pela norma de terceiro nível invocada.

O juiz, então, ao invés de identificar a natureza dos fatos que fundam a pretensão de cada parte (constitutivos, modificativos, impeditivos, extintivos) para aplicar a regra de distribuição do ônus da prova, deve ao invés verificar se o autor demonstrou os pressupostos fáticos da norma sobre a qual funda sua pretensão, e o réu da norma que refuta a pretensão do autor.

Em um primeiro momento, pode parecer que a regra preconizada por Rosenberg seria idêntica às antigas normas romanas – bem ou mal interpretadas – mas isso não é exatamente verdade, pois na prática revela grandes diferenças em relação às regras romanas na sutileza de eventos menos corriqueiros.

Primeiro porque, se por exemplo, por falta de técnica, por inadvertência ou qualquer outro motivo, o réu alegar a ocorrência de um fato constitutivo do direito do autor, ou o autor, em réplica, alegar um fato impeditivo de seu próprio direito, seus ônus probatórios não se alteram segundo a regra de Rosemberg. Cada qual deve provar os requisitos de aplicabilidade da norma que o aproveita, não importando exatamente quem invocou determinado fato nos autos.

Segundo, porque tanto o autor como o réu poderiam ter de provar fatos que impedem, modificam ou excepcionam efeitos de uma norma. A prova da exceção não incumbe sempre ao réu, mas à parte que pretender dela se beneficiar como, no exemplo acima, o autor que teria o ônus de provar que o incêndio poderia ter sido contido sem a destruição de sua propriedade.

4.3.4. GIAN ANTONIO MICHELI

À esteira de outros doutrinadores, Micheli também reconheceu a dificuldade de se obter uma regra uniforme de distribuição do ônus da prova, principalmente porque no caso concreto, a regra geral pode ser modificada por exigências equitativas. Sendo uma regra de julgamento para evitar o *non liquet*, para se formular uma definição abrangente e genérica sobre o ônus da prova, necessário seria levar em consideração não apenas as normas de direito material e a quem aproveitam, mas também a posição ocupada pelas partes no processo e os efeitos jurídicos de sua pretensão.

Micheli (1961, pp. 187-192) identificou duas fases relevantes e distintas no processo, em que ocorreria a aplicação da norma jurídica: a fase de valoração das provas e a fase de decisão. Na primeira fase há a formação da convicção do juiz, mediante a livre valoração dos elementos probatórios dos autos. Em princípio, a valoração das provas não interferiria no segundo momento, da distribuição das consequências da falta de certeza, após esgotados os meios de prova. Embora sejam momentos distintos, na prática poderia haver esta confusão, principalmente pela ausência de limites de até onde ocorre o trabalho de valoração das provas produzidas, e em que momento se inicia a aplicação das regras para substituir a falta destas provas (1961, p. 310).

Segundo sua teoria, a distribuição do ônus da prova deve conciliar os elementos de direito material e processual. O direito material que funda a pretensão do autor é essencial para a qualificação do fato relevante, que deve ser considerado em conjunto com os efeitos pretendidos ao longo do processo e com a posição de cada uma das partes em relação ao que pretendem extrair dos fatos e do direito material invocado.

Assim, por exemplo, se o autor pretendesse a rescisão do contrato com base no descumprimento da obrigação pelo réu, deveria provar o descumprimento. Se, no entanto, este mesmo fato fizesse o autor propor ação de obrigação de fazer para que o réu

cumprisse a obrigação, este último é quem deveria provar o cumprimento, ficando o autor, em princípio, desonerado de provar o inadimplemento.

Ao contrário de Rosenberg, que valoriza o plano material, para Micheli (1961, 429-430) os planos material e processual se complementam, sendo de grande importância a posição das partes em relação aos efeitos pretendidos. Sua proposta permitiria separar a "valoração da prova" da "repartição da incerteza" e também valorar corretamente o conteúdo da demanda judicial, proporcionando a correspondência entre os aspectos processuais e materiais. O ônus não seria distribuído conforme a relação jurídica da parte abstratamente considerada, mas no caso concreto, conforme a posição real das partes em relação aos efeitos jurídicos de suas respectivas pretensões (BUZAID, 1961, pp. 22-23).

4.3.5. HERNANDO DEVIS ECHANDIA

Assim, como Rosenberg, Echandia (1970, 484-492) elaborou um dos mais relevantes e aprofundados estudos sobre a distribuição do ônus da prova, com uma análise crítica das diversas teorias existentes sobre o tema, apontando os principais pontos positivos e negativos delas, para então apresentar conclusões, que podem ser assim sintetizadas:

(i) Uma vez produzida, a prova aproveita a ambas as partes, independentemente de quem a tenha levado ao processo. O juiz poderá decidir o mérito sem ter que recorrer à regra de distribuição do ônus da prova. Não se trata de fixar quem deve produzir a prova, mas quem tem o interesse que o fato seja provado, ou em evitar que o fato fique sem prova, por assumir legalmente o risco, caso isso ocorra.

(ii) Os critérios da normalidade (quem alega fato que foge da normalidade deve prová-lo), sugerido por Chiovenda, e da inovação (quem alega fato novo deve prová-lo) serviriam apenas como guias de política legislativa, ou seja, devem ser empregados como normas

especiais e resolvem o problema do ônus da prova em casos determinados e para estabelecer presunções, não como regra geral, por não se aplicarem a todas as situações. Além disso, seria difícil definir qual fato seria novo ou anormal, dificultando a sua aplicação.

(iii) As máximas romanas "*onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor*" e "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" e suas derivações podem ser adaptadas a conceitos modernos. Embora a interpretação errada desses princípios tenha levado a conclusões absurdas, sua compreensão correta pode ser bem aplicada ao processo contemporâneo, pois se complementam.

No entanto, ainda que analisadas em conjunto, seriam insuficientes para definir todo o ônus da prova. A primeira máxima, segundo a qual o ônus da prova cabe ao autor ou ao demandado quando este excepciona, estaria correta mas incompleta, por não esclarecer sobre quais fatos recai. Não se trata, assim, de uma regra absoluta que compreende a totalidade dos fatos alegados pelas partes, nem explica por que se impõe o ônus. Já a segunda máxima contemplaria a situação do réu que apenas nega os fatos firmados pela parte contrária – sobre quem recai o ônus da prova –, hipótese em que este não teria o ônus da prova simplesmente por não ter o que provar. Esta regra também não teria valor absoluto por comportar exceções, nos casos em que quem alega esses fatos transfere à parte contrária o ônus da prova.

(iv) O critério da natureza do fato – constitutivo, impeditivo ou extintivo – também não serviria para elaborar a regra geral de distribuição do ônus da prova. Seria essencial relacionar os fatos com os efeitos jurídicos pedidos e, portanto, com as normas que o consagram, das quais são supostos necessários à sua aplicação. Para Echandia esta aplicação não resolveria o problema completamente, pois o mesmo fato pode ser impeditivo ou constitutivo, dependendo da parte que a invoca e os efeitos jurídicos pretendidos a respeito da relação jurídica controvertida. Recorrer a estas categorias de fatos para tentar extrair regra geral do ônus da prova poderia trazer graves inconvenientes.

A classificação dos fatos nestas categorias pode ter utilidade para entender melhor o sentido e alcance da exceção, mas não como critério de distribuição do ônus da prova.

Qual seria então o critério correto? Echandia concordou, em parte, com Rosenberg, com Micheli e com os autores que os seguiram, de que o único critério aceitável para uma regra geral deveria levar em consideração a posição processual das partes, o fato isolado objeto da prova e o efeito jurídico perseguido pela parte com este, em relação à norma jurídica a ser aplicada. Mesmo que a parte não tenha alegado, o juiz deve sempre fazer esta relação entre a posição das partes, o fato e os seus efeitos em relação à norma jurídica.

Para o autor, a relação entre a parte e o efeito jurídico requerido (Micheli) é a mesma existente entre a parte e a norma que contempla o fato como pressuposto de sua aplicação (Rosenberg). Os efeitos de distribuir o ônus segundo a posição da parte em relação ao efeito jurídico requerido ou da parte em relação ao fato alegado que serve de pressuposto à norma seriam os mesmos, razão pela qual concluiu que ambos os autores defendiam uma mesma teoria sob pontos de vista diferentes[72], divergindo apenas com relação a questões secundárias.

Echandia concluiu, assim, que, uma vez conhecido o critério para elaborar esta regra geral, tornar-se-ia simples enunciá-la: o ônus da prova do fato cabe à parte cuja petição (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável, ou, em outras palavras, a cada parte corresponde o ônus da prova dos fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja sua posição processual. Esta parte suporta o risco da falta da prova, que lhe trará (*rectius*: poderá trazer) decisão desfavorável (1970, p. 490).

[72] Note-se que, no exemplo de Micheli sobre o inadimplemento, há mudança da norma de direito material e dos efeitos pretendidos conforme se requer a rescisão do negócio ou seu cumprimento forçado. É nesta diferença que reside a mudança com relação ao ônus da prova. Aparentemente, Rosenberg nada teria a opor contra isso, já que a hipótese se enquadraria perfeitamente em sua teoria.

4.3.6. FUNDAMENTOS DO ÔNUS FIXO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Embora não tenha redigido um tratado específico sobre o ônus da prova, Alfredo Buzaid (1972, p. 63) produziu um relevante estudo a respeito deste tema no direito brasileiro.[73] Para este autor, a repartição do ônus da prova não estaria fundada em uma razão de oportunidade, como defendia Chiovenda ou por uma regra de experiência baseada no interesse da afirmação, como pensava Carnelutti.

O fundamento seria, então, uma regra de equidade: "litigando as partes em caráter de igualdade, e devendo o juiz conceder-lhes igualmente a palavra para o ataque e para a defesa, seria justo não impor só a uma o ônus da prova.

Ao autor caberia a prova dos fatos que supostamente criam o seu direito e ao réu a negativa, mediante exceção, dos pressupostos gerais deste direito. Se as partes litigam em igualdade de condições, e têm igual oportunidade para se manifestar, seria justo que o ônus da prova seja entre elas distribuído: ao autor cabe a prova dos fatos que criam o seu direito e ao réu dos pressupostos que os afastam[74].

---

[73] Embora na época em que tenha escrito este texto ainda estivesse em vigor o Código de Processo Civil de 1939, este pensamento também se aplica ao Código atualmente em vigor.

[74] No mesmo sentido, cf. SANTOS, 1983, p. 98.

4.4. IMPORTÂNCIA PARA O ESTUDO DO ÔNUS DINÂMICO

Os temas tratados neste capítulo relativos a origem, desenvolvimento e pensamento de alguns doutrinadores sobre os critérios que deveriam ser considerados no momento da aplicação da regra de distribuição do ônus da prova contribuem para a formação das premissas de análise deste estudo. Considerando-se o ônus dinâmico como um dos modelos possíveis de distribuição do ônus da prova, que por sua vez é uma modalidade de ônus processual, a compreensão destes conceitos é imprescindível para que se possa avançar neste estudo.

O desenvolvimento da teoria do ônus dinâmico ocorreu a partir da insatisfação com a regra fixa de distribuição do ônus da prova que, segundo seus defensores, poderia criar algumas situações injustas ao atribuir o ônus à parte que teria enorme dificuldade na produção da prova.

O próximo capítulo trará elementos adicionais relativos à distribuição do ônus da prova no processo civil, inclusive no brasileiro, as deficiências deste modelo e a proposta de solução pela adoção do ônus dinâmico.

5. OUTROS ASPECTOS SOBRE O ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO

5.1. ÔNUS OBJETIVO E SUBJETIVO

O ônus da prova sempre fora tradicionalmente conhecido e estudado enquanto norteador da atividade processual das partes, voltado à prova dos fatos por ela alegados. No entanto, no segundo quarto do século passado, os processualistas austríacos identificaram outro aspecto do ônus da prova, voltado à atividade jurisdicional e que teria por finalidade orientar o juiz no julgamento da ação diante do estado de dúvida ou incerteza[75]. O primeiro aspecto, já tradicionalmente conhecido pela doutrina, passou a ser denominado ônus subjetivo, e este novo enfoque, ônus objetivo.

Sob o ponto de vista das partes, o ônus subjetivo está voltado a produzir nelas o incentivo necessário à comprovação dos fatos que alegam, identificando quem suportará o risco que a prova não produzida vier a acarretar. Para Barbosa Moreira (1979, p. 74-75), sendo a parte a maior interessada no desfecho favorável da lide, analisará a melhor forma de desenvolver o trabalho de persuasão do juiz e empreenderá todos os esforços para instruir a causa com as melhores provas de seus argumentos. O ônus subjetivo, assim, relaciona a prova dos fatos à parte que é responsável por trazê-la ao processo.

Nos dizeres de Echandia (1970, p. 475), o ônus subjetivo é um princípio de auto-responsabilidade das partes, facultativo, e que não pode ser exigido nem imposto. As partes possuem liberdade para produzir ou não as provas, mas caso não o façam, estarão

[75] Camilo José D'Avila COUTO identificou que a distinção entre ônus formal e material foi feita por Julius Glaser em 1883, inicialmente utilizada no processo penal, mas que não se adequava ao processo civil, tendo cabido aos processualistas civis austríacos mais tarde apresentarem a distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova (2011, p. 71 e notas).

sujeitas às condições adversas que poderão decorrer de sua opção. A liberdade no seu exercício é um ponto importante, pois ressalta o aspecto de ser um ônus processual e não uma obrigação.

Trata-se, pois, de uma regra de instrução e ao mesmo tempo de conduta, pois orienta as partes no modo como devem agir em relação à matéria probatória, e as auxilia na análise da conveniência de produzir as provas em relação aos fatos por ela alegados, para que obtenham o resultado esperado do processo[76]. A lei faz uma distribuição de riscos, indicando critérios para que se possa inferir, ao final, quem sofrerá as conseqüências da ausência da prova (BARBOSA MOREIRA 1979, p. 74-75)[77].

Uma das maiores vantagens do ônus subjetivo é a previsibilidade, permitindo às partes o planejamento estratégico da ação antes mesmo de ser ajuizada, principalmente nos casos em que a distribuição é fixa e pré determinada por lei. Assim, a posse de um determinado documento importante, a existência de uma testemunha, ou mesmo a possibilidade de uma perícia técnica em dada situação podem influenciar na decisão de composição, antes mesmo de ajuizada a demanda, na opção de propor ou não uma ação, e mesmo na orientação de um argumento de defesa.

Já o ônus objetivo está diretamente relacionado à atividade do juiz que, não tendo certeza sobre a ocorrência dos fatos, deverá aplicar uma regra de julgamento para que possa então decidir. Tem, assim, a natureza de um imperativo de direito público ligado à própria função jurisdicional, pois ainda que o juiz tenha dúvidas, não poderá se abster de prolatar uma sentença de mérito.

Enquanto o ônus subjetivo se debruça sobre o poder probatório correspondente às partes, o ônus objetivo é o outro lado da moeda e indica as consequências objetivas da instrução, caso falte certeza ao juiz sobre os fatos relevantes (MICHELI, 1961, p. 108). O aspecto

---

[76] Eduardo COUTO identifica no ônus subjetivo duas vertentes, uma voltada ao interesse das partes na produção da prova, para que então obtenha o efeito pretendido – que é o reconhecimento da ocorrência do fato alegado – e outra, que representa as consequências no caso do primeiro aspecto não ser atendido – que é o risco da prova frustrada (COUTO, 2011, p. 70).

[77] Nesse mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, para quem "as regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória" (PACÍFICO, *apud* ARRUDA ALVIM, 2000, p. 132).

objetivo do ônus da prova decorre do princípio da proibição do *non liquet*, que impõe ao juiz a necessidade de proferir sentença mesmo diante da ausência ou insuficiência de provas. Trata-se, portanto, de uma regra de julgamento, sendo a consequência da aplicação dos efeitos do ônus subjetivo, caso as partes dele não se desonerem.

No momento de proferir a decisão o juiz irá confrontar os fatos com as provas existentes nos autos, sendo irrelevante para a sua decisão qual parte foi responsável por sua produção. Ao juiz interessa apenas que a prova tenha sido trazida aos autos, permitindo-lhe a formação do convencimento[78]. Flavio Luiz Yarshell (2009, p. 62) critica esta orientação de que a identidade da parte seja irrelevante para o ônus da prova, argumentando que na apreciação das provas o juiz inconscientemente leva em consideração o grau de empenho e comprometimento das partes com o processo, e no momento da formação de seu convencimento para o julgamento, ao atribuir o ônus, poderá ser intimamente influenciado pelo conhecimento da parte que não produziu a prova e não se esforçou para tanto.

A importância do ônus objetivo reside no fato de que é uma regra destinada ao juiz para orientá-lo no julgamento da demanda caso não tenha certeza sobre os fatos, devendo levar em consideração, de uma lado, as provas necessárias que deixaram de ser produzidas e, de outro lado, a responsabilidade das partes por trazê-las ao processo.

Mais do que aspectos distintos ou antagônicos, os aspectos objetivo e o subjetivo do ônus da prova são complementares[79] e não existem independentemente. A ausência ou insuficiência da prova é o elemento comum, seja para a parte, que terá a sua pretensão rejeitada, ou a sua defesa indeferida, seja para o juiz, que tomará por base a inexistência da prova para construir sobre ela a formação de seu convencimento, em possível prejuízo processual à parte que deveria tê-la apresentado.

---

[78] No tocante à formação de seu convencimento, Micheli (1961, pp. 40 e 194) identifica dois momentos distintos e que não se confundem. O primeiro diz respeito à apreciação e valoração da prova, e o segundo, consequente ao primeiro, e que só ocorre nos casos de dúvida e insuficiência das provas, relativo à distribuição do ônus da prova entre as partes. O ônus objetivo diz respeito apenas a este segundo momento.

[79] Reconhecendo este caráter complementar, Rosenberg (2002, p. 60) mostra que o ônus subjetivo, isto é, o ônus da prova de uma parte em relação aos fatos que correspondem ao seu ônus da certeza, não pode ter um alcance maior do que o ônus objetivo da prova, mas também não pode ter um alcance menor.

No que diz respeito à terminologia, este aspecto objetivo não seria um ônus no senso estrito da definição. Se, por um lado, as partes têm um ônus, sendo livres para produzir ou não as provas, ainda que sua omissão lhes acarrete consequências processuais desfavoráveis, o mesmo não ocorre em relação ao juiz que, não tendo a opção de deixar de pronunciar o direito se não estiver convencido da verossimilhança dos fatos, deve aplicar a regra de julgamento. Esta regra de julgamento não se assemelha ao ônus, e sim a uma obrigação.

Outrossim, este reconhecimento dos aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova não é pacificamente aceito pela doutrina, que acaba ressaltando mais o primeiro do que o segundo[80-81].

A parte que suporta o ônus é aquela que deve demonstrar os pressupostos do preceito jurídico aplicável. A lei, ao distribuir o ônus da prova, identifica no caso concreto qual das partes deverá produzir a prova e que, portanto, sofrerá as consequências – que não é uma sanção, apenas a perda de uma oportunidade – caso não o faça[82]. A forma como a lei atribui às partes o ônus da prova é questão que será tratada em capítulo próprio[83].

No Brasil, muito se questiona se a distribuição do ônus da prova é uma regra de conduta das partes ou uma regra de julgamento voltada ao juiz. Mesmo sendo possível identificar o ônus subjetivo e o objetivo no Código de 1973, a doutrina não é unânime a este respeito. Pontes de Miranda (1982, p. 346), por exemplo, nega a existência de um aspecto subjetivo do ônus da prova, ressaltando seu caráter exclusivamente objetivo, pois a regra da distribuição do ônus da prova é voltada ao juiz, no momento do julgamento, e apenas se faltarem provas. As partes, por sua vez, devem provar tudo o que for possível e estiver ao seu alcance no curso do processo sejam afirmações ou negativas, independentemente da distribuição do ônus da prova, pois esta regra irá afetá-las apenas no momento da sentença.

---

[80] A esse respeito, v. MICHELI, 1961, pp. 110-111, VERDE, 1974, p. 27, ROSENBERG, 2002, pp. 15-16.

[81] No Brasil, Pontes de Miranda (1982, p 346) reconheceu apenas o ônus objetivo como regulador das consequências da não produção da prova. Se todas as partes hão de provar todos os fatos, independentemente de quem os alegou, ou mesmo de ser fato negativo, não haveria discriminação subjetiva do ônus da prova. Barbosa Moreira (1979, pp. 75-76) e Vicente Greco Filho (1995, p. 184) ressaltam o aspecto do ônus da prova enquanto regra de julgamento.

[82] A esse respeito, vide BUZAID, 1972, pp. 46-47; 63.

[83] Cf. capítulo 6.2.

Ainda que não se negue o aspecto subjetivo, Barbosa Moreira (1979, pp. 75-76) entende que fica em um segundo plano e ressalta o ônus da prova como regra de julgamento, com a qual o juiz deve se preocupar apenas no momento de proferir a sentença, para imputar as consequências da falta de prova do fato.

Muito embora não se negue em doutrina o estabelecimento de tal duplicidade de funções exercida pelos ônus probatórios no processo, nota-se que esta reserva à função subjetiva marginal importância em relação à função objetiva. Prestigia-se mais a dimensão objetiva do ônus da prova, consistente em subministrar ao órgão julgador um meio de pôr fim ao litígio diante da ausência de elementos para a formação de sua convicção em torno do juízo de fato, do que seu aspecto subjetivo, que fomenta a atividade probatória das partes.

Nada obstante a visível inclinação da doutrina e da própria jurisprudência pela natureza objetiva, não nos parece acertada a marginalização da função subjetiva, e sim equivocada, ou ao menos incompleta, qualquer acepção que minimize o papel desempenhado pelos ônus probatórios enquanto regra de participação das partes no aporte do material probatório.

Assim, por exemplo, o modo como a lei o distribui entre as partes também pode orientar o comportamento destas antes e durante o processo, seja no tocante à decisão de propor uma ação judicial, seja no empenho para uma composição prévia ou no curso do processo. E nesse sentido, a atribuição legal de responsabilidades distintas da atualmente prevista às partes em matéria probatória pela distribuição dinâmica do ônus da prova poderá interferir diretamente no comportamento delas com relação a estes aspectos.

Flávio Luiz Yarshell (2009, pp. 57-58), reconhecendo essa duplicidade de aspectos, afirma que o ônus objetivo representa uma garantia contra o arbítrio, ao estabelecer orientações racionais para que o juiz possa decidir sempre da mesma forma diante de um estado de ignorância sobre os fatos. Já o aspecto subjetivo influenciaria as partes apenas no plano puramente psicológico.

Nesse sentido, sabendo o réu que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbiria ao autor, ele se portaria de forma coerente com esta divisão de encargos – e que, afinal de

contas, e ao menos em princípio, decorre de uma opção legislativa. Nada impediria que este réu se limitasse à negativa dos fatos articulados pelo autor, não se podendo entrever aí uma mera e quiçá infundada manifestação de 'excesso de otimismo' (YARSHELL, 2009, pp. 69-70).

De fato, ainda que se fale em um dever de colaboração das partes no processo, estas têm interesses antagônicos e almejam vencer a ação[84]. Mesmo se observando nos dias atuais um maior interesse do Estado na investigação dos fatos, para melhorar o grau de certeza quando do julgamento – ou como muitos defendem, para buscar a verdade – deve-se levar em consideração que as partes não têm o interesse e nem o compromisso com a investigação destes fatos, e não terão a mesma disposição para colaborar com a produção de provas das quais não estão oneradas do que em relação aos fatos cuja prova lhes incumbe, principalmente se isso puder representar um julgamento contrário aos seus objetivos[85].

5.2. FORMAS DE INTRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO: PRINCÍPIO DISPOSITIVO E PRINCÍPIO INQUISITIVO.

Dependendo do princípio predominante em determinado modelo processual, dispositivo ou inquisitivo, o Estado pode optar por atribuir às partes a iniciativa de descobrir a verdade dos fatos ou incumbir o juiz desta investigação. A cada opção corresponde um extremo do espectro político. Na prática, nenhum destes princípios é aplicado exclusivamente; eles se harmonizam em proporções distintas de acordo com o local e a época, conforme o grau de intervenção estatal ou de liberdade das partes.

---

[84] Sobre a possível existência de um dever de colaboração das partes no processo, cf. capítulo 7.3.

[85] Cf. capítulo 7.3.

Nos sistemas em que predomina o princípio dispositivo, as partes assumem o ônus da afirmação e da prova, dispondo da opção de alegar ou omitir os fatos conforme sua conveniência e também de requerer as provas que entenderem pertinentes para comprovar suas afirmações, evitando, assim, as possíveis consequências da prova frustrada. Ambas as ações são de sua livre disposição.

Moacyr Amaral Santos (1983, pp. 106-107) observa que a iniciativa das provas deve ser apreciada em dois momentos distintos. O primeiro é o da *determinação dos fatos* que serão provados, relacionado à afirmação e exposição dos fatos relevantes à solução da lide e que, portando, serão objeto de prova. Essa atividade caberia exclusivamente às partes, e a atividade jurisdicional seria por elas limitada, devendo o juiz formar sua convicção com base apenas nos fatos alegados pelas partes e nas provas produzidas.

O segundo é o da *averiguação dos fatos*, em que as provas seriam efetivamente produzidas. Neste momento, deveria o juiz ser livre para apreciar e valorar as provas conforme suas próprias convicções. Embora não possa substituir a vontade das partes na identificação dos fatos relevantes para a introdução na lide, na determinação das provas, ou mesmo na ampliação de seu objeto, por dependerem unicamente da iniciativa das partes, poderia o juiz pedir esclarecimentos, apresentar quesitos, ou mesmo indeferir provas que entendesse irrelevantes para a comprovação dos fatos por elas alegados.

Por se considerar que o interesse na disputa em questão é eminentemente disponível[86], a atuação do juiz assume uma postura mais passiva, (por meio, por exemplo, da nomeação de um perito, da intimação de uma testemunha, da realização de uma inspeção judicial, etc.) no sentido de assegurar que as provas requeridas pelas partes sejam produzidas, de supervisionar e analisar as provas que lhe foram apresentadas, verificando quais fatos podem ser considerados por elas demonstrados e qual a norma legal que deve ser aplicada sobre eles, para ao final proferir a decisão final a respeito da lide, sem no entanto interferir no ato de nomeação das provas que serão produzidas.

[86] Desconsiderando-se os casos em que a ação, por sua natureza, tratam de direitos indisponíveis ou envolvem o Estado como parte ou legitimado. Nestes, o princípio dispositivo cede em parte ao princípio inquisitório, que será tratado mais adiante.

O princípio dispositivo, ou do interesse, decorre essencialmente de um pensamento liberal de que as partes têm a responsabilidade por trazer ao processo a prova dos fatos que alegam, e se baseia na ideia de que ninguém melhor do que a própria parte para saber que provas dispõe para demonstrar a ocorrência destes fatos; para os seus defensores, sua maior vantagem seria a de garantir às partes não apenas um juiz o mais independente e livre possível em suas convicções, mas também assegurar meios para que este formasse uma decisão independente da vontade das partes (CHIOVENDA, 1925, pp. 181; 186). Os defensores deste princípio pretendem impedir a conduta ativa do juiz, por considerarem que ela representaria uma interferência em sua esfera de interesses, que poderia se manifestar tanto por atos como por omissões (PUOLI, 2002, p. 24).

A predominância do princípio dispositivo suprime ou minimiza os poderes do juiz de intervir e contribuir para a formação do conjunto fático-probatório, reduzindo, consequentemente, a sua atividade à mera apreciação do resultado da produção das provas. E é exatamente em função deste engessamento da atividade judicial que alguns países passaram a reagir de forma contrária à predominância do princípio dispositivo – e, consequentemente, a favor de uma maior iniciativa probatória do juiz –, principalmente naqueles que aceitam a oralidade de forma mais ampla (CHIOVENDA, 1925, p. 186).

Nos sistemas em que predomina o princípio inquisitivo, o Estado é dotado de poderes para substituir a parte não apenas na alegação dos fatos, mas também na investigação de sua veracidade. Este princípio tem fundamentos contrários aos do princípio dispositivo, por defender que não se poderia confiar unicamente às partes a responsabilidade pela afirmação e demonstração dos danos que causaram a si mesmas, principalmente porque estes danos acabam por atingir também a sociedade e o próprio Estado.

O princípio inquisitivo é predominante processos de caráter predominantemente publicista, como no direito penal, trabalhista e, em certa medida, no direito de família; a afirmação dos fatos e a sua verossimilhança é entendida não apenas como algo de interesse das partes em litígio, mas também, e principalmente, da sociedade representada pelo Estado-juiz que irá decidir a demanda.

Uma vez estabelecida a lide – que pode ter participação do Ministério Público em substituição ou em complementação ao interesse das partes – e entregue o direito material aos cuidados do juiz, ainda que se trate de direito disponível[87], cabe a este suprir as lacunas probatórias dos fatos que as partes porventura não tenham adequadamente comprovado.

Nesse modelo, o juiz poderá aprofundar a investigação na busca pela verdade até esgotar os meios cabíveis para cada caso concreto, ou até entender que as provas são suficientes para permitir o julgamento do caso com segurança.

O princípio inquisitivo se apóia politicamente na ideia de que o juiz é a personificação do poder do Estado, e este, como soberano do que ocorre em sua jurisdição, não pode esperar passivamente a atuação das partes em um processo judicial (SANTOS, 1983, pp. 114-115), principalmente quando estas não agem adequadamente em matéria probatória.

A sentença, nesse caso, não é vista apenas como um instrumento para encerrar o conflito, mas é antes um exercício de poder do Estado-Juiz, sempre em favor do interesse comum de que sua lei seja reconhecida e aplicada, interesse este superior àquele próprio das partes. A responsabilidade e o interesse individuais são, nesse contexto, superados pelo interesse coletivo na realização da lei do Estado.

Muito embora possa parecer que a discussão sobre o ônus da prova tenha sentido apenas em sistemas de princípio dispositivo[88] – já que se atribui à parte as consequências por não ter trazido a prova ao processo – admite-se também o ônus da prova nos processos inquisitivos, como por exemplo, no direito penal. Isso porque também nestes processos, em que o juiz tem mais poderes e controle sobre a investigação e a produção das provas, por maiores que sejam os seus esforços, pode-se ao final ter uma resposta satisfatória, sendo imprescindível estabelecer regras de julgamento caso isso venha a ocorrer[89].

---

[87] Segundo José Carlos Baptista Puoli (2002, p. 24), direitos disponíveis são "todos os outros tipos de interesses (exceto os indisponíveis, que por serem essenciais ou indispensáveis são tutelados pelo Direito de forma mais eficiente) em que o grau de essencialidade é tido pelo Direito como menor, a ponto do ordenamento permitir que os interessados possam livremente sobre eles ter poder de "vida ou de morte".

[88] Vide ROSENBERG, 2002, p. 60

[89] A esse respeito, ROSENBERG, 2002, pp. 44-46 e MICHELI, 1961, pp. 248-249.

Há doutrinadores que relacionam o ônus subjetivo da prova aos sistemas em que predomina o princípio dispositivo, pois apenas nestes a produção da prova decorre de uma necessidade jurídica, assumindo responsabilidade pelo material probatório[90]. Esta situação não ocorreria no processo inquisitório, no qual o Estado assume a frente da instrução. Segundo ROSENBERG (2002, pp. 20; 26), nos predominantemente inquisitivos não se falaria sequer em ônus, pois as partes não teriam responsabilidade para com a produção das provas, sendo a investigação dos fatos dever do Estado[91].

Já nos sistemas de predominância do princípio inquisitivo o aspecto objetivo do ônus da prova enquanto regra de julgamento é exaltado, ficando para segundo plano o caráter de ônus subjetivo voltado a orientar a atividade instrutória das partes, pois ainda que estas não se desincumbam do ônus, o juiz poderá fazê-lo em seu lugar.

Observaram-se fortes manifestações em favor da substituição do princípio dispositivo pelo princípio inquisitivo no processo civil, em sistemas de centralização e aumento da autoridade estatal, como ocorreu, por exemplo, no primeiro quarto do século XX. Conforme defendido à época – e bem observado por Moacyr Amaral dos Santos – a mudança principiológica no paradigma processual era uma decorrência natural e expressa da mudança de concepção política[92] (1983, pp. 110-112).

Muito embora reconheça que o processo seja influenciado pelas características do regime sob o qual é ditado, Barbosa Moreira chamou de simplista e exagerado o raciocínio de que somente uma lei processual seria incompatível com o respeito às garantias democráticas apenas por ter surgido na égide de um governo autoritário (2007, pp. 88-89).

No Brasil, alguns dos Códigos de Processo estaduais chegaram a outorgar poderes de participação direta do juiz na instrução do processo, nos casos em que as partes não o

---

[90] A esse respeito, v. ROSENBERG, 2002, p. 100.

[91] Luiz Eduardo Boaventura PACÍFICO apresenta os principais argumentos dos autores que relacionam a importância do ônus subjetivo ao processo predominantemente dispositivo (2000, pp. 139-142 e notas).

[92] "Concomitantemente com os movimentos políticos por que passaram vários países, modificou-se o seu sistema ou, ao menos, a sua doutrina processual. À implantação do Estado autoritário, em 1937, como era fatal, seguiu-se o reforço 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 mudanças políticas e espirituais dos governantes da época." (SANTOS, 1983, pp. 114-115)

fizessem. Do mesmo modo, embora o Código de Processo Civil federal não tenha substituído totalmente o princípio dispositivo pelo princípio inquisitório, seu espírito estava fortemente associado ao papel do juiz investigador dos fatos para a descoberta da verdade, como resultado da centralização do poder pelo Estado na Era Vargas, no qual foi implementado. A influência política no processo civil foi inclusive reconhecida expressamente por Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939[93].

Da mesma forma que no Código de 1939, o Código de 1973 adotou de forma majoritária o princípio dispositivo, atribuindo o ônus da prova às partes e distribuindo-o conforme a natureza dos fatos por ela alegados, reservando também ao juiz a faculdade de produzir provas se assim o desejar[94]. O artigo 130 do Código de 1973, que trata da questão, é objeto de diversos questionamentos até os dias atuais, por representar uma flexibilização do princípio dispositivo em favor do princípio inquisitório. É importante notar, no entanto, que a possibilidade do juiz produzir provas não representa uma obrigação, podendo intervir apenas nos casos que entender necessário.

Assim, diante da falta de provas não requeridas nem produzidas pelas partes, duas seriam as condutas possíveis pelo juiz, nenhuma delas contrária à lei: suprir a vontade das partes e determinar a produção da prova ou julgar aplicando a distribuição do ônus da prova[95].

---

[93] "À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. (…) Do que fica dito resulta, necessariamente, o sistema que foi adotado no projeto. A questão de sistema não é uma questão a ser resolvida pelos técnicos; é uma questão de política legislativa, dependendo, antes de tudo, do lugar que o Estado, na ordem dos valores, destina à justiça, do interêsse maior ou menor que o Estado tenha em que ela seja administrada como o deve. Não pode ser um interêsse de caráter puramente formal: a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça. (…) O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. 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 também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade."

[94] 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.

[95] Veja-se, por exemplo, o entendimento manifestado pelo STJ no REsp 41.547: "Sustentam os recorrentes ter havido violação do disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil por não ter o juiz determinado a realização de prova pericial, que ele próprio veio a considerar que seria necessária. Não impõe o dispositivo invocado que deva o juiz substituir-se às partes, omissas na prova dos fatos que interessem à existência do direito alegado. (...) Trata-se, no caso, de direitos disponíveis, e o processo não é o do tipo inquisitivo. A iniciativa das provas cabe, em princípio, às partes, que não se podem queixar da própria inércia".

Todavia, nos últimos anos, tem-se notado uma alteração na atribuição destas responsabilidades, fruto de uma mudança ideológica a respeito do papel do Estado-juiz no processo civil. O juiz investigador tem ganhado cada vez mais espaço, mas segundo uma nova perspectiva: a de melhorar a qualidade da instrução para evitar o julgamento com base na distribuição do ônus da prova, que poderia produzir resultado por demais distante da verdade, por não estar baseado em fatos concretos resultante de uma minuciosa investigação, mas em uma presunção[96].

A esse respeito, José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 159) entende que a atividade instrutória do juiz contribui para a efetividade do processo, por possibilitar que a Justiça seja um meio efetivo de acesso a uma ordem jurídica justa. O juiz deve atuar em conjunto com as partes, por ser interessado no resultado do processo, contribuindo para a efetividade do processo e para eliminar as diferenças de oportunidades entre estas partes decorrentes de sua disparidade econômica.

Aliás, se na busca pelo aperfeiçoamento das provas a serem produzidas em um processo, o juiz ativo dedica mais atenção no exercício dos poderes instrutórios e na busca de provas que viabilizem o julgamento de mérito do caso, não seria errado concluir que quanto maior a sua atividade neste campo, menor será a importância da distribuição do ônus da prova[97-98].

---

[96] Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranqüilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos. Não será preferível que ele procure fazer jorrar alguma luz sobre os desvãos escuros da causa e, se possível, baseie o julgamento numa ciência mais exata e completa do que realmente aconteceu? (MOREIRA 2007, p. 95)

[97] A esse respeito, v. BEDAQUE: "Não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do juiz *pode* diminuir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos. Ou seja, se além das partes também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 do CPC. Na verdade, aumenta a probabilidade de um julgamento correto, conforme a vontade do legislador. As regras sobre o ônus da prova constituem a "última saída para o juiz", que não pode deixar de decidir." (2009, p. 124).

[98] Em igual sentido Flávio Luiz YARSHELL, para quem "(...) quanto maior o exercício da atividade estatal na produção da prova, menor a probabilidade de que, no momento do julgamento, tenha o órgão judicante que recorrer às regras de distribuição da aludida carga. É que, se, como visto, tais normas somente se aplicam diante da falência da prova, a atuação estatal diminui o risco de que a atividade de instrução se revele ineficiente." (2009, p. 115)

A respeito do possível conflito que o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz poderia representar com a iniciativa probatória das partes, José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 126) conclui que são atividades distintas e o exercício de uma não interferiria na outra; as partes devem averiguar e afirmar e o juiz incumbe-se da função verificadora dos fatos, pois disso dependeria o acerto de sua decisão[99].

Não obstante o Código de 1973 e suas posteriores reformas tenham ampliado os poderes do juiz, inclusive em matéria probatória[100], atenuando o princípio dispositivo, este ainda é predominante no processo civil brasileiro, cabendo às partes avaliar a conveniência de provar os fatos alegados. Os poderes instrutórios do juiz e a possibilidade de comprometimento de sua imparcialidade ainda serão melhor analisados neste estudo em momento posterior[101].

José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 68) fez uma interessante releitura do princípio dispositivo, no sentido de que este se aplicaria apenas às questões de direito material que as partes são livres para dispor e renunciar no curso do processo[102]. Segundo este autor, as partes não teriam ingerência sobre as questões processuais, inclusive em matéria probatória, devido à sua natureza pública e indisponível, e a intervenção do juiz, ainda que de forma contrária à vontade das partes, não representaria violação ao princípio dispositivo. José Carlos Baptista Puoli, por sua vez, ressalta que o princípio dispositivo não pode ser usado como escudo pelo juiz para uma atitude passiva e despreocupada, devendo assumir uma postura mais ativa e interessada para a melhoria da qualidade da tutela jurisdicional (2002, pp. 26-27).

---

[99] *Verbis.* Cabe a elas [as partes] a exposição da fonte de prova, isto é, do fato de que se servirá o juiz para decidir. Fenômeno diverso é a atividade desenvolvida por este para que seu provimento se aproxime o mais possível da verdade, ou, em outras palavras, para que sua decisão seja justa. Trata-se aqui do meio de prova. As fontes de provas são procuradas por quem averigua os fatos; com os meios de prova se faz a verificação. À parte, compete averiguar e afirmar. Nada impede que a função verificadora seja entregue ao juiz, pois o acerto da decisão dela depende. (2009, 126)

[100] Cintra, Dinamaro e Grinover (2010, p. 72) entendem o aumento dos poderes do juiz como a conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial. Cf. artigos 130 e 1.107 do Código de Processo Civil de 1973.

[101] Cf. capítulo 6.4.2.

[102] Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, pp. 66 e 70) diferenciam o princípio da disponibilidade do princípio dispositivo, sendo o primeiro entendido como a faculdade da parte em iniciar o processo, e o segundo relacionado à ideia de que, na instrução processual, o juiz depende da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que fundamentará a sua decisão.

Os diversos sistemas jurídicos adotam normas que concedem maior ou menor liberdade ao juiz para interpretar o conjunto de provas produzidas, valorá-las e aplicar a atribuição do ônus da prova, quando necessário. O grau de liberdade conferido ao juiz pode ser influenciado não apenas pelas regras processuais propriamente ditas, de apreciação da prova e de formação do convencimento do juiz, mas também por fatores externos ao direito, de acordo com as concepções políticas, sociais e mesmo religiosas da sociedade em que dado ordenamento está inserido.

É possível observar, assim, que a valorização do princípio inquisitivo em detrimento do dispositivo no processo civil brasileiro, pela iniciativa probatória do juiz, vem sendo justificada não mais pela importância de conferir autoridade ao Estado, mas sim como uma solução técnica para a descoberta da verdade, proporcionando um processo mais justo e que garanta o acesso à justiça, uma solução que representaria as necessidades legítimas do processo civil moderno e do atual estágio de desenvolvimento da sociedade. É forçoso lembrar, no entanto, que estas ideias não são novas. Será que ao menos o objetivos almejados poderão ser alcançados? Em caso positivo, a que custo? É o que será analisado nos capítulos seguintes.

5.3. AUTORIDADE QUE DISTRIBUI O ÔNUS DA PROVA: ÔNUS PREFIXADO, ÔNUS DINÂMICO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Os apontamentos históricos remetem ao direito romano a criação da regra fixa de distribuição do ônus da prova segundo a posição das partes no processo e a natureza dos fatos por ela alegados. Esse modelo de distribuição fixa prevalece até os dias atuais, sendo adotado em diversos países e ordenamentos, com pouca variação.

Como já mostrado anteriormente, no século XIX, um novo modelo foi proposto por Jeremy Bentham[103], fundado em critérios de distribuição mais flexíveis, conforme a conveniência na obtenção da prova, de modo a acarretar menos demora, vexame e despesas para as partes. Inspirando-se neste modelo, o argentino Jorge Peyrano desenvolveu a teoria contemporânea das "cargas dinâmicas", bem recebida nos países sul americanos, inclusive no Brasil, e que é objeto de estudo neste estudo.

Com relação à autoridade que distribui o ônus da prova entre as partes, dois serão os modelos analisados, aqui denominados **ônus prefixado** e **ônus dinâmico** da prova.

Nos ordenamentos que adotam o primeiro modelo, o ônus da prova possui distribuição estática, segundo grupos gerais e abstratos de situações processuais – ou mesmo de direito material –, que se aplicam a toda uma categoria de forma indistinta, geralmente – mas não apenas – conforme a posição que a parte ocupa no processo e a natureza dos fatos que alega. Como exemplo de atribuição prévia, com base na posição processual das partes, estabelece-se, por exemplo, que ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do direito que invoca e ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos ao direito que o autor vier a alegar, como o artigo 333 do Código de Processo Civil. Como predeterminação com base no direito material, tem-se as presunções relativas, que serão tratadas adiante.

Nesse modelo, as regras são conhecidas de antemão pelas partes – podendo, inclusive, influenciar o autor em sua opção de ajuizar uma ação, em escolher os fatos que irão fundamentar o seu direito, e mesmo na decisão de recorrer a uma mediação prévia na tentativa de evitar o confronto judicial – e são igualmente aplicada a todos, sem distinção de qualquer natureza.

O ônus prefixado prima pela previsibilidade do desenvolvimento e do desfecho do processo com base nos elementos fático probatórios que se sabe estarem em poder das partes, inclusive as consequências processuais no caso concreto, caso o ônus da prova não

[103] Introductory view of the rationale of evidence for the use of non-lawyers as well as lawyers. *In* The works of Jeremy Bentham published under the superintendence of his executor John Bowring. Edimburgh: Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 137.

seja satisfeito. Impõe-se, em contrapartida, o ônus da responsabilidade individual pelo resultado do processo, pois à parte cabe não apenas o ônus da afirmação[104], mas também da prova dos fatos afirmados.

Leo Rosenberg (2002, p. 84), que se dedicou a estudar profundamente o ônus da prova, ressaltava que a distribuição proporcional e invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica com o que as partes podem contar antes mesmos de iniciar o processo e que serve de orientação ao juiz em sua decisão[105].

A norma romana de distribuição do ônus da prova, surgida na fase republicana, e adotada com temperamentos por mais de dois milênios, é a de que a prova incumbia a quem alegava o fato a ela relacionado: *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* ou *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (SANTOS, 1983, p. 93).

Por que não se estabeleceu que a prova coubesse à parte mais nova, menos nobre, com maior capacidade de fazê-la ou segundo qualquer outro conceito social da época? Não há elementos para afirmar com certeza, mas se poderia especular que houve influência da religião romana no estabelecimento da norma, já que, nas palavras de José Rubens de Moraes, a ritualística processual, especialmente no tocante às provas, derivou fortemente da ritualística religiosa (MORAES, 2008, p. 58). Talvez o exame dos valores religiosos da época permitisse a verificação concreta desta hipótese.

---

104 Na linha de considerações sobre ônus da afirmação, v. Pedro Dinamarco (2007, p. 143 e ss.), para quem "Durante todo o desenvolvimento do processo, as partes têm o ônus de fazer afirmações de fato e de direito, positivas ou impugnativas, que possam conduzir a uma decisão judicial favorável ao seu interesse (...). Ademais, as afirmações feitas pelas partes *projetam efeitos* sobre inúmeros atos e fatos – e não só naqueles em que ele é efetivamente exercido –, entre os quais se pode mencionar a caracterização de litispendência, a definição do objeto da prova, a fixação dos limites dos fundamentos da sentença e da coisa julgada."

105 "É impossível uma distribuição 'livre' do ônus da prova, deduzida da livre apreciação da prova mal interpretada, ou que se obtenha mediante a livre descoberta do direito sobre a base de uma ponderação dos interesses. Pois o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence às exceções. A regulação do ônus da prova deve ser feita mediante normas jurídicas cuja aplicação deve estar submetida à revisão pelo respectivo tribunal, e esta regulação deve levar a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz com o qual as partes podem contar antes mesmo do início do processo. Uma 'distribuição livre do ônus da prova' não proporciona a liberdade que poderia pensar um sistema judiciário bem aconselhado" (ROSENBERG, 2002, pp. 84-85 – tradução livre).

Do ponto de vista político, os franceses parecem ter enxergado na antiga regra romana o respeito ao **princípio da igualdade**, que haviam defendido em sua revolução, pois se cada uma das partes era responsável por demonstrar a verdade daquilo que afirmava, a norma "estabelecia legítima paridade de tratamento entre os litigantes" (SANTOS, 1983, p. 98). Os princípios da revolução burguesa legitimaram politicamente a norma há séculos respeitada[106].

Houve também quem notasse a obviedade de que cada qual persegue melhor seus próprios interesses. É da natureza humana haver egoísmo e pretender-se o mínimo esforço para o máximo de resultado. Assim sendo, pareceria vantajoso estabelecer, *a priori* e legalmente, que cada qual provará aquilo que afirma, para que se obtivesse o melhor resultado processual para todos[107].

O reconhecimento do egoísmo humano e a ideia de que se obtém melhores resultados quando cada qual busca seus próprios interesses têm ligações estreitas com o pensamento político-econômico do liberalismo. Em contrapartida, a concepção de que seria possível uma sociedade de homens bons e solidários, em que cada qual faça o máximo pela coletividade, independentemente de seus próprios interesses, é estreitamente relacionada ao coletivismo. O reflexo de ideais tão atraentes foram igualmente projetados sobre o processo civil e a temática da distribuição do ônus da prova, às vezes por pensadores que não eram sequer socialistas ou coletivistas. Assim como no caso anterior, nem sempre a relação de influência política é clara, expressa e consciente, mas ainda assim se faz sentir.

Talvez as influências não sejam diretas – talvez sejam – mas é certo que há interpenetração entre as diversas ciências sociais e as ideias concebidas em uma logo ganham aplicações, nem sempre de paternidade expressa, em outras.

---

[106] Betti justifica a distribuição do ônus da prova entre os litigantes com muita clareza. Para ele, a repartição do ônus da prova acompanha paralelamente a repartição do ônus da afirmação e da demanda e se inspira no critério de **igualdade entre as partes** (SANTOS, 1983, p. 105).

[107] Toda a questão do ônus probatório, para Gianturco, resolver-se-á com a indagação da vantagem ou desvantagem da prova de determinado fato: ninguém tomará a iniciativa de provar sem que disso não pretenda tirar vantagem. Daí o princípio fundamental de sua teoria: deve provar quem da prova auferir vantagem. Mas a prova, na consonância da *lei do mínimo esforço*, que informa o *egoísmo humano* – que é de onde o autor extrai o seu princípio fundamental e no que se assenta a sua *teoria da vantagem* – deve ser limitada a um mínimo (...)" (SANTOS, 1983, p. 102).

O ônus fixo privilegia os princípios da segurança jurídica e da igualdade, e permite o planejamento estratégico pelas partes, seja previamente à propositura da ação, seja no curso desta, com a concatenação de argumentos e elementos convergindo para as provas de que dispõem e que têm condições de produzir, segundo o seu ônus legal. Assim, o autor jamais baseará os fundamentos de seu direito em fatos que dependam da produção da prova pela parte contrária para a sua confirmação, e vice-versa, salvo os casos que envolvem relação de consumo, que será tratada em seção específica.

Não obstante suas vantagens, o modelo também sofre críticas, como por exemplo a de Inés Lépori White (2008, pp. 63-66), segundo a qual a distribuição fixa do ônus da prova não privilegia a *busca pela verdade*, mas apenas a obtenção de uma sentença, de condições das partes e se preocupa apenas com a defesa das liberdades individuais, ao invés de assegurar a justiça, que em sua opinião é seria o bem maior a fundamentar a doutrina do ônus dinâmico das provas.

Complementarmente à regra geral de distribuição predeterminada do ônus da prova, o sistema processual brasileiro admite a inversão do ônus em determinadas situações. Trata-se de um mecanismo que possibilita ao juiz deslocar o ônus da prova de um determinado fato à outra parte, em determinadas circunstâncias. Esta inversão pode ocorrer por previsão legal, como no caso das presunções e nas relações de consumo e também por convenção das partes. Mais recentemente, os Tribunais passaram a determinar a inversão do ônus da prova em determinadas circunstâncias em que se verificou a dificuldade de produção de prova pela parte onerada. Estas questões serão discutidas nos próximos capítulos.

A teoria do ônus dinâmico veio principalmente para suprir essas deficiências que seriam próprias do modelo de distribuição fixa, defendendo a flexibilização de suas regras. Assim, segundo a teoria do ônus dinâmico, o juiz poderá casuisticamente atribuir a cada um dos litigantes o ônus da prova de cada um dos pontos controversos discutidos naquele processo, segundo critérios de oportunidade e conveniência estabelecidos em lei ou conforme sua percepção individual do caso concreto.

Em um modelo ideal de ônus dinâmico puro, não haveria qualquer regra preliminar de distribuição do ônus da prova; a decisão sobre o tema recairia inteiramente sobre o juiz,

que apenas diante do caso concreto faria a distribuição do ônus entre as partes. Diversos podem ser os critérios para a distribuição do ônus da prova segundo este modelo, e estes podem variar conforme a política adotada em um determinado período histórico, o interesse em julgar com base em maior verossimilhança dos fatos, a condição econômica ou técnica das partes, e até a facilidade com que cada parte poderá se desincumbir do ônus imposto.

Este modelo promove o aumento dos poderes do Estado-juiz, para que investigue os fatos independentemente da vontade das partes, seja protegendo os interesses de determinadas classes de jurisdicionados que seriam desfavorecidas sob a regra do ônus prefixado – como os consumidores, os incapazes, os economicamente desprovidos, etc. –, buscando atingir a denominada igualdade substancial. E, como tal, privilegia os valores que se pretende resguardar – que pode variar conforme o local, o momento histórico, político, econômico e ideológico de um país.

Entretanto, o modelo da distribuição dinâmica peca no tocante à falta de previsibilidade e de segurança jurídica, pois sujeita as partes à vontade subjetiva do julgador[108], em detrimento de seus interesses pessoais e sem uniformidade com relação a outros casos idênticos.

Uma vez proposta a demanda, a parte cede totalmente ao Estado o controle sobre os rumos da instrução, privilegiando a análise casuística em detrimento do rigor legal. Com isso, casos idênticos podem ainda mais facilmente ter rumos e resultados absolutamente distintos, sem que exista sequer preocupação com princípio da igualdade ou com a uniformidade das decisões.

[108] Note-se, por oportuno, que a exigência de fundamentação da decisão não altera este quadro. Primeiro, porque uma decisão sob fundamentos completamente errados ou incoerentes ainda assim é válida, até que seja reformada. Segundo, porque em teses todas as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas, em cumprimento à norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, e, nem por isso, deixam de existir decisões equivocadas (que se sujeitarão a uma possível reforma) ou mesma definitivas (como uma decisão sobre matéria de fato, proferida em grau de apelação). Terceiro, porque o uso de cláusulas abertas em direito permite cada vez mais que as decisões sejam justificadas com base em critérios absolutamente subjetivos, como justiça, conveniência, etc., preenchidos por cada qual segundo sua própria filosofia, crença ou ideologia. Assim, a exigência de fundamentação pode tornar um pouco mais trabalhosa a decisão muito equivocada ou mesmo arbitrária, mas de modo algum improvável ou impossível.

Depreende-se, assim, que a opção por um destes dois modelos pouco tem de necessariamente técnica, pois é especialmente política – em um bom sentido do termo. Não se pode defender a adoção de um ou outro modelo apenas como se fossem instrumentos para atingir um mesmo interesse, pois *cada qual busca proteger interesses distintos*.

No primeiro caso, os valores políticos da segurança jurídica e da igualdade perante a lei – irmãos da liberdade individual – são os privilegiados. No segundo, pode-se dar mais importância a outros valores que sejam considerados politicamente mais importantes em determinado tempo e lugar, tais como a defesa de uma determinada classe, a busca por uma solução supostamente mais "justa" ou até o fortalecimento da autoridade do juiz.

Os modelos acima apresentados a respeito da forma de introdução da prova no processo não são tecnicamente concorrentes, mas politicamente destinados à obtenção de resultados políticos diferentes entre si. Esta dicotomia política também pode ser bem observada na análise histórica apresentada por Moacyr Amaral SANTOS[109], embora o autor não a aponte expressamente.

5.3.1. A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

Muito embora não tenham sido identificados estudos a respeito, nem tampouco um ordenamento que o tenha adotado, o que dificulta a elaboração de uma definição apropriada, pode-se pensar que, em um modelo puro de distribuição dinâmica do ônus da prova não exista qualquer regra pré determinada em lei quanto à distribuição do ônus da prova.

[109] SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

Após estabelecido o contraditório e fixados os pontos controvertidos, analisando o caso concreto e a situação das partes em relação às provas que devem ser produzidas para a demonstração destes pontos controversos, o juiz fará a distribuição conforme a facilidade – ou menor dificuldade – para a sua produção.

O termo dinâmico é adequado a esta proposta, pois o juiz teria plena liberdade para atribuir o ônus da prova conforme a sua concepção subjetiva de qual parte teria maior facilidade na produção da prova, podendo inclusive fazer atribuição distinta a situações idênticas.

Jeremy Bentham foi quem mais se aproximou desta proposta, ao idealizar um modelo – cuja aplicação prática ele mesmo reconheceu ser inviável – de distribuição casuística do ônus da prova, em que as partes, de comum acordo e sem a participação do juiz, decidiriam com base na facilidade de sua produção, quem assumiria o ônus, caso uma determinada prova viesse a faltar no processo. Talvez por essas semelhanças, a doutrina reconheça que este autor tenha sido o precursor da teoria do ônus dinâmico[110].

A principal diferença deste modelo diz respeito à autoridade que distribui o ônus da prova, que no caso de Bentham seriam as próprias partes. Assim, conceitualmente, não se trata de um modelo de distribuição dinâmica, dada a inexistência de uma figura imparcial que decide a quem a prova será atribuída, mas apenas de distribuição casuística acordada.

A distribuição dinâmica comumente concebida concentra os poderes na figura do juiz – principalmente o de primeira instância – cabendo unicamente a ele nomear qual das partes sofrerá as consequências da prova frustrada, levando-se em consideração a facilidade das mesmas em produzi-la.

[110] Cf. capítulo 4.3.1.

5.3.2. O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA NA ARGENTINA

Não obstante possa haver uma relação entre a concepção de distribuição dinâmica do ônus da prova e os trabalhos de Jeremy Bentham, como acima demonstrado, o desenvolvimento dogmático da teoria do ônus dinâmico, nos moldes como preconizado atualmente no processo brasileiro, deu-se apenas no final do século XX, por trabalhos do doutrinador argentino Jorge Peyrano.

A evolução desta teoria na Argentina ocorreu de forma descontínua, fruto de artigos e publicações isoladas, que acompanharam as tendências jurisprudenciais (COUTO, 2011, pp. 97-98). Não há, contudo, um estudo mais aprofundado sobre o tema, que pode ter como causa a ausência de positivação da regra no ordenamento daquele país.

A teoria do ônus dinâmico, também denominada "teoria das cargas dinâmicas e compartilhadas" ou "teoria solidarista do processo", teria se originado na Argentina, em 1981[111], a partir de uma decisão judicial proferida pelo juiz da quinta nominação da cidade de Rosário, Jorge Walter Peyrano que, em uma ação de responsabilidade civil na qual o paciente, vítima de um erro médico, não tinha meios de atender ao ônus da prova que por lei lhe cabia, atribuiu ao médico réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do paciente autor[112].

Após esta decisão, Jorge Peyrano publicou o artigo denominado *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, em coautoria com Julio O. Chiappini (2008a, p. 17), no qual criticou as regras de distribuição do ônus da prova, por serem rígidas, fixadas segundo uma visão estática do problema pelos doutrinadores e mesmo pelos legisladores. Estas regras

---

[111] Inés Lépori White (2008, p. 71) cita um precedente de 1957 relativo a um caso enriquecimento ilícito, em que o Tribunal assim se pronunciou: "Em matéria de enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, diante das circunstâncias dos fatos e da natureza das coisas, toda legislação séria deveria considerar, em primeiro lugar, seria que o funcionário apresente provas da legitimidade de seu enriquecimento, e não o Estado, acerca da ilegitimidade, pois aquele estaria nas melhores condições para apresentar esta prova, ao passo que a prova para este, se não for impossível de ser produzida, será ao menos muito difícil".

[112] Cf. TUCCI, 2004, p. 307; RAMBALDO, 2008, p. 32.

eram às vezes insuficientes ou mesmo inadequadas, o que levava a certas injustiças, em casos cujas normas aplicáveis possuíam caráter dinâmico. E exatamente para corrigir estas injustiças, propôs que em determinadas circunstâncias o ônus fosse atribuído à parte que tivesse maior facilidade na produção da prova.

Posteriormente, em outubro de 1992, por ocasião da Quinta Jornada Bonaerense de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático[113], a Comissão de Direito Processual assim definiu o ônus dinâmico, que já vinha sendo defendido pela doutrina e aplicado na prática pelos Tribunais:

> "A chamada doutrina do ônus dinâmico das provas pode e deve ser utilizada por todos os estratos judiciais em determinadas situações nas quais as previsões legais que distribuem o ônus da prova não funcionam de modo adequado. Esta teoria se caracteriza por um deslocamento do ônus da prova, conforme as circunstâncias do caso, poderá recair em quem estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da posição de autor e réu, ou de se tratar de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.[114]" (PEYRANO, 2008, pp. 19-20 – tradução livre)

Mais tarde, Peyrano atualizou sua teoria e publicou novo artigo intitulado "novo lineamentos das cargas probatórias dinâmicas", por meio do qual apresentou as novidades e evoluções relativas à matéria em termos doutrinários e jurisprudenciais, na forma de quatro conclusões, a seguir apresentadas (2008b, pp. 20-24):

Primeira conclusão – reconhece que, em matéria de deslocamento do ônus da prova, a teoria do ônus dinâmico é apenas um capítulo; embora o mais importante, não seria o único. Enumera os princípios da solidariedade e da responsabilidade compartilhada das partes na produção da prova como princípios complementares à teoria.

---

113 Similarmente às Jornadas de Direito Civil e de Direito Processual Civil no Brasil, as Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático são encontros periódicos entre juristas da cidade de Buenos Aires, para discutir diferentes aspectos e que, ao final, publica conclusões na forma de enunciados, com recomendações para a aplicação das normas.

114 No original: "La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede e 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 probatorios. La misma importa un desplaziamento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos". (PEYRANO, 2008, pp. 19-20)

O caráter *excepcional* do ônus dinâmico da prova é reforçado por Jorge Peyrano em diversos de seus trabalhos sobre o tema[115]. Esta regra deve ser para complementar as regras de distribuição fixa do ônus da prova nos casos de prova diabólica ou em que a parte em que a sua aplicação acarretaria a distorção do objetivo primordial do ônus da prova, que é o de viabilizar a produção das provas relacionadas aos fatos controversos, evitando-se produzir no juiz uma situação de dúvida ou de incerteza.

Segunda conclusão – a distribuição dinâmica do ônus da prova deveria ser aplicada com *cautela* e apenas quando a aplicação do ônus fixo acarretasse consequências indesejadas, pois importaria em novas regras de distribuição do ônus da prova aplicadas em decorrência de circunstâncias concretas do caso prático. O juiz deveria ser cuidadoso ao valorar a prova trazida pela parte que está em melhores condições (profissionais, técnicas ou fáticas) de produzi-la, pois geralmente, *ela também está em condições de desvirtuá-la ou desnaturá-la em seu próprio benefício*.

Terceira conclusão – recomenda que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja regulamentada em lei, sendo temerária sua incorporação ao ordenamento unicamente pela jurisprudência, por meio de aplicações casuísticas e que poderiam ser incorretamente interpretadas. Peyrano entende que o aval legislativo expresso é importante para assegurar aos juízes a possibilidade de aplicação de uma doutrina nova.

Quarta conclusão – a regulamentação legal da teoria também contribuiria para afastar eventuais alegações de que sua aplicação poderia por em risco a garantia da defesa em juízo pela parte que, originalmente (pelas regras fixas do ônus da prova) não estaria agravada com o ônus. Também contribuiria para afastar o caráter de "doutrina de exceção" que atualmente possui.

Outra característica importante diz respeito à irrelevância da posição da parte no processo ou à natureza do fato controverso – constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo – para a sua aplicação (PEYRANO 2008, pp. 17; COUTO, 2011, p. 102). O juiz atenta-se

[115] Cf. 2008b, p. 21 e 2008c, p. 87, em que Peyrano ressalta o caráter excepcional e residual do ônus da prova, que deve ser aplicado apenas mediante a comprovação de que a aplicação da regra fixa de distribuição levaria a uma solução injusta naquele caso concreto.

apenas e tão somente à dificuldade da parte originalmente onerada na sua produção, que deve ser diretamente proporcional à facilidade da outra parte.

Segundo Inés Lépori White (2008, pp. 68-69), uma grande defensora desta teoria, são três os seus principais fundamentos: a justiça no caso concreto, os deveres do juiz e os deveres de conduta processual das partes. Quanto aos requisitos, esta autora entende que deve se aplicar a todo tipo de situação fática e a processos de qualquer natureza, inclusive em execuções.

A doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova vem sendo aplicada pelas Cortes daquele país mesmo sem previsão legal[116], inclusive em diversas situações diferentes daquela para a qual foi originalmente criada, mas que têm em comum a dificuldade probatória pela parte onerada e a facilidade de sua produção pela outra parte, tais como em casos de responsabilidade por má prática profissional, responsabilidade bancária, em matéria de alimentos, em direito de seguros, direito trabalhista, questões envolvendo a prestação de determinados serviços como o telefônico e também em casos de simulação em que a vítima não participou do ato jurídico e ignora os diversos detalhes que são apenas de conhecimento dos que participaram do ato simulado (PEYRANO, 2008c, p. 85; LEGUISAMÓN, 2008, pp. 119-122).

As Províncias de La Pampa[117] e de Corrientes[118] já incluíram a distribuição dinâmica do ônus da prova em seus respectivos Códigos de Processo Civil. Está em discussão há alguns

---

[116] O artigo 377 do Código de Processo Civil Argentino em vigor assim dispõe do ônus da prova: "O ônus da prova incumbirá à parte que afirmar a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou o tribunal não tenha o dever de conhecer. Cada una das partes deverá provar o pressuposto de fato da norma ou das normas que invocar como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção. Se a lei estrangeira invocada por qualquer das partes não tiver sido provada, o juiz poderá investigar sua existência e aplicá-la à relação jurídica material do litígio." (tradução livre)

[117] Artigo 360. Ônus da Prova – O ônus da prova incumbirá à parte que afirme a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou o tribunal não tenham o dever de conhecer.

Cada una das partes deverá provar o pressuposto de fato da norma ou das normas que invocarem como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

A distribuição do ônus da prova não impedirá a iniciativa probatória do tribunal nem a apreciação das omissões, deficiências da prova ou ausência da colaboração devida, conforme o artigo 368.

Sem prejuízo disto, terá o ônus da prova dos fatos aquele que, pelas circunstâncias do caso, estiver em melhores condições de trazer o esclarecimento dos mesmos ao conhecimento do tribunal. (tradução livre)

[118] Artigo 377. Ônus da prova. – O ônus da prova incumbirá à parte que afirme a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou o tribunal não tenham o dever de conhecer.

anos a reforma processual deste país, havendo também a expectativa de que seja recepcionada pelo novo Código de Processo Civil Federal[119].

A Espanha foi o primeiro país a introduzir esta regra em seu ordenamento jurídico nacional, quando da reforma de sua *Lei de Enjuiciamiento Civil* (Lei 1/2000), que no artigo 217 assim dispõe[120]:

> "Se ao tempo de proferir a sentença o juízo considerar duvidosos fatos relevantes para a decisão, recusará as pretensões do autor ou do reconvindo, ou as do réu ou reconvinte, conforme lhe corresponda o ônus da prova dos fatos que fundamentam a ação e permanecem incertos. (...)
>
> 6. Para a aplicação do disposto nos itens anteriores deste artigo, o tribunal deverá levar em consideração a disponibilidade e a facilidade probatória de cada uma das partes do litígio." (tradução livre)

Esta doutrina também influenciou diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, como será melhor detalhado mais adiante.

Cada una das partes deverá provar o pressuposto de fato da norma ou das normas que invocarem como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

As diretivas contidas nesta norma se adequam ao dever de colaboração das partes se, em razão da habitualidade, especialização ou de outras condições, segundo as particularidades do caso, entender-se ser o ônus da parte contrária a quem corresponde.

Se a lei estrangeira invocada por qualquer das partes não for provada, o juiz poderá investigar sua existência e aplicá-la à relação jurídica objeto do litígio.

119 Cf. Peyrano, 2008d, pp. 172-173.

120 No original: Art. 217. Carga de la prueba:

1. Cuando, al tempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar nos hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

5.3.3. CRÍTICAS NA ARGENTINA À TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO

Não obstante a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova tenha ganhado força, também foi objeto de respeitáveis críticas doutrinárias, algumas das quais foram devidamente respondidas por Jorge Peyrano.

Em relação à ausência de expressa previsão legal, este autor ponderou que, na Argentina, a lei não seria a única fonte de direito caso contrário haveria um engessamento do sistema, enumerando outras medidas que também surgiram primeiro de decisões pretorianas para somente então ganharem força de lei.

À crítica acerca da possibilidade da parte onerada ser surpreendida com a distribuição do ônus da prova apenas na sentença, mencionou que embora possa haver certo risco à defesa do onerado, por se tratar de uma regra de julgamento estaria dentro das funções jurisdicionais, não havendo obrigação de alertar as partes neste sentido. Outrossim, os seus benefícios – proporcionar a justiça da decisão – poderiam compensar o eventual risco de a parte ser surpreendida com a atribuição do ônus da prova no momento da sentença. Sugeriu ainda que se adotasse, futuramente, uma audiência preliminar na qual o juiz poderia alertar as partes sobre a possibilidade de aplicar a distribuição dinâmica.

Outrossim, Maximiliano Garcia Grande, adepto da teoria de Rosenberg, entende que a distribuição do ônus da prova é uma regra processual que deriva da própria teoria das presunções estabelecidas pelo direito material e que, sendo uma regra prévia ao processo, não poderia ser flexibilizada.

Para chegar a esta conclusão, partiu, de um lado, da própria definição de ônus, cuja inobservância deve acarretar apenas uma desvantagem à parte que a descumpriu e não a consequência máxima de procedência ou improcedência da ação, e de outro de que há uma relação intrínseca entre o direito material e a distribuição do ônus da prova.

O direito material trabalharia sempre a questão das presunções, estabelecendo qual das partes seria favorecida com a desnecessidade de prova dos mesmos. Se o autor tem a seu favor uma presunção de direito material, caberia ao réu o ônus de afastá-la como próprio corolário de tal norma material. Não o fazendo, considerar-se-ia o fato como se provado fosse.

Grande faz remissão a uma antiga máxima romana que protege as presunções de liberdade e de propriedade, de modo que quem as enfrenta – mediante questionamento judicial – deve provar em que medida estas não seriam aplicáveis àquele caso concreto e que levariam à condenação do réu. Trata-se de uma presunção geral de inocência do réu quando é atacado em sua liberdade e propriedade – e, portanto, não limitada apenas ao âmbito penal, como se costuma imaginar. O sistema de presunções de direito material enumera, em cada caso, quais fatos são favorecidos com a predisposição de veracidade e que deverão ser afastados pela parte que os atacar, inclusive criando exceções específicas diante de casos de injustiça.

Exemplificando, nas ações em que se discute responsabilidade civil, existe presunção de inocência do demandado, que está sendo atacado em seu direito de propriedade, cabendo ao demandando comprovar a existência de fato danoso, nexo de causalidade e prejuízo. Outrossim, em uma ação de execução de título extrajudicial, o exequente seria favorecido com a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título que fundamenta a ação e, por isso, o ônus de afastá-la incumbiria ao suposto devedor.

De acordo com este autor, a fixação do ônus da prova deve obedecer sempre a critérios rígidos, conforme a natureza do direito material discutido, sendo uma consequência direta da aplicação das regras de presunções. O ponto de vista de Grande confirma o que doutrinadores mais antigos já defendiam acerca da relação entre o sistema de presunções e a distribuição do ônus da prova[121-122], mas inova ao defender que esta relação apenas

[121] A esse respeito, KISCH, 1932, p. 206, para quem "Esta divisão, às vezes, é feita expressamente pela lei, que determina, em caráter obrigatório, que fatos concretos os litigantes devem provar, ou - o que é análogo – pelo estabelecimento de presunções legais, em virtude das quais se prescreve que, em um determinado estado jurídico, tenha-se por verdadeiro outro fato – e, em certas circunstâncias também uma situação jurídica - enquanto não se prova o fato presumido, só aguardando que a parte contrária consiga demonstrar o contrário" (tradução livre)

confirma as diferentes teorias relativas à distribuição do ônus da prova (segundo o direito em discussão ou a posição das partes no processo).

Neste cenário, estando o juiz diante de situação de *non liquet*, decidirá sempre de acordo com as regras de ônus da prova porque são derivadas diretas das presunções de direito material. Para este autor, modificar casuisticamente a distribuição do ônus da prova seria negar a aplicação de normas de direito material ao conflito.

[122] Hugo Alsina mostra que, em determinados casos, a lei estabelece presunção relativa, atribuindo o ônus da prova não a quem afirma um fato, mas a quem nega sua existência (ALSINA, 1958, p. 259).

6. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

6.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO ATÉ O CÓDIGO DE 1973

As primeiras normas de processo civil a vigerem em território brasileiro estavam contidas nas Ordenações do Reino de Portugal[123], que impunham uma divisão prévia e fixa do ônus da prova: cada parte deveria provar aquilo que alegasse. Ao autor caberia a prova de sua "intenção" e ao réu os fatos afirmados em sua defesa. Ao menos em princípio, o juiz não tinha poderes instrutórios e deveria julgar a disputa segundo as provas indicadas e produzidas pelas partes, ainda que soubesse pessoalmente que os fatos haviam ocorrido de outra maneira. Porém, em caráter excepcional, permitia-se que o juiz determinasse às partes a complementação das provas produzidas[124], se identificasse essa necessidade para melhor esclarecer um fato, quando estivesse com os autos conclusos para sentença (MORAES, 1983, p. 109).

Essa maneira simples de distribuir o ônus da prova, impondo a cada qual que provasse o que alegava, foi recepcionada pelo Brasil quando de sua independência e o Regulamento 737 de 1850, inicialmente voltado apenas para disputas comerciais, repetiu aquela mesma exceção ao princípio dispositivo que vinha do direito português: o juiz poderia ordenar às partes alguma "diligência", mesmo que não requerida, se entendesse isso como necessário para o julgamento[125]. A Consolidação das Leis do Processo Civil de 1876, manteve, em linha genéricas e talvez em linguagem um pouco pior, a mesma metodologia processual: a

---

[123] Cf. Capítulo 4.2.

[124] Note-se que o juiz não trazia a prova aos autos, como ocorre atualmente, por exemplo, com as diligências do juízo, mas determinava à parte que o fizesse. Embora útil, há diferença entre realizar e determinar a realização de algo.

[125] Regulamento 737: "Art. 230. Si examinados os autos o Juiz entender necessaria para julgar afinal alguma diligencia, ainda que lhe não tenha sido requeri da nas allegações finaes, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente".

“obrigação” da prova era da parte que afirmasse o fato do qual pretendesse deduzir o seu direito, como autora ou ré[126], dispondo-se expressamente que o réu deveria ser absolvido se o autor não tivesse provado sua “intenção”[127] – o que se chamaria hoje de fato constitutivo do direito.

Logo após a promulgação da República, o Brasil passou por uma fase liberal na economia e na política, desenvolvida a partir do iluminismo, pregando a máxima *laissez faire, laissez passer*[128], cujos reflexos também foram observados na organização federativa. Conferiu-se às províncias, transformadas em estados federados, competência para legislar sobre processo[129], surgindo a possibilidade de criação de Códigos de Processo Civil estaduais.

Embora nem todos os estados tenham efetivamente implantado o seu código processual, alguns chegaram a ser redigidos e, destes, houve os que até vigeram por um curto período, tendo inclusive tratado da matéria relativa ao ônus da prova (BUZAID, 1961, p. 12). O Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, por exemplo, determinava no artigo 262[130] que competia a cada uma das partes, em regra, fornecer os elementos de prova das alegações que fizesse – ecoando a antiga regra já adotada nas Ordenações do Reino. Idêntica disposição era contida pelo Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, em seu art. 182.

Em 1937, o Brasil passou por uma grande transformação política e econômica. Na fase histórica denominada Estado Novo, sob o comando de Getúlio Vargas, o país enfrentou um período autoritário de centralização do poder e forte nacionalismo. A título

---

126 “Art. 334. A obrigação da prova incumbe áquelle que em juizo affirma o facto, de que pretende deduzir o seu direito, quer seja o autor, quer seja o réo”.

127 **“**Art. 335. Não provando o autor sua intenção, deve o réo ser absoluto, ainda que de sua parte nada prove”.

128 A ausência de intervenção do Estado era tamanha que a própria Constituição Republicana, por exemplo, não regulamentava qualquer matéria de cunho social, dispondo apenas sobre questões de soberania nacional, separação de poderes, sistema representativo e de liberdades civis (LOPES, 2012, p. 350)

129 Deve-se observar, no entanto, que as normas processuais a serem aplicadas pela Justiça Federal continuaram a ser federais, não se aplicando a esse ramo do Poder Judiciário as leis estaduais sobre a matéria.

130 São Paulo, CPCC: “Art. 262 – Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das allegações que fizer”. “Art. 330 – Conclusos os autos, poderá o juiz, *ex-officio*, ou sob pedido feito nas allegações finais, ordenar as diligencias que lhe pareçam indispensáveis para o julgamento. §2º - Para estas diligências, assignará prazo razoável que não excederá de metade da dilação probatória. Não executando qualquer das partes a diligencia no prazo marcado, julgar-se-á com os elementos existentes nos autos”.

exemplificativo, a Constituição promulgada naquele mesmo ano suprimiu a liberdade partidária e a independência entre os três poderes; o Congresso Nacional foi fechado, criando-se o Tribunal de Segurança Nacional, e os prefeitos e governadores passaram a ser indicados, ao invés de eleitos.

Nessa nova estrutura, o governo se preocupou com a elaboração de novos Códigos Federais em consonância com a ordem constitucional recém implantada (BUZAID, 1972, p. 79). Em 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil que, em decorrência da nova competência federal exclusiva para legislar sobre direito processual, substituiu aqueles códigos estaduais que já estavam em vigor. Sob o fundamento de que o resultado do processo seria uma questão de interesse do Estado – e não apenas de partes privadas participando de uma espécie de duelo – os juízes tiveram seus poderes ampliados[131], inclusive em matéria probatória, tornando-se mais clara e direta a possibilidade de determinarem a produção das provas que entendessem necessárias[132].

A instrução processual foi dividida em dois momentos: a indicação e a produção das provas. Na petição inicial[133] e na contestação[134], conforme o papel que desempenhassem no processo, as partes deveriam indicar as provas que pretendessem produzir e, posteriormente, o juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, determinaria as

---

131 Como esclarece Francisco de Campos na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939: "O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. 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 também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade".

132 Código de 1939: "Art. 117. A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios". É verdade que o texto da lei sofreu pouca alteração, que tornaria discutível à conclusão de que, a partir de então, o próprio juiz poderia ter atividade probatória, ao invés de simplesmente determiná-la às próprias partes. Este foi, no entanto, o entendimento da doutrina, como se verá de alguns comentários mais adiante.

133 Código de 1939: "Art. 158. A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados:

V – os meios de prova com que o autor pretende demonstrar verdade do alegado".

134 "Art. 180. A contestação será formulada pelo réu em petição escrita, com os requisitos dos ns. III e V do artigo 158 e os do artigo 159".

diligências necessárias à produção das provas, podendo indeferir aquelas que entendesse inúteis ou protelatórias[135-136].

Moacyr Amaral dos Santos (1982, pp. 123-126) observa que, nesta época, as partes detinham o impulso do procedimento probatório, indicando as provas e requerendo a sua produção, atuando o juiz em caráter supletivo, apenas como forma de controle do princípio dispositivo. Por outro lado, a produção das provas era atribuída ao juiz, para que pudesse colher prontamente sua impressão do resultado obtido[137].

O comando preconizado pelo artigo 209[138] distribuía o ônus da prova entre as partes segundo os fatos afirmados por cada qual, mantendo a tradição que vigia no Brasil desde as Ordenações do Reino, abandonando-se a terminologia "obrigação" ao se referir à prova e retomando o termo "ônus". Já se encontrava, no entanto, o gérmen do entendimento sobre a diferente natureza dos fatos normalmente alegados por cada parte: o parágrafo 2º tratava o fato constitutivo como naturalmente alegado pelo autor e os fatos extintivos ou obstativos como de ônus probatório do réu.

Alfredo Buzaid (1961, p. 24) – que se tornaria mais tarde o grande autor do Código de Processo Civil de 1973 – ressaltava então a importância da atribuição de atividade instrutória ao juiz pelo código de 1939, que estaria em perfeita consonância com a

---

135 Sobre os poderes instrutórios do juiz e o limite de atuação das partes, v. SANTOS, 1982, p. 125.

136 Código de 1939: "Art. 117. A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios".

137 A este respeito complementa: "Na instrução do processo, as suas várias fases ou momento,s a indicação, admissão e produção das provas, se completam harmonicamente, nelas intervindo, com maior ou menor atividade, ora o juiz, ora as partes. Na escolha das provas, a atividade das partes sobrepaira, uma vez que têm elas mais motivos para saber quais sejam e onde encontrar os meios de prova mais capazes de corroborar as suas alegações; na produção, a atividade do juiz excele, porque, já tendo conhecimento da controvérsia, à vista das exposições constantes da inicial e da contestação, pode determinar que uma prova seja produzida ou dispensada, visto que, por esta ou aquela circunstância, tenha sido esclarecido ou não o ponto obscuro, e, pois, se tornem necessárias ou inúteis maiores indagações, bem como pode ordenar o comparecimento de testemunhas referidas, exigir depoimento da parte, exibição de documentos, exames, etc." (SANTOS, 1982, p. 126)

138 Código de 1939: "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".

evolução do processo civil e com o reconhecimento do papel do juiz enquanto órgão jurisdicional responsável pela condução do processo.

Moacyr Amaral dos Santos (1983, p. 120) acrescentou que o aumento dos poderes do juiz para movimentar os atos processuais e orientar a produção das provas visava a melhor investigação dos fatos trazidos à analise do Estado, assegurando-se a adequada tutela dos direitos e a realização da justiça nas decisões dos conflitos. No entanto, o aumento destes poderes não estava relacionado à instrumentalidade, ou à preocupação com a efetividade dos provimentos judiciais, mas com a técnica processual e com a pureza conceitual dos institutos (PUOLI, 2002, p. 53).

Deve-se ressaltar que, não obstante as mudanças políticas e alterações legislativas, inclusive com a promulgação de um novo Código de Processo Civil, não levaram a uma mudança na mentalidade – ainda predominantemente liberal – dos juristas e dos magistrados, o que se refletia no processo. Como observou Ascarelli, no período em que esteve no Brasil, a legislação não alterou os hábitos e a prática forense (LOPES, 2010, p. 369). O direito na lei e o direito na prática têm tempos diferentes; um ou outro sempre demora um pouco mais a se alterar.

Não obstante tenham havido mudanças sensíveis, o processo ainda continuava a ser considerado um instrumento de administração da justiça, com pouca interferência do juiz, a quem cabia declarar o direito no caso concreto, dentro dos limites estabelecidos pelas partes, que tinham o ônus da afirmação e o da prova e que arcavam com as consequências da deficiência probatória. A esse respeito, não havia qualquer ingerência do juiz (BUZAID, 1961, pp. 6-7).

Talvez estas alterações não pareçam significativas sob o olhar dos dias de hoje, mas o Código de Processo de 1939 representou um grande avanço, para a época, em termos de autonomia do juiz, principalmente na implementação de seus poderes instrutórios, inaugurando uma nova forma de enxergar a questão que é hoje tomada como normal e evidente.

6.2. A REGRA GERAL DE DISTRIBUIÇÃO NO CÓDIGO DE 1973

O Código de Processo de 1973 manteve, na essência, a regra fixa de distribuição do ônus da prova do Código anterior[139], mas deu um passo adiante, atribuindo-a não simplesmente conforme quem fazia a alegação, mas também segundo a natureza dos fatos alegados: ao autor atribuiu a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova daqueles impeditivos, modificativos ou extintivos do suposto direito.

Já se havia sepultado, com este Código, a visão do processo como algo sob a total autonomia das partes – que conduzissem a questão das provas do modo como melhor lhes conviesse – e segregado da justiça substancial. A mudança na mentalidade dos operadores do processo fez com que, na última década do século XX e na primeira do século XXI, já se defendesse que as partes deveriam produzir todas as provas que tivessem à sua disposição, em colaboração e independentemente de beneficiá-las ou prejudicá-las.

Caso não o fizessem, o juiz poderia intervir para assegurar que as provas supostamente esquecidas ou sonegadas fossem levadas ao processo, evitando o julgamento com base nas presunções. Para parte da doutrina, e também para o Superior Tribunal de Justiça, esta atuação do juiz seria a única condizente com os objetivos sociais do processo.[140] Os poderes judiciais de instrução seriam um instrumento necessário à busca da verdade.

Seria exagerado afirmar que a ampla iniciativa probatória do juiz se tornou ponto pacífico na doutrina processual. No entanto, essa posição é quase certamente majoritária, sendo defendida por alguns dos mais importantes estudiosos do processo civil no Brasil. Novos argumentos em prol dessa posição surgiram e convenceram muitos dos reticentes.

---

[139] **Código de 1973**: **"**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".

[140] A título exemplificativo, v. REsp 1072276/RN; REsp 1125621/MG; REsp 651.294/GO; EDcl no REsp 1189458 / RJ; REsp 1125621 / MG; AgRg no REsp 1043796 / SP, todos precedentes do STJ.

O código de 1973 não foi inovador ao dispor que o magistrado poderia determinar as provas a serem produzidas, complementarmente às partes, bem como indeferir diligências inúteis ou protelatórias, assim identificadas conforme o seu próprio convencimento; como visto, o código de 1939 já o fazia, em linha de evolução com o que já vinha das Ordenações do Reino portuguesas. Mas foi certamente sob a égide da legislação de 1973 que se ampliaram *de fato* os poderes do juiz em matéria probatória, assumindo-se tal postura na prática, como forma de tentar evitar a situação de ausência ou insuficiência da prova.

Embora não esteja livre de críticas, a regra inspirada no direito romano do período republicano – segundo a qual *affirmanti incumbit probatio* (quem afirma deve provar), pautada no ônus da afirmação – tem servido de base às normas de distribuição do ônus da prova por ordenamentos de diversos países e em diferentes épocas. A norma geral de distribuição do ônus da prova do direito brasileiro também foi construída sobre as bases desta regra, estabelecendo tal ônus como estático – ou pré-fixado em lei – ressalvadas situações especiais, como as presunções, que serão tratadas a seguir.

6.3. NORMAS LEGIAS ESPECÍFICAS DE INTERESSE PARA O ÔNUS DA PROVA

Não obstante o comando previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 seja a regra geral relativa à distribuição do ônus da prova, existem outras regras especiais que disciplinam a distribuição de modo distinto. Em princípio, o caminho correto para identificação de a quem caberia determinado ônus probatório seria, em primeiro lugar, questionar se existe alguma norma específica para aquele fato – como a existência ou não de juros em um mútuo comercial. Não havendo, aplica-se a norma geral. Se, no entanto, houver a possibilidade de alteração da norma geral, por outra norma especial, mas não

dirigida a um fato específico – como no caso de hipossuficiência concreta em relação de consumo – necessário promover então a adequação.

6.3.1. AS PRESUNÇÕES RELATIVAS

A presunção é um processo lógico de indução, segundo o qual, verificado um determinado fato "A", toma-se por verdade um segundo fato "B"[141]. Basta que se prove a posse de uma casa de praia, por exemplo, para que se considere a pessoa como possuidora também de tudo o que nela estiver[142]. Se alguém é proprietário de um sítio, assume-se que a horta que há nele foi feita por este alguém e às suas custas[143]. Apresentado um documento em juízo, presume-se sua veracidade[144].

Se a verdade do fato "B" não puder ser contestada ou discutida, devendo ser apenas assumida, diz-se que a presunção é "absoluta". Isso porque, na prática, o fato "B" não é algo que se supõe ocorrer em razão do fato "A", mas é uma consequência que a própria lei impõe como decorrência necessária deste. Por exemplo, se um devedor insolvente dá seu automóvel em garantia a um de seus credores, presume-se que há fraude contra os demais[145].

---

141 Caio Mario da Silva Pereira (1999, p. 390) define a presunção como o processo lógico por via do qual se tira de um fato certo a prova legal de um fato desconhecido.

142 **Código Civil**: "Art. 1.209. A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem".

143 **Código Civil**: "Art. 1.253. Toda a construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo seu proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário".

144 **Código de Processo Civil de 1973**: "Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir".

145 **Código Civil**: "Art. 163. Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor".

Talvez o devedor não tivesse a menor intenção de prejudicar seus outros credores e agisse de boa-fé, mas isso é irrelevante: havendo garantia nessa situação, a lei determina como consequência necessária que o juiz aplique as normas sobre fraude. A doutrina costuma dizer que a presunção absoluta não admite prova em contrário, mas talvez mais correto fosse dizer que a prova, ainda que produzida, é irrelevante para a conclusão que dela se extrai. E se não há discussão a respeito de prova, a presunção absoluta em nada influencia a distribuição do *onus probandi*[146].

Situação completamente distinta é aquela em que a presença do fato "A" faz com que se considere o fato "B" como existente apenas *precariamente*, admitindo-se que a falsidade de "B" seja provada. Nestes casos, diz-se que há presunção "relativa". Cândido Dinamarco (2003, p. 77) a define como "o processo mental que leva à aceitação de um fato controvertido como existente, sem que esteja provado e até que o contrário venha a sê-lo.

É o que ocorre com os exemplos dados acima: as conclusões tiradas a partir da posse da casa de praia, da propriedade do sítio ou da apresentação do documento podem ser afastadas por provas em contrário. É fácil perceber que, nos casos de presunção relativa, o ônus de provar a falsidade do fato "B" é da parte contra quem milita tal presunção – ou seja, é possível enxergar nelas uma hipótese de fixação prévia do ônus da prova em casos específicos.

Há quem entenda que as presunções são normas de direito material - talvez porque muitas delas estejam previstas em legislações que não parecem tratar de processo -, e o efeito que teria sobre o ônus da prova seria mera consequência. Há de se observar, porém, que este efeito sobre a distribuição do ônus da prova é o mais importante efeito da presunção, daí haver parte considerável da doutrina que defenda ser sua natureza de direito processual. A verdade é que, independentemente de se tratar de um instituto de direito material ou processual, a presunção relativa age como norma de fixação prévia de ônus da prova –

[146] Barbosa Moreira (1977, p. 64) critica esta distinção entre presunção relativa e absoluta e mostra que, ao invés, na presunção relativa se dispensa a prova do fato, ao passo que na presunção absoluta o próprio fato, em si mesmo, é desconsiderado. Ainda que a prova em contrário seja feita pela outra parte, o fato deixará de ser considerado pelo juiz em sua conclusão. Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2011, p. 10), presunções legais são técnicas para garantir determinados valores em situações específicas.

atribuído à parte contra quem a presunção aproveita –, trabalhando como exceção às regras gerais impostas pelo art. 333 do CPC[147].

Desenvolvendo o exemplo já dado, imagine-se que o possuidor da casa de praia ajuizasse uma ação de usucapião de bem móvel, demonstrando não apenas a posse do imóvel, mas também que nos últimos cinco anos um pequeno barco de pesca deixou seu quintal às 5h da manhã e foi lá devolvido de volta às 10h da manhã, todos os dias. Pela regra geral do art. 333, I, do CPC, esse sujeito, na qualidade de autor, teria de fazer prova da posse do barco como fato constitutivo que ela seria de seu direito à usucapião daquela pequena embarcação. Mas porque há presunção, existe uma regra específica sobre a distribuição do ônus da prova neste caso, dispensando-o disso; é o réu – vizinho que comprara o barco novo, na loja, anos atrás – que terá de provar que, embora o bem estivesse no quintal da casa, ele não estava na posse de seu proprietário. Para tanto, poderia provar, por exemplo, que o dono do quintal emprestou o espaço durante todos estes anos para que o barco fosse estacionado depois de usado para pesca.

Essa distribuição especial do ônus da prova de modo diverso da regra geral, hoje prevista no art. 333 do CPC, está ligada à relação de direito material, independente de quem estará em que pólo da ação ou de quem alegou o fato.

Em um empréstimo de dinheiro para fins econômicos, por exemplo, presume-se que serão devidos juros[148]. Imagine-se que, ao final do prazo combinado, apenas o valor principal foi depositado na conta do credor. Na ação de cobrança dos juros, seria de rigor que o credor provasse que eles são devidos, porque é esse o fato que constitui o direito de cobrança. No entanto, havendo presunção em seu favor, basta provar que houve empréstimo com fins econômicos. O ônus da prova de que se combinou que *não* haveria juros é do réu. Mantida a mesma relação jurídica, porém, considere-se que o devedor não tivesse o número da

---

[147] Teresa Wambier e José Medina (2011, p. 248), por exemplo, entendem que as presunções relativas implicam na inversão do ônus da prova. No mesmo sentido, Cândido Dinamarco (2003, p.119), para quem as presunções relativas atuam sobre o objeto da prova, dispensando de demonstração o fato buscado na instrução. Havendo interesse, a outra parte teria então o ônus de provar o fato contrário, e não o fato presumido.

[148] **Código Civil**: "Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".

conta corrente do credor e este se recusasse a receber o pagamento em espécie sem os respectivos juros. Na ação de consignação em pagamento, o devedor continua com o ônus de provar que se combinou não haver cobrança de juros, mesmo tendo invertido o pólo processual na ação.

Logo, para saber a quem incumbe o ônus de provar determinado fato no processo, deve-se – primeiramente – identificar se há alguma regra específica sobre aquela situação ou mesmo se as partes convencionaram a este respeito. Se ela não existir, pode-se então aplicar a regra geral e subsidiária, prevista pelo art. 333 do CPC.

6.3.2. A DISTRIBUIÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES

Normalmente, as partes não podem convencionar sobre questões processuais, aplicando-se o brocardo *ius publicum privatorum pactis non mutare potest* (ajustes privados não podem alterar normas de direito público – tradução livre)[149]. Mas a própria lei traz alguma exceções à regra, são hipóteses restritas em que as partes podem decidir negocialmente sobre aspectos da atividade pública do Estado no exercício da jurisdição. A mais tradicional e amplamente conhecida diz respeito à eleição de foro, com limites que ao longo dos anos foram sendo bem definidos pela jurisprudência. Outra exceção, não tão lembrada, diz respeito à distribuição do ônus da prova[150].

No processo civil brasileiro, esta possibilidade resulta da interpretação do § 1º do artigo 333 do Código de Processo Civil, que estabelece ser nula a convenção que distribui de

[149] O novo Código de Processo Civil pode vir a relativizar ainda mais essa limitação. Prevê a possibilidade, por exemplo, de as partes definirem consensualmente os pontos controvertidos, sob homologação judicial, tal como ocorre no processo anglo-saxônico (art. 364, §2º).

[150] Cândido Dinamarco (2003, p. 78) menciona que a convenção sobre a distribuição do ônus da prova pode ser feita por qualquer meio idôneo, como instrumento público ou particular, em petição dirigida ao juiz, em contrato, na audiência preliminar.

maneira diversa o ônus da prova sobre fatos que recaiam sobre direito indisponível, ou que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. A *contrario senso*, parece ser claro que as partes podem negociar a distribuição do ônus da prova de forma distinta daquela prevista no *caput* daquele artigo, desde que a questão recaia sobre direito disponível e que a produção da prova pela outra parte não impeça o exercício de seu direito (prova diabólica), sob o risco da ineficácia da disposição.

Para Tulio Ascarelli (1936, p. 5) – em obra anterior até mesmo ao código de 1939 – as partes não poderiam negociar sobre a distribuição do ônus da prova, sendo nulas as cláusulas que dispusessem a este respeito, por se tratar de questão ligada à atividade jurisdicional e, portanto, estar-se-ia permitindo às partes o poder de dispor sobre a atividade judicial. Essa forma de pensar foi sendo alterada ao longo das décadas. Comoglio (2010, p. 406), por exemplo, entende que a possibilidade de inversão convencional do ônus da prova decorre do reconhecimento da autonomia negocial das partes neste quesito, podendo os contratantes sobre ele dispor de modo distinto da lei.

Assim, se as partes estabelecerem em contrato a distribuição do ônus da prova de modo distinto do previsto em lei, e não se tratando da hipótese do parágrafo único do artigo 333 em comento, em uma situação de dúvida ou incerteza o juiz deverá levar esta vontade em consideração e julgar de acordo com a convenção entre as partes.

Importante observar que a disponibilidade do direito é condição essencial para viabilizar a distribuição do ônus da prova de modo diverso pelas partes, devendo-se notar que se trata de exceção, uma vez que, via de regra, não se admite qualquer interferência das partes nas questões de interesse público e, portanto, indisponíveis.

Egas Moniz de Aragão (1981, p. 102) chama atenção para o fato de que, levada ao pé da letra, a norma poderia beneficiar a parte economicamente mais forte, o que seria contrário ao espírito do processo. Foi exatamente para coibir atos desta natureza que o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 51, IV, previu a nulidade de cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que invertam o ônus da prova em prejuízo ao consumidor.

Percebe-se, assim, que a dificuldade na produção da prova é uma questão que, até certo ponto, já preocupava o legislador do Código de Processo Civil de 1973. Contudo, a lei nada dispôs sobre os casos em que a dificuldade ou a impossibilidade de produção da prova pela parte onerada decorre da distribuição legal do ônus da prova, fazendo surgir a necessidade de se buscar alternativas para a solução desta questão.

6.3.3. A INVERSÃO LEGAL E JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Existe ainda a possibilidade de inversão da regra geral de distribuição do ônus da prova por lei ou pelo juiz.

No início da década de 1990, os brasileiros ainda se acostumavam à democracia e ao novo modelo político implementado pela Constituição de 1988. No campo econômico, a recessão, as tentativas de conter a inflação, que culminaram no confisco da economia popular, e os juros exorbitantes desestimulavam o consumo. A regulamentação das relações comerciais, por meio do Código Comercial, estava completamente obsoleta e deixava a desejar em termos de proteção ao consumidor, sociologicamente considerado a parte mais fraca e vulnerável de uma relação comercial.

Neste contexto, nas ações envolvendo relações de consumo promovidas pelo consumidor, parecia muitas vezes grande a disparidade entre as partes, entendendo-se que as regras processuais de distribuição do ônus da prova dificultavam a obtenção de tutela judicial pelo consumidor injustamente prejudicado, especialmente quando era clara sua hipossuficiência em matéria probatória.

Foi então promulgado o Código de Defesa do Consumidor, em cumprimento ao artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República. Sua motivação foi claramente política, pois buscou estabelecer garantias e regulamentar as

relações de consumo, reconhecendo-se a vulnerabilidade do consumidor face às demais partes envolvidas. O principal objetivo da lei foi proporcionar o reequilíbrio das relações de consumo, por meio de mecanismos de defesa do consumidor em juízo, voltados principalmente para sua proteção e facilitação de seu acesso à justiça (RIBEIRO, 2005, p. 26)

Uma das grandes inovações do Código de Defesa do Consumidor foi a facilitação da defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos quando envolvidas relações de consumo. No entanto, não se pode olvidar a inegável contribuição no campo de direito probatório, com a introdução da possibilidade de inversão do ônus da prova, adotando-se um sistema de responsabilização diferenciado[151].

A previsão da possibilidade de inversão do ônus da prova buscava o equilíbrio das relações processuais surgidas no âmbito das relações de consumo, oferecendo meios para que as partes possam litigar em paridade de condições. Sua implementação teve por objetivo facilitar a defesa do consumidor nos casos em que este, segundo as regras ordinárias do processo civil, teria dificuldades ou estaria impossibilitado de fazer prova dos fatos em que fundam o seu direito.

O artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os direitos básicos do consumidor 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.

O comando que autoriza a inversão do ônus da prova é uma medida legal extraordinária, cuja aplicação poderá ser feita pelo juiz se constatar a verossimilhança dos argumentos do autor ou a sua hipossuficiência. A despeito da possibilidade de modificação da distribuição do ônus da prova seja prevista em lei, o juiz é quem determina a inversão no caso concreto,

[151] Um dos principais fatores que ensejaram a adoção de um sistema de responsabilização diferenciado em matéria de consumo foi a constatação de que a sociedade moderna depende da produção e comercialização em massa de produtos e serviços, gerada, num primeiro momento, pela revolução industrial e, mais recentemente, pela denominada revolução tecnológica. Numa tal realidade, impossível não se vislumbrar o potencial lesivo a que estão sujeitos os direitos e interesses dos consumidores em geral, que por não participarem diretamente do ciclo produtivo-distributivo, ficam subjugados aos ditames da chamada lei de mercado, assumindo um papel meramente passivo que se resume em adquirir os bens e serviços que são colocados no mercado (KRIGER FILHO, 2006, p. 277).

se verificar que estão presentes os requisitos para tanto. Trata-se, portanto, de uma inversão judicial autorizada por uma estipulação legal. Nos dizeres de Cândido Dinamarco "é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste [ônus da prova] por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito".

Humberto Theodoro Junior (2004, p. 142) define a verossimilhança como um juízo de probabilidade, formado a partir de prova indiciária, de que os fatos alegados pelo consumidor são provavelmente verdadeiros.

Segundo este mesmo autor (2004, p. 145), a hipossuficiência se caracteriza como a impotência do consumidor – de natureza econômica ou não – em comprovar os fatos que confirmam a sua versão dos fatos. Contudo, a correlação da verossimilhança e a dificuldade econômica da parte não é tema pacífico na doutrina. Cecília Matos (1993, p. 195), por exemplo, o relaciona à diminuição da capacidade do consumidor sob a perspectiva do acesso à informação, educação, associação e posição social.

Kazuo Watanabe (GRINOVER, et al., 2011, p. 09), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, também relacionava o conceito de hipossuficiência ao aspecto econômico, nos moldes do preconizado pelo artigo 2, parágrafo único, da lei de assistência judiciária[152], mas posteriormente mudou de opinião, reconhecendo que a situação de vulnerabilidade do consumidor independe de sua situação econômica, e que a vontade do legislador ao aprovar esta lei não teria sido a de inverter o ônus da prova apenas nos casos em que o consumidor não pudesse arcar financeiramente com os custos da prova, mas principalmente naquela situação em que houvesse dificuldade técnica[153].

---

152 "Art. 2º (...)

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

153 Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência acima mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, o que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inocorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. O mesmo acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que a outra parte tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamento

A lei estabelece critérios certos e determinados que, se presentes, autorizam a inversão do ônus da prova, isentando o autor de provar alguns ou todos os fatos constitutivos de seu direito. Consequentemente, o réu, fornecedor ou prestador de serviço, passa a ser responsável por demonstrar: (i) que os fatos que fundamentam a pretensão do autor não são verídicos; ou, como já seria normal, (ii) que existem fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito ou ainda (iii) que o seu produto ou serviço não teve defeitos ou inadequações e, portanto, o dano alegado decorreu de culpa exclusiva do autor.

Importante observar, no entanto, que esta inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, embora tenha alguma similaridade com a proposta da distribuição dinâmica do ônus da prova[154], é uma regra distinta e que com aquela não se confunde, como será mostrado mais adiante[155].

6.4. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova entre as partes e as consequências de seu não atendimento têm estreita relação com os poderes instrutórios conferidos ao juiz, afinal, a parte que seria prejudicada por não se desincumbir do ônus de provar determinado fato deixa de sofrer tal prejuízo se o próprio juízo, substituindo-a, promover a produção daquela prova nos autos.

Uma pequena mas importante mudança entre a redação do código de 1939 e a do código de 1973 deu-se quanto a essa iniciativa do juiz em matéria probatória. Se até então o juiz

---

constantes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor (GRINOVER, et al., 2011, p. 09).

154 No sentido de facilitar a defesa de quem estaria originalmente onerado com a produção da prova e de almejar o equilíbrio das partes no processo.

155 Cf. capítulo 6.4.1.

se limitava a *ordenar* as *diligências* necessárias à instrução do processo (art. 117 do Código de 1939), pela redação do artigo 130[156] do Código de 1973 passou a *determinar* as *provas necessárias* à instrução do processo, inclusive de ofício, se as partes assim não o fizerem[157].

O comando deixou ainda mais clara a iniciativa probatória do juiz, com o fortalecimento do princípio inquisitório. Apesar de diversas interpretações restritivas, não era mais tão fácil sustentar que o processo devesse ser resolvido apenas com base nas conclusões tiradas a partir das provas trazidas exclusivamente pelas partes; parecia manifesto o interesse estatal em uma investigação mais robusta dos fatos, com vistas a aumentar o grau de certeza para embasar o seu julgamento[158]. Dirigia-se uma busca pela verdade.

Muito embora as partes formulem o requerimento da prova, e possam participar no momento de sua formação, agindo em caráter subsidiário e supletivo, o juiz passou a assumir a direção e a responsabilidade do processo, cabendo a ele ouvir diretamente as partes e as testemunhas, formular quesitos e interrogar o perito (SANTOS 1983, pp. 288-289). Atualmente, não restam dúvidas na doutrina quanto à possibilidade do juiz poder, de ofício, determinar a produção de provas, havendo poucos pensadores que defendem o contrário (AMENDOEIRA JR, 2006, p. 106) [159].

Parece claro que não se pode dissociar a questão dos poderes instrutórios do juiz de um contexto mais amplo e polêmico, que é o aumento dos poderes do juiz de um modo geral dentro do processo civil. Trata-se de uma espécie de campo minado dentre os juristas

---

[156] Código de 1973: "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".

[157] Segundo DINAMARCO, GRINOVER e CINTRA (2010, pp. 70-72), a livre investigação de provas pelo juiz já havia sido antes positivada no Brasil pelo Código de Processo Civil do Estado Bahia, de 1915. A regra foi repetida, no entanto, no Código de Processo Civil de 1939, de aplicação federal.

[158] Na tentativa de harmonizar a nova norma com o princípio dispositivo, houve sérias tentativas de interpretar a iniciativa judicial probatória em conjunto com outras normas processuais, como a que impunha ao juiz o dever de assegurar a igualdade entre as partes (art. 125, I), e a que fazia a distribuição do ônus da prova na ausência de norma específica (artigo 333).

[159] Para Didier Junior, Sarno e Oliveira (2007, p. 52): "Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios".

brasileiros, havendo fortes opiniões a este respeito, muitas vezes em sentidos completamente opostos.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, pp. 70-72) entendem o aumento gradativo dos poderes do juiz a partir do final do século XIX como uma forma de reconhecimento da função publicista do processo, que teria levado a uma mitigação do princípio dispositivo, com o aumento da participação do juiz na colheita das provas necessárias à investigação processual. O Código de Processo de 1973 manteve esta tendência publicista, tentando conciliar o princípio dispositivo ao da livre investigação judicial[160].

No mesmo sentido José Carlos Baptista Puoli (2002, p. 21) pondera que o avanço no estudo dos poderes instrutórios decorre do reconhecimento do desempenho de uma função pública pelo juiz, que transcende o mero interesse de resolver o conflito entre as partes, cabendo-lhe fazer valer o direito material e a pacificação dos conflitos sociais.

Existe uma inegável relação entre política e processo, e boa parte das escolhas técnicas do legislador processual dependem de prévias decisões políticas sobre a relação mais ampla entre estado e cidadão, da qual o processo é apenas uma das múltiplas faces. O movimento em torno do aumento dos poderes do juiz se iniciou entre o final do século XIX e o começo do século XX, como reflexo da adoção de idéias políticas que se opunham ao liberalismo. Talvez por isso, a bandeira do aumento dos poderes do juiz tenha sido adotada com entusiasmo pelos movimentos políticos autoritários que viriam a dominar o primeiro quarto do século XX – ligação esta que gera sérias contentas entre os maiores processualistas brasileiros.

A corrente doutrinária contrária ao aumento dos poderes do juiz costuma relacionar a previsibilidade do que pode ou não acontecer no processo com a *rule of law*[161] e, por

---

[160] A esse respeito, v. José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 94-95), para quem, tratando-se de direitos disponíveis, as partes poderiam limitar os fatos a serem analisados pelo juiz, mas não os meios de prova, não sendo possível restringir o poder investigatório do juiz, que, partindo dos fatos trazidos pelas partes, poderia determinar a produção de todas as provas que entender necessárias à formação de seu convencimento.

[161] A expressão "rule of law" é normalmente mais conhecida que seu sinônimo português: nomocracia. Trata-se do princípio de que os cidadãos devem ser governados – ou em outras palavras, ter sua liberdade limitada – apenas pela lei, ordem geral, prévia e abstrata, em oposição a decisões arbitrárias de indivíduos governantes.

consequência, à segurança jurídica, como um elemento essencial dos regimes democráticos. O cidadão-jurisdicionado não deveria ter sua conduta processual determinada segundo a vontade imediata do juiz[162], mas sim de uma lei pré-determinada e conhecida, introduzida na sociedade segundo critérios da democracia representativa e da alternância de poder[163].

A defesa do aumento dos poderes do juiz pelos regimes abertamente autoritários serviria, nesse contexto, como uma demonstração dessa íntima relação com a restrição da liberdade política[164-165]. Isso não significa, obviamente, que regimes democráticos não adotassem, vez por outra, medidas de caráter autoritário, tanto no processo como em outros ramos do direito. Nem tampouco implicaria na inexistência de eventuais restrições aos poderes do

---

162 Para José Ignacio Botelho de Mesquita (1994, p. 135), "A transformação do juiz em um ditador do processo, sob o lema 'todo poder ao Judiciário, conduz necessariamente a uma limitação dos poderes atribuídos ao órgão da jurisdição e, a par de suas indesejáveis implicações políticas, acaba negando à parte, no processo, qualquer outro direito que não seja o de, meramente, dar ocasião ao juiz para que exerça o seu poder incontrastável. Já assistimos a isto no passado na década de 1930, na Alemanha, com BAUMBACH, entre outros, assim como o vemos agora, entre nós com os propugnadores da tese de uma 'justiça alternativa'. É o conhecido pêndulo, oscilando sempre entre os extremos".

163 Pode-se sustentar que os juízes sejam parte da democracia representativa, mas é fato que não são escolhidos diretamente pelo povo e a alternância no Poder Judiciário é muito mais lenta e sujeita a períodos incertos de tempo. Não se pretende neste estudo justificar ou criticar em que medida tais diferenças são justas e adequadas, mas sua realidade deve ser observada.

164 Em 1937, Piero Calamandrei (1939, pp. 80-82) indicava as premissas políticas que orientavam o projeto de novo Código de Processo Civil italiano: "O Ministro da Justiça, no relatório que acompanha o Projeto e nos discursos em que autorizadamente comentou os seus princípios, salientou que esta reforma do processo civil se baseia em alguns postulados políticos de caráter geral, à luz dos quais devem ser examinadas suas disposições por quem quiser compreender o exato alcance das mesmas. (…) Trata-se, em outras palavras, de projetar no campo do processo os princípios autoritários em que se inspira a organização constitucional do Estado: e como, no processo, o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário introduzido no processo significa logicamente a ampliação dos poderes do juiz. (…) Em face do sistema baseado no chamado "princípio dispositivo", que se pode em certo sentido considerar como a expressão processual do individualismo liberal, o "princípio inquisitório" afirma-se como expressão do autoritarismo, que não pode deixar á mercê das iniciativas individuais a consecução dos fins da justiça, considerados, mesmo no processo civil, não como fins individuais, mas como fins de Estado. (…) É sobretudo necessária, no campo das provas e dos poderes instrutores do juiz, uma clara visão do alcance dos princípios políticos nos quais se inspira o projeto."

165 Wolfgand Bernhardt (1939, pp. 68-69) defendia na Alemanha que era preciso abandonar a liberdade de ação das partes, tão preconizada pelo liberalismo, adotando-se processualmente as diretrizes do estado autoritário: "[E]m todas as leis processuais importantes refletem-se as opiniões políticas e espirituais da época. O nosso processo civil contem, até hoje, vestígios da época liberal-individualística, para a qual o processo era um assunto que somente dizia respeito aos litigantes. Como em tudo mais, também na ciência do direito processual é necessário abandonar as considerações individualísticas, porquanto o processo não é um assunto individual mais, pelo contrário, pertence à coletividade. Não importa que no processo civil se trate, em geral, de situações de direito sujeitas à livre disposição das partes. (…) Ora, sendo o processo um assunto público, uma demonstração do poder governamental em favor da comunidade, e não uma explicação entre partes, é impossível entregá-lo ao seu arbítrio: em um Estado autoritário, êste dominará, necessariamente, a instituição do direito civil. Este cerceamento é indigno de um juiz – juiz-rei, independente, tal como quer o nacional-socialismo. (BERNHARDT, 1939, pp. 68-69)

juiz implantadas por estados autoritários[166]. Afinal, não existem políticas cem por cento puras. Mas a linha geral de conduta política de um Estado – aquela que prevalecesse com relação a seus cidadãos – diria muito a respeito de suas normas processuais, e vice-versa[167].

Ao caráter autoritário, ou talvez como sintoma dele, a corrente doutrinária contrária ao aumento dos poderes do juiz acrescenta que existiria uma progressiva substituição do critério da legalidade no processo civil – próprio da jurisdição dita contenciosa – pelos critérios de oportunidade e conveniência – mais próprios do legislador, do administrador e da chamada jurisdição voluntária[168].

A doutrina favorável ao aumento dos poderes do juiz costuma relacionar tais críticas a um pensamento liberal que seria ultrapassado, relacionado a idéias próprias do século XIX e superadas pela preocupação social com os fins do processo civil – que não poderia mais ser visto apenas como um duelo entre particulares cujo resultado fosse indiferente ao Estado, sem preocupação com desigualdades materiais e com a busca da verdade. Prega que, nos dias atuais, haveria uma nítida prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual das partes, a justificar o aumento dos poderes do juiz para fazer prevalecer este interesse coletivo[169].

---

166 Para Barbosa Moreira (2007, p. 88) ao tratar sobre a relação entre política e processo, assim defendeu: "Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sobre o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticos."

167 Conforme observado por Moacyr Amaral Santos, o reforço da autoridade do juiz era uma decorrência natural e expressa do autoritarismo do Estado (1983, pp. 114-115): "Concomitantemente com os movimentos políticos por que passaram vários países, modificou-se o seu sistema ou, ao menos, a sua doutrina processual. À implantação do Estado autoritário, em 1937, como era fatal, seguiu-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 mudanças políticas e espirituais dos governantes da época".

168 Cf. José Ignácio Botelho de Mesquita (2005, pp. 263-307).

169 Segundo Barbosa Moreira (2003, p. 59), a doutrina reconhece a existência de uma relação entre a predominância do princípio dispositivo a um regime liberal e a do princípio inquisitivo a um regime autoritário, e observa que seria ingênuo negar a influência do regime político no campo processual. Contudo, afirma que a experiência histórica desmistifica a vinculação de traços inquisitivos a regimes autoritários e de traços dispositivos a regimes de feições liberais. Em igual sentido Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 43).

No contexto político e jurídico atual, a ampliação dos poderes do juiz não é especialmente mal vista, e o exercício de poderes instrutórios é considerado como um meio para que se obtenha uma investigação de qualidade dos fatos, com vistas à busca da verdade. Cândido Dinamarco (2013, pp. 292-293) estabelece uma relação diretamente proporcional entre a intervenção do juiz e o ônus da prova: em um sistema puramente inquisitivo, o ônus da prova é desnecessário, pois caberia exclusivamente ao juiz a busca da verdade, de modo que as partes não seriam sancionadas pela falta de prova. Já no extremo do princípio dispositivo, o ônus da prova seria bastante aplicado, sempre que as partes deixassem de produzir provas ou a fizesse de forma insuficiente para convencer o juiz sobre os fatos. Nos sistemas em que estes princípios convivem, como no processo civil brasileiro, o ônus da prova é aplicado, com a devida atenuação de seus rigores, pois partes e juiz contribuem conjuntamente para a investigação dos fatos que levará – ou não – à descoberta da verdade.

O texto legal, que foi gradativamente ampliando os poderes instrutórios do juiz, não estabeleceu limites ao exercício destes poderes, levando a doutrina a se dividir entre os que pensam que se trata de um poder independente, inerente à função jurisdicional, e os que lhes atribui caráter complementar ao das partes.

Se entendido como poder independente – como defende, por exemplo, José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 118)[170] – o juiz tem total liberdade para indicar e produzir provas, ainda que as partes não o façam. Admitida esta hipótese, seria importante uma postura cautelosa por parte dos julgadores. Para não haver qualquer tipo de favorecimento, seria necessário o exercício pleno e cuidadoso dos poderes instrutórios em <u>todos</u> os processos, para que nenhuma prova importante deixasse de ser produzida em nenhum caso concreto.

Afinal, não haveria tratamento igualitário se o juiz optasse por empenhar-se mais na busca da verdade em alguns casos enquanto deixasse as partes à própria sorte em outros. O trabalho do magistrado aumentaria consideravelmente: não apenas o saneamento do feito deveria ser feito também sob o prisma da suficiência das provas, mas no momento de proferir a sentença poderia ser necessária a revisão dos casos para a identificação de eventuais provas faltantes. Esta postura poderia muito provavelmente impactar na razoável

[170] Em igual sentido, cf. Daniel Penteado de Castro (2010, p. 144).

duração do processo, na medida em que uma investigação aprofundada demanda mais tempo para a conclusão do feito e os resultados, nem sempre satisfatórios, poderiam não ser proporcionais ao tempo despendido.

O entendimento dos poderes instrutórios do juiz como independentes relega as partes a um papel secundário na prova dos fatos que lhes aproveitam, pois mesmo que deixassem de produzi-la, o juiz, atento à necessidade de esgotar os meios de prova existentes naquele caso concreto para descobrir a verdade, interviria para substituir sua vontade.

Não obstante essa hipótese representasse, ao menos em teoria, uma melhora na qualidade da prestação jurisdicional – reduzindo casos em que o julgamento teria de apelar ao julgamento pelo ônus da prova, por ausência de demonstração efetiva dos fatos controvertidos – é certo que nem sempre uma investigação trará respostas satisfatórias, o que, somado ao fator tempo, à deficiente estrutura judiciária e ao elevado número de demandas, inviabilizaria, no processo civil brasileiro, a aplicação dessa postura judicial a todos os casos.

Grande parte da doutrina defende uma atividade instrutória mais moderada por parte do juiz, de caráter supletivo ao das partes. Para essa corrente, o juiz não substitui as partes na indicação das provas a serem produzidas, mas atua em caráter complementar e opcional, nos casos em que o conjunto probatório trazido pelas partes for confuso, contraditório ou mesmo incompleto. Um dos defensores desta posição é Moacyr Amaral dos Santos (1999, p. 350), para quem a iniciativa do juiz deveria ser adotada apenas nos casos em que fosse necessário um melhor esclarecimento da verdade, sem a qual não seria possível ao juiz decidir sem sua consciência tranquila[171].

Tal entendimento parece estar em conformidade com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que consolidou o entendimento de que os poderes instrutórios não são

[171] Em igual sentido Dinamarco (2003, p. 55) e João Batista Lopes (1995, p. 46).

uma obrigação do juiz, mas uma faculdade a ser exercida quando a produção de novas provas seja conveniente para melhor compreensão da causa ou em busca da verdade[172].

Para José Carlos Barbosa Moreira, o amento de poderes leva também ao proporcional aumento de sua responsabilidade, sendo necessário o implemento da responsabilização dos juízes pelo exercício incorreto dos poderes que lhes são atribuídos (1995, p. 74). Defendendo a mesma ideia, José Carlos Baptista Puoli (2002, pp. 215-216) reconhece a dificuldade prática na implantação de um sistema de responsabilização dos juízes, e ressalta a importância da efetiva motivação das decisões judiciais como condição de sua validade e como elemento de controle do exercício destes poderes, uma espécie de prestação de contas à sociedade sobre os seus atos.

O reconhecimento dos poderes instrutórios em caráter supletivo ao das partes nos parece a posição mais adequada ao sistema processual atualmente em vigor, em que ainda predomina o princípio dispositivo, privilegiando a iniciativa probatória das partes.

Questiona-se, ainda, tanto em um caso como no outro, se a produção de provas pelo próprio juiz poderia ferir sua imparcialidade ou a igualdade entre as partes, na medida em que tais provas poderiam beneficiar quem não requereu sua produção, desequilibrando o resultado do processo em prejuízo da parte que teria a ganhar com a inércia do adversário.

A seguir são apresentadas algumas reflexões sobre estes aspectos no processo civil brasileiro, importantes para as premissas do ponto central deste estudo, que será discutida no próximo capítulo. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, buscaremos mostrar como estes princípios se harmonizam ou conflitam com os poderes instrutórios do juiz, estabelecendo premissas que serão importantes para a análise crítica da distribuição dinâmica do ônus da prova.

---

[172] A título exemplificativo, v. REsp 345.436; REsp 171.429; REsp 256.446; REsp 243.311; REsp 471.854/ES

6.4.1. A QUESTÃO SOBRE A IGUALDADE ENTRE AS PARTES

O conceito de igualdade entre as partes nada mais é do que uma das diversas faces de um princípio mais amplo e profundamente arraigado na cultura ocidental: a igualdade entre os homens[173]. Por isso, para que se possa compreender o que significa a igualdade entre as partes, é preciso antes retroceder ao conceito maior de igualdade *lato sensu*.

No âmbito das ciências naturais, o conceito de igualdade é tão simples que leva à conclusão de que não existem no mundo duas coisas iguais. Exceto na linguagem – especialmente a matemática – qualquer elemento tem características próprias que, ainda que mínimas e até imperceptíveis, o faz diferente de um outro elemento. Um número 2 é igual a outro número 2, mas um átomo é apenas semelhante – mesmo que em grau inimaginável – a outro átomo.

Já nas ciências humanas, as coisas não são assim. Uma vez que jamais existiram dois homens iguais – mesmo gêmeos idênticos, criados juntos, sob os mesmos carinho, afeto e oportunidades, apresentam diferenças entre si – o conceito de igualdade não pode ser o mesmo das ciências naturais. Necessariamente, toda igualdade entre homens será uma igualdade parcial, que atinge apenas alguns aspectos da pessoa.

Mas se a igualdade se refere apenas a alguns aspectos, é preciso definir quais são eles. À pergunta sobre haver igualdade entre homens, muitas vezes se responde com uma outra pergunta: "Igualdade em que?". Não existe apenas uma resposta, nem tampouco uma que seja a mais correta. Diversos pensamentos filosóficos, políticos e ideológicos levaram à escolha de aspectos humanos completamente diferentes para que se observasse a ocorrência ou não de igualdade.

[173] Salvo quando expressamente indicado, a palavra "homem" será utilizada como sinônima da expressão "espécie humana", sem qualquer distinção de gênero.

Neste estudo, as respostas são agrupadas em três grandes "conceitos" de igualdade que, de certo modo, representam as ideias mais comuns sobre o tema: (a) a igualdade perante a lei; (b) a igualdade material ou de resultados; e (c) a igualdade de oportunidades. Cada qual merece uma breve explanação, para que se possa prosseguir na análise.

A) IGUALDADE PERANTE A LEI

Ainda que a igualdade entre os homens seja um tema discutido há milhares de anos, a ideia de que todos fossem iguais em direitos e deveres é relativamente nova. O primeiro texto que fez menção – ainda que indireta – a essa ideia foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776. Segundo declaravam os virginenses, todos os homens seriam igualmente independentes e titulares de certos direitos inerentes à sua condição humana: vida e liberdade, com meios para que pudessem adquirir e possuir patrimônio e buscar a felicidade e a segurança.[174]

Poucos dias depois, no mesmo mês, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, inspirada na mesma fórmula, afirmaria ser auto-evidente que todos os homens eram criados iguais e titulares de certos direitos inalienáveis concedidos por seu Criador, dentre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.[175]

Ambos os textos afirmam que os homens seriam iguais em *certos* direitos, o que sem dúvida deixou margem para que se entendesse fazer algumas diferenciações em direitos que não fossem considerados fundamentais ou inerentes aos homens. E deixou-se propositalmente de fora a questão escravagista.[176] É certo, no entanto, que a semente da

---

[174] "Seção 1. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em uma sociedade, não podem por qualquer acordo ser privados nem despojados; ou seja, o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança ". (tradução livre)

[175] No original: "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness". (Consideramos estas verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo criador com certos direitos inalienáveis: Vida, Liberdade e a busca da Felicidade - tradução livre).

[176] Sob o argumento de que os negros não eram pessoas, mas objetos, muitos estados americanos sustentaram que a liberdade não era um direito deles, mantendo a escravidão por mais cerca de 90 anos, até a época da Guerra Civil. Não admira que a linguagem do texto não seja mais explícita para tratar da questão da escravatura; Thomas Jefferson e outros membros do Congresso tinham escravos.

ideia estava plantada e não tardaria a atingir seu estado da arte. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Francesa em 1789, já se afirmava que todos os homens eram "iguais em direitos" e que a lei deveria ser igualmente aplicada a todos, fosse para proteger, fosse para punir.[177]

Com a Declaração de 1789, chegou-se ao ápice do conceito político de igualdade como vedação de diferenciação legal em favor ou contra quaisquer pessoas. A lei deveria ser *cega*, não diferenciando origem social, condições econômicas, etnia, credo ou fazendo outras discriminações de qualquer natureza, positivas ou negativas. A igualdade entre os homens foi conceituada como a igualdade perante a lei.

A primeira reação contrária veio dos conservadores, que sustentavam como natural e necessária uma sociedade estratificada em monarca, nobres e comuns. Para Edmund Burke (1999), este era o maior argumento contra a concessão de direitos e deveres iguais para todos. A consequência, temia ele, é de que pessoas incapazes – por serem "comuns" – tivessem direito de participar e influir no meio político, nos negócios de estado[178-179].

A segunda reação veio não de quem achasse a ideia revolucionária, mas insuficiente, porque a igualdade perante a lei ainda permitiria grandes desigualdades em outros aspectos humanos, especialmente quanto ao bem-estar material. Nesse sentido, imortalizou-se a frase de Anatole France, em *Le lys rouge* (1906, p. 118): "A lei, em uma grande

---

[177] "Art. 1º - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas sobre o bem comum" (no original: "Art. 1er. – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune"). "Art. 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os Cidadãos têm o direito de participar pessoalmente, ou por seus representantes, de sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja a quem protege, seja a quem pune. Todos os Cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com a capacidade e sem outra distinção que não a de seus talentos" (no original: "Art. 6. – La Loi est l'expression de la volonté générale. Touts les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents").

[178] É digno de nota que, dentre esses inferiores, BURKE destacasse aqueles que, mesmo sem linhagem, tinham grandes riquezas: a burguesia. Essas pessoas seriam boas para tratar dos negócios do cotidiano, da mercancia, da contabilidade e até mesmo de litígios, mas não seriam suficientemente boas para cuidar de negócios do estado.

[179] Especialmente interessante é sua indignação ao descobrir que a maioria dos membros da Assembleia Nacional eram advogados comuns, atuantes no foro. Para Burke, isso equivalia a deixar as questões mais importantes da nação nas mãos de simples "chicaneiros" (1999, p. 131).

preocupação com a igualdade, proíbe tanto os ricos quanto os pobres de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar o pão".

A ideia de que a igualdade entre os homens é a *igualdade perante a lei* é fruto direito do pensamento liberal que levou às revoluções americana e francesa. Para o liberalismo, a igualdade perante a lei é a única possível, pois igualar os homens em outros aspectos – como em suas riquezas – seria não apenas impossível na prática, como demandaria necessariamente violar a liberdade do ser humano.

B) IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

Um segundo conceito de igualdade foi criado sobre um raciocínio bastante lógico. Ainda que se igualassem os direitos e deveres, as pessoas continuariam em condições econômicas muito diferentes, mas igualar as condições econômicas em si atentaria contra a consequência natural de que, tendo as pessoas aptidões, talentos, preferências, vícios e problemas diferentes entre si, cada qual se desenvolveria economicamente em direções diversas. Manter um padrão constante de igualdade de riquezas demandaria contínua correção por meio de força – violência – estatal, o que não seria desejável.

No entanto, mesmo admitidas tais premissas, ainda existia um fator de desigualdade que independia das capacidades e escolhas de cada um. Alguns nasciam em famílias de boas condições financeiras, de modo que tinham oportunidades muito melhores de obter conhecimento e desenvolver suas próprias características, tendo por consequência o bem-estar econômico. Outros, por mais esforçados, capacitados e inteligentes que fossem, nasciam em famílias de poucas condições financeiras, de modo que a possibilidade de estudar, de desenvolver suas aptidões e obter sucesso era notoriamente muito menor.

Assim surgiu o conceito de igualdade como *igualdade de oportunidades*. A ideia seria igualar as oportunidades dadas a cada ser humano de crescer física e mentalmente em um ambiente seguro, bem como de adquirir conhecimento e estabelecer uma atividade econômica. O destino e as características pessoais fariam os homens inevitavelmente diferentes a partir de então, mas todos teriam sido beneficiados pelo mesmo ponto de partida.

Uma das primeiras menções notáveis a essa ideia encontra-se no discurso do Marechal Henry Philippe Pétain, na "Mensagem ao Povo Francês", de 1940: "O novo regime será uma hierarquia social. Não se repousará mais sobre a falsa ideia de igualdade natural dos homens, mas sobre a ideias necessária de igualdade de oportunidades, dadas a todos os franceses, de provar sua aptidão para servir". A ironia histórica é que Pétain foi, já em idade avançada, o líder da França de Vichy - que substituiu o Estado francês entre 1940 e 1944 e foi estado-fantoche do regime nazista -, tendo morrido na prisão por sua conduta na II Guerra Mundial.

A crítica conservadora à igualdade de oportunidade é a de que as pessoas seriam competitivas por si próprias, de modo que mesmo que estabelecido um igual ponto de partida, haveria intensa competição no momento imediatamente seguinte "à largada". A igualdade de oportunidades seria, assim, um ideal que jamais seria atingido, por ser alvo de boicote constante do próprio ser humano. Forçá-lo exigiria grandes sacrifícios de liberdade[180].

Do ponto de vista do liberalismo, a igualdade de oportunidades não seria impossível apenas em razão do próprio ser humano, mas em também pelo grande componente de aleatoriedade nas relações econômicas. Se diversos fatores desconhecidos – ou imprevisíveis – estariam a todo tempo mudando os resultados do jogo, a verdadeira igualdade de oportunidades não poderia ser atingida. Sustentando este argumento, Friedrich Hayek (1976) afirma que não apenas a igualdade de oportunidades, mas o próprio conceito de justiça social seriam "miragens". Já para o pensamento social, a igualdade de oportunidades seria o ponto de partida mínimo – dependendo do grau de socialismo que se adote – em direção a um tratamento mais justo entre as pessoas.

---

[180] Dinesh D'Souza (2000), sustentando essa posição, afirma: "Igualdade de oportunidade parece como o preenchimento lógico do princípio da igualdade na Declaração da Independência, mas ainda assim é uma ideia que não poderia e não deveria ser realizada por meio de ações do governo. A sua implementação pelo Estado seria contrária ao verdadeiro significado da Declaração e subverteria o princípio de uma sociedade livre. Um exemplo para melhor ilustrar este raciocínio. Tenho uma filha de 5 anos de idade e que atualmente está tendo aulas de balé e de natação. Minha esposa toma a lição de casa dela e eu a ensino xadrez. Por que fazemos estas coisas? Estamos tentando desenvolver habilidades para que ela tenha sucesso na vida. Na verdade, estamos trabalhando para dar à nossa filha a melhor chance para que seja melhor do que todas as demais crianças. Mesmo que nos cause embaraço pensar desta forma, estamos fazendo de tudo para burlar a igualdade de oportunidades, do mesmo modo que os pais das outras crianças, que tentam dar a seus filhos a melhor criação e educação, e matriculá-los nas melhores escolas. Nenhum deles acredita em igualdade de oportunidade também."

C. IGUALDADE DE RESULTADOS

De todos os conceitos de igualdade, o mais ambicioso é o da igualdade de resultados, que almeja as mesmas condições sócio-econômicas a todos os homens, independentemente de quaisquer diferenças individuais, de nascimento, oportunidades ou mesmo sorte. Por consequência, a intervenção do estado sobre a liberdade e o patrimônio – se houver propriedade privada – deveria ser firme e constante, a fim de evitar injustiças e impedir desigualdades.

Praticamente todos os demais pensamentos político-econômicos tecem sérias críticas ao ideal da igualdade de resultados, como sendo extremamente utópico e impossível de ser verificar na prática. Se todos recebessem exatamente os mesmos proveitos do trabalho, naturalmente as pessoas procurariam as ocupações mais simples e menos extenuantes. Dentro de um mesmo tipo de serviço, não haveria motivo pelo qual trabalhar mais, sendo que os resultados seriam idênticos para todos os envolvidos.

A única forma de preencher os postos de trabalho menos desejados, ou de se obter a quota mínima para o bem-estar social, salvo por uma utópica conscientização coletiva, seria por meio de coerção estatal, com imenso sacrifício de qualquer resquício de liberdade individual. Imaginar que as pessoas trabalhassem em postos indesejados ou em maiores quantidades pelo bem comum presumiria que o ser humano tivesse qualidades de altruísmo acima do que ele realmente possuiria, como praticamente todas as tentativas práticas de comunismo – em seus diversos matizes – acabaram por demonstrar.

Há argumentos a favor e contra cada um dos conceitos de igualdade acima resumidos, e todos eles são defendidos até a atualidade. Imagina-se, de algum modo, que a igualdade - independentemente do conceito que se defenda - seja o melhor meio de se fazer o bem ao maior número de pessoas.

Para os conservadores, a melhor combinação de valores para o bem da sociedade tem a seguinte ordem de prioridades: ordem, liberdade e igualdade. Para os socialistas ou social-democratas: igualdade, liberdade e, por último, ordem. Para os liberais e libertários, a liberdade vem em primeiro lugar, seguida pela igualdade e só então pela ordem. Inúmeros

pensamentos políticos desenvolvem-se – com boas intenções – por meio das diversas combinações não apenas de posição e "quantidades" de cada um desses elementos.

Por consequência, em uma sociedade pluralista e democrática, todos esses conceitos de igualdade precisam ser considerados como válidos e defensáveis. Quem pauta sua vida e suas opções políticas pelos valores de uma corrente contrária decerto pode se opor a um ou outro conceito, mas esse embate de ideias, essa diversidade ideológica, é muito própria da democracia (RUSHEFSKY, 2008, p. 36). A evolução do pensamento humano e o equilíbrio das sociedades democráticas dependem fundamentalmente dessa tensão entre modos diferentes de pensar.

No entanto, e este é um ponto relevante para esta análise, nenhum desses conceitos de igualdade depende de conhecimentos próprios da ciência do direito[181]. Eles podem ser completamente discutidos, em seus mais profundos detalhes, sem que um único problema efetivamente jurídico tenha de ser resolvido[182]. Isso porque a igualdade não é um conceito jurídico, mas um conceito eminentemente político, filosófico e ideológico, que *informa* o direito.

Pode-se dizer, então, que a igualdade é um conceito que chega de fora para dentro do direito, não havendo um *conceito jurídico* de igualdade, mais apropriado para a análise de seus reflexos na conduta do juiz cível em um processo. Na verdade, a própria Constituição da República não estipula que tipo de igualdade é conferida aos cidadãos; o significado desta garantia constitucional é preenchido conforme considerações de ordem puramente política e cuja interpretação pode variar de acordo com o local e o período em que é aplicada.

---

[181] Diversos são os doutrinadores e filósofos que reconhecem o Direito como ciência jurídica. A esse respeito, v. por exemplo KELSEN (1999, p. 50 e ss.) e AGUILLAR (1999, p. 118 e ss.). É desnecessário, para os fins desta dissertação, debater o acerto ou não dessa afirmação.

[182] Isso não significa, de forma alguma, que o jurista não tenha condições nem possa participar do debate sobre a igualdade. Como cientista social, o jurista normalmente tem as ferramentas necessárias para tratar dos problemas filosóficos, políticos e ideológicos com propriedade. Saber discutir a questão não significa, entretanto, que ela deixe de ser um problema político e passe a ser um problema político. Diversos outros cientistas sociais, em especial cientistas políticos e filósofos poderiam debater a questão com um jurista, sem qualquer prejuízo pela falta de conhecimentos em direito.

Nesse sentido, alguém com tendências liberais poderia interpretar o *caput* do artigo 5º da Constituição como representativo de um regime de total igualdade perante a lei. Segundo uma interpretação literal do texto é proibida a distinção de qualquer natureza entre os cidadãos, inclusive para discriminações positivas ou correção de desigualdades. Decerto a própria Constituição faz discriminações em seu texto que juridicamente haveriam de ser observadas, mas o legislador infraconstitucional estaria proibido de fazê-las, sob pena de violação da norma do art. 5º e, portanto, de inconstitucionalidade.

Um jurista de orientação social, por outro lado, argumentaria com segurança que o preâmbulo da Constituição afirma expressamente que aquele documento funda um Estado destinado a assegurar *direitos sociais*, em uma sociedade que reconhece ser *fraterna*. A proibição de diferenciações positivas pela lei frustraria tanto tais direitos, como tal aspiração. Logo, não obstante a letra do art. 5º, *caput*, sua correta interpretação seria aquela derivada da máxima de Aristóteles: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Entre estas duas interpretações, diversas outras poderiam se multiplicar facilmente, na medida em que se determine qual o grau em que discriminações seriam permitidas para atingir os direitos social previstos, antes que se chegasse na violação do comando do art. 5º, *caput*. A resposta ora predominante no pensamento jurídico tem um ótimo exemplo na lição de Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 11):

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Não se pode deixar de notar, ao final de sua explicação, a presença de um elemento subjetivo de forte natureza política, como a lembrar que a igualdade é algo importado de outros ramos do conhecimento, que é utilizado no direito por empréstimo, mas sem jamais alcançar independência dentro desta ciência social: “desde que tal correlação não seja incompatível com interesses protegidos pela constituição”.

Fica claro que o conceito de igualdade entre as partes depende direta e inescapavelmente de uma opção política e ideológica feita pelo intérprete, muito antes de se chegar propriamente ao processo civil. Apenas depois de preenchido o conceito de igualdade e, por consequência, o de igualdade entre as partes, é que se pode analisar de que forma construir e interpretar o processo civil, de modo que aquele valor seja atendido.

Nesse contexto, percebe-se que grande parte dos argumentos em defesa – ou contra – a iniciativa probatória do juiz não são de caráter processual. Não pertencem, em verdade, sequer à ciência do direito. Quando se discute qual o papel do estado, quais são seus interesses e qual critério de igualdade deve ser aplicado, está-se, na verdade, discutindo uma questão política, filosófica e ideológica.

Não que essa discussão não possa ser feita – ela pode – mas com a devida ressalva de que não se trata de técnica jurídica, trata-se de questão política – no bom sentido da palavra. E quando se discute opção política, em uma sociedade pluralista, nenhuma posição ou resposta é mais acertada do que a outra, nem tampouco a mais adequada ao processo civil moderno. Ela pode ser mais adequada apenas conforme o ponto de vista ideológico que se tenha adotado quando da definição da premissa política principal: "O que é igualdade?".

Essa percepção não escapou a muitos dos processualistas brasileiros que se debruçaram seriamente sobre o tema. Barbosa Moreira (2007, p. 65), por exemplo, observou que "o que tange à repartição de atribuições entre o órgão judicial e os litigantes na atividade de instrução, nem ao mais superficial observador escapará a dimensão política – ou se preferir, ideológica – da problemática". Isso não o impediu, obviamente, de fazer sua própria interpretação conforme a ideologia social que usou para preencher o conceito de igualdade – aparentemente, tratando-a por igualdade de oportunidades no processo[183].

Para José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 98), a igualdade meramente formal entre as partes não satisfaz o jurista preocupado com os fins sociais da lei, nem seria compatível com o "estado *social* de direito", pois muitas vezes a inércia dos sujeitos no processo não é

[183] E, nesse sentido, defendeu que a iniciativa probatória do juiz pode ser um meio de suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter patrocínio de advogados mais capazes e mais experientes.

fruto de uma opção em dispor de seu direito, mas decorre de fatores econômicos ou culturais. “Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual” (2009, p. 100). O conteúdo político – ainda no melhor sentido da palavra – da resposta não poderia ser mais claro e sincero – como são em geral todas as posições do autor.

Na mesma linha da *igualdade de oportunidades* segue Teresa Wambier (1994, p. 142), ao sustentar que parcial seria o juiz que assistisse ao massacre processual de uma parte pela outra, não porque tivesse razão, mas porque fosse economicamente mais forte, de modo que a parte mais fraca não conseguisse provar o direito que tem. E também Afrânio Jardim (1982, p. 107-108), ao afirmar que, muitas vezes, a parte deixa de requerer a produção da prova por debilidade econômica ou cultural, não por descaso ou opção.

Note-se que esses argumentos não estão fundados em qualquer conhecimento que seja privativo do direito ou, menos ainda, do processo civil. São argumentos bastante válidos, mas de natureza política e filosófica – ramos do conhecimento que obviamente não são estranhos ao jurista. Assim, tais argumentos poderiam ser discutidos com propriedade por outros cientistas sociais, como filósofos, sociólogos e cientistas políticos, com igual propriedade e autoridade.

A correição ou não dos argumentos acima apontados depende inteiramente da linha ideológica adotada pelo intérprete; eles não tratam propriamente de uma questão de direito processual, e por isso não podem ser discutidos realmente como uma questão de processo civil.

Feita essa observação, nota-se que, se adotada a premissa política de que a igualdade buscada é a *igualdade de oportunidades*, o argumento social de Bedaque, Barbosa Moreira, Jardim e Wambier não possui quaisquer falhas. Ao verificar que uma prova necessária não foi produzida pela parte por razões de desequilibro técnico, social ou econômico, o juiz não estaria violando em nada o princípio da igualdade determinando de ofício a produção de tal prova. Pelo contrário, estaria aplicando adequadamente o princípio, para que ambas as partes tivessem a *mesma oportunidade de fazer valer suas razões em juízo*. Partindo-se desta premissa, a verdadeira igualdade das partes só seria

obtida se a sentença não resultar de astúcia ou da superioridade de uma das partes em relação à outra (BEDAQUE, 2009, p. 101)

A grande fraqueza que se poderia apontar nesses argumentos é que eles dependem inteiramente de opções políticas que, como é próprio de uma sociedade pluralista, não são absolutas. A crítica, nesse sentido, é que se está discutindo uma questão política e não processual civil. Basta alterar a ideologia do intérprete para que eles percam seu fundamento.

6.4.2. A QUESTÃO SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A ideia de que o juiz deva ser imparcial está bastante arraigada na cultura ocidental como um direito fundamental do cidadão. Pode ser encontrada como garantia, por exemplo, no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[184], proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, no art. 6º da Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais[185] de 1950 e no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos[186] de 1969.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não foi criada em forma de tratado de modo que, em interpretação exageradamente rígida do art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição da República, poder-se-ia alegar que suas normas não são formalmente

[184] "Artigo 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

[185] "Artigo 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...) "

[186] "Art. 8º. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza".

cogentes no direito brasileiro, nem sequer com força de lei federal. O mesmo não se dá, entretanto, com a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), pois o Decreto Presidencial nº 678/92 lhe confere o *status* de lei federal. Existe, portanto, não apenas um princípio norteador, mas uma verdadeira norma cogente que impõe ao juiz brasileiro ser imparcial.

O conceito de imparcialidade, portanto, vem de documentos de direito internacional, sob o pressuposto de que sua interpretação seja igual para todas as partes signatárias – ou não faria qualquer sentido estabelecer acordos e tratados internacional. Trata-se de um conceito muito mais objetivo e menos dependente de concepções políticas que o conceito de igualdade.

Segundo a Organização das Nações Unidas, em livro dedicado à interpretação dos direitos humanos para juízes, promotores e advogados, o conceito de imparcialidade impõe que sejam desconsideradas questões *subjetivas* – ou seja, relativas aos *sujeitos*, às partes – devendo o juiz analisar o processo apenas de forma objetiva[187].

Nenhuma das constituições federais brasileiras mencionou expressamente a necessidade de imparcialidade do juiz, embora ela pudesse ser facilmente deduzida do encontro das disposições sobre a igualdade (art. 5º, *caput*), o devido processo legal (art. 5º, LIV), as garantias da magistratura (art. 95) e a proibição dos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). A mesma omissão é verificada no Código de Processo Civil e na Lei Orgânica da Magistratura. A menção expressa à imparcialidade só surgiu no ordenamento em 2008, no art. 1º e no capítulo III do Código de Ética da Magistratura Nacional[188-189], editado pelo Conselho Nacional de Justiça.

---

[187] Nesse sentido: "A noção de imparcialidade do judiciário é um aspecto essencial do direito a um julgamento justo. Isso significa que todos os juízes envolvidos devem agir objetivamente e fundamentar suas decisões nos fatos relevantes e na lei aplicável, sem um viés pessoal ou ideias preconcebidas sobre as questões e pessoas envolvidas, e sem promover o interesse de uma das partes". (OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR THE HUMAN RIGHTS, 2003, p. 139)

[188] "Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro".

A peculiaridade do Código de Ética da Magistratura Nacional não termina por aí, pois além de impor expressamente a observância do princípio da imparcialidade, ele também desceu à minúcia de esclarecer o que é ser imparcial e o que não é. Segundo seu art. 8º, a imparcialidade implica na busca pela verdade de forma objetiva e fundamentada, devendo o juiz manter *uma distância equivalente das partes* e evitando comportamentos que possam refletir *favoritismo, predisposição ou preconceito*.

A imparcialidade do juiz é condição para o exercício da jurisdição e pressuposto de validade da relação processual (CINTRA, 2010, p. 58). Assim, apenas um juiz imparcial e equidistante das partes poderia assegurar a correta prestação jurisdicional e proferir uma sentença justa[190].

O tratamento diferenciado entre as partes, quando resultante da lei, não consiste em violação do dever de imparcialidade pelo juiz. Há determinações que só fazem sentido a uma ou outra das partes, como a de providenciar a citação, ou o recolhimento de determinadas custas, para ficar em exemplos básicos. A lei divide os direitos, obrigações e ônus entre autor e réu de forma isenta, sem considerar quem são as pessoas que ocupam cada pólo da ação. Dar cumprimento a tais determinações obviamente não importa em parcialidade do juiz.

Adotado tal entendimento, a conclusão seria de que a iniciativa instrutória do juiz não ofende seu dever de imparcialidade, desde que não sejam levadas em consideração condições próprias das partes – e portanto, subjetivas – como diferenças intelectuais,

---

[189] "Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

I – a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado;

II – o tratamento diferenciado resultante de lei".

[190] Ao tratar da imparcialidade do juiz, José Carlos Baptista Puoli (2002, pp. 43-44) ressalta que o juiz deve ser imparcial, mas não neutro. Com esta afirmação, quer dizer que o juiz não poderia julgar causas de seu próprio interesse, nem permitir favorecimentos ou a prática de atos que violem os princípios do contraditório e da igualdade entre as partes. Isso não significa, contudo, que o juiz deva se isolar da realidade e dos acontecimentos sociais e políticos. No mesmo sentido, Sidnei Amendoeira Junior (2006, p. 111).

sociais e econômicas que, ademais, sequer teriam implicações processuais se não se sustentar que se tenham refletido nas pessoas de seus advogados. Apenas critérios objetivos – e que portanto ignorassem diferenças próprias das partes – autorizariam iniciativas instrutórias imparciais pelo juiz.

A resposta, no entanto, não é tão simples para a doutrina, como se verá a seguir.

6.4.3. O IMPACTO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Feitas estas considerações sobre a igualdade das partes e a imparcialidade do juiz, resta tentar analisar se, na busca pela verdade, ao determinar a produção de uma prova de ofício, não estaria o juiz beneficiando uma das partes, ainda que indiretamente. O exercício de poderes instrutórios pelo juiz rompe com sua imparcialidade e interfere na igualdade das partes no processo? Se sim, deve haver limites a este poder instrutório? A resposta a estas perguntas não é simples, e certamente não envolve apenas questões processuais, mas também aspectos que remontam ao papel que deve ser desempenhado pelo juiz na lide.

Como visto anteriormente, houve ao longo dos anos uma significativa mudança no papel do juiz em relação à condução do processo, passando de mero expectador, que apenas decidia ao final, a um interlocutor que participa ativamente da instrução processual, determinando diligências, decidindo questões incidentais e orientado o curso do processo para uma melhor prestação jurisdicional.

Esta mudança acompanhou a própria evolução da sociedade brasileira, resultado de uma maior complexidade das relações pessoais e, consequentemente, das relações e conflitos jurídicos, que demandam uma presença mais ativa e participativa do juiz, nas mais diversas

áreas, tanto em relação a questões de natureza pública quanto privada, envolvendo direitos disponíveis ou indisponíveis.

A grande dúvida quanto aos limites da atuação do juiz diz respeito primordialmente às questões de direito disponível que, por serem de interesse eminentemente das partes, deveriam ter um pequeno – ou nenhum – grau de intromissão do juiz para a elucidação dos fatos a ele pertinentes.

Para Barbosa Moreira (2007, pp. 98-99), não haveria que se falar nos dias atuais em ações que versem sobre temas de interesse exclusivamente privado, pois mesmo as matérias relativas a direitos disponíveis e, em princípio, de interesse apenas das partes envolvidas, podem acabar influenciando a coletividade, na medida em que a) nas ações civis públicas pessoas estranhas ao feito se sujeitam à autoridade da coisa julgada e aos efeitos do julgamento; b) nos casos de ações diretas de (in)constitucionalidade isso ocorre com todos os jurisdicionados[191]; c) terceiros titulares de relações conexas às daquela objeto da lide podem ser atingidos reflexamente pelos efeitos da sentença[192]; d) várias decisões no mesmo sentido formam jurisprudência capaz de influenciar o resultado de futuras decisões no mesmo sentido; e) a decisão pode dar margem a recursos para se discutir apenas questões de direito, e a incidentes, como uniformização da jurisprudência[193]. Diante deste quadro, os poderes instrutórios passariam a ser de fundamental importância.

Parte relevante da doutrina entende importante que o juiz assuma uma postura mais ativa e participativa no processo, inclusive para as ações que envolvem direitos disponíveis. José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 100), por exemplo, ressalta que o processo não pode ser pautado por princípios individualistas, e enquanto o processo estiver nas mãos do Estado, este deve ter uma posição mais ativa, inclusive na investigação dos fatos e

---

[191] Poder-se-ia argumentar que não se haveria de falar estritamente em disponibilidade, quando a ação houvesse de afetar diretamente o direito de pessoas que não participaram dela. A ação civil pública e as ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não seriam, portanto, hipóteses em que se tratasse de direito realmente disponível.

[192] Como seriam, também, afetadas indiretamente por uma composição entre as partes ou outro negócio que independesse da decisão considerada correta pelo juiz. Nem por isso o Estado pode – segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias – decidir o mérito do acordo que as partes entenderem melhor para elas.

[193] Devendo-se observar, no entanto, que as questões apenas de direito – exceto quando se trata de demonstração de direito municipal ou estrangeiro – não tenham relação com a atividade instrutória, que visa definir apenas os fatos, naturalmente variáveis de caso a caso.

produção de provas, sobrepondo o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual.

Em igual sentido, para Cândido Dinamarco o juiz não poderia se conformar com as deficiências instrutórias das partes no processo, sendo necessário abandonar o comportamento desinteressado e assumir uma postura mais participativa (2013, p. 62). Este autor (2000, p. 134) também repudia a ideia do "juiz Pilatos[194]", que em face de uma instrução mal feita resigna-se com a injustiça, atribuindo a falha aos litigantes, e ao tratar da imparcialidade do juiz (2010, p. 196) ressalta a importância do ônus processuais nas ações de direitos e interesses disponíveis como um ponto de equilíbrio entre os deveres do juiz intervencionista e os poderes, faculdades e ônus das partes no processo.

Existem ao menos dois argumentos envolvendo os poderes instrutórios do juiz e o princípio da imparcialidade nos quais é preciso conhecimento de direito processual para poder analisá-los e respondê-los corretamente. Por isso, são inegavelmente de caráter jurídico e processual, próprios de discussão acadêmica restrita a essa área do conhecimento.

O primeiro argumento é o de que o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz o faria sair de sua posição imparcial, na medida em que a prova produzida de ofício beneficiaria uma das partes, em prejuízo à parte contrária.

Barbosa Moreira (2007, pp. 96-97) rebateu este argumento ponderando que, se ao tomar a iniciativa de produzir uma prova, o juiz estivesse beneficiando a parte A, ao deixar de produzir a prova estaria necessariamente beneficiando a parte B, que levaria vantagem pelo fato da prova não ter sido trazida aos autos. Este argumento é tentador, mas pressupõe que a omissão do juiz tenha o mesmo valor de uma ação tomada por ele: ou ambas valem contra o princípio da igualdade, ou valem a favor. Mas a ação e a omissão não têm o mesmo valor. Ao se omitir, o juiz está mantendo as duas partes em *igualdade perante a lei*, ambas correndo iguais riscos de sofrer as consequências do ônus da prova, seja por uma

[194] Uma referência ao procurador romano na Judeia que se conformara em decidir de forma injusta a respeito da condenação de Cristo, atribuindo a falha à população que requeria sua crucificação.

norma específica para aquele caso – presunção relativa – seja segundo a regra subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Pode-se discutir se essa iniciativa seria justa ou não, mas não se pode negar que ela beneficia sim uma parte pré-determinada. Se o modelo político de igualdade adotado for o de *igualdade perante a lei*, o princípio terá sido claramente violado. Se o modelo adotado for de *igualdade de oportunidades*, não se pode dizer. Outros elementos, como a qualidade dos advogados e a situação econômica das partes, se houver disparidade, podem sim, sob este último modelo, justificar a atuação do juiz.

Ainda melhor – e razoavelmente ligado ao primeiro – é um segundo argumento: ao determinar a realização da prova, o juiz não saberia de antemão que parte seria beneficiada por seu resultado. A oitiva de uma testemunha, um laudo pericial, etc., poderiam ser favoráveis tanto ao autor como ao réu. Enxergar uma quebra do princípio da igualdade entre as partes, nesse caso, exigiria pressupor que o juiz soubesse que resultado a prova traria e, só por isso, requerê-la. Neste sentido, argumentam José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 100), Barbosa Moreira[195] (2007, p. 96) e Humberto Theodoro Jr. (1999, p. 11), por exemplo.

A crítica a tal argumento é que ele ignora quais seriam os rumos do processo caso *não* houvesse a intervenção instrutória do juiz. Ao agir, o juiz *cria* para a parte a quem incumbia o ônus legal uma *possibilidade* de vitória que antes não existia, em detrimento do resultado que naturalmente poderia ser esperado pela parte contrária. Trata-se de uma questão de intervenção direta nas probabilidades de resultado do processo, em favor de uma parte pré-determinada, ainda que não se conheça o resultado da prova.

Outro argumento comumente utilizado na defesa dos poderes instrutórios é a necessidade de se promover a igualdade das partes (DINAMARCO, 2010, p. 36), de modo a evitar que o resultado do processo seja influenciado por eventuais desigualdades econômicas entre

[195] A esse respeito: "Dir-se-á que os litigantes hão de conservar o poder de dispor de seus direitos. Ora, ninguém é forçado a invocar um direito em juízo, nem por conseguinte, a alegar o fato de que ele se originaria. Mas aí cessa o poder de disposição. Se a parte alega o fato, é porque quer que dele se extraia esta ou aquela consequência jurídica. Impedir o juiz de fazer o possível – observados sempre os limites do pedido e da causa de pedir – para certificar-se de que o fato alegado realmente ocorreu (ou não ocorreu) será atitude manifestamente contraditória.

elas (BEDAQUE, 2007, p. 100). Com o devido respeito a este posicionamento – e ressalvada a questão sobre os diversos conceitos de igualdade que devem ser possíveis em uma sociedade pluralista – não nos parece que o juiz seja a melhor figura para se preocupar em suprir eventuais disparidades entre as partes no processo.

Por melhores que sejam as suas intenções para com a investigação dos fatos, ao tentar suprir a deficiência de uma das partes, o juiz acaba se deslocando de sua posição imparcial para tentar compensar esta possível desvantagem entre os litigantes, e ao formar seu convencimento, acabaria, no seu íntimo, influenciado por esta situação.

Evidentemente que a igualdade das partes é um fator importante e deve ser almejado. Contudo, o ordenamento não estipula a obrigação de o juiz igualar as partes, mas de se manter *equidistante* em relação a ambas, quaisquer que sejam suas diferenças particulares.

A legislação já prevê diversos mecanismos (facilitação da defesa do consumidor nos casos envolvendo relação de consumo ou a ela equiparadas, assistência judiciária gratuita, defensoria pública) para lidar com os problemas decorrentes da desigualdade – inclusive técnica – entre as partes. Se por motivos diversos estes mecanismos não promovem a igualdade buscada, necessário seria discutir, no plano legislativo, outras soluções que assegurassem aos litigantes chegar ao processo em igualdade de condições.

Mesmo porque, o grau de interferência do juiz no processo pode variar de acordo com diversos fatores. A uniformidade no modo de conduzir a instrução também é importante para assegurar a igualdade das partes e evitar que se tenha "um peso e duas medidas": ou todos os juízes avaliam a necessidade de produzir provas complementares, ou se deixa a iniciativa probatória exclusivamente a critério das partes.

A análise dos poderes instrutórios deve ser feita a partir de premissas que se apliquem a todos os casos. A diferença econômica das partes não parece o melhor argumento, pois se assim o fosse, o juiz não poderia ter postura mais ativa nos casos em que a situação sócio-econômica das partes fosse paritária. Por mais que se defenda a necessidade de uma maior

atividade do juiz para que se atinja os escopos da jurisdição[196], é necessário cautela para que este não acabe substituindo a vontade da parte na produção da prova. Pode acontecer de existir alguma prova que ambas as partes, por qualquer motivo razoável, não desejem que seja produzida, como a oitiva do testemunho da mãe em uma disputa comercial entre dois irmãos. Igualmente, é possível que uma das partes simplesmente não queira produzir uma determinada prova no processo e opte deliberadamente por correr o risco do julgamento conforme a distribuição do ônus da prova.

Pode-se discutir legitimamente se a parcialidade não seria justa ou necessária em algumas hipóteses. Pode-se alegar que o Estado não pode ser imparcial diante de seus próprios interesses de justiça e busca pela verdade real. Mas não se pode afirmar que a iniciativa instrutória do juiz não afete, de alguma forma, o princípio da imparcialidade. Talvez a discussão correta seria sobre a necessidade ou não de manutenção da imparcialidade em casos de discrepância significativa entre as partes.

Não é possível afirmar categoricamente se há ou não uma possível violação ao princípio da *igualdade* decorrente do exercício dos poderes instrutórios do juiz. A resposta depende diretamente de critérios subjetivos externos ao direito, como qual o conceito de igualdade que se está levando em consideração e qual o papel que se espera do juiz em relação à descoberta da verdade.

Não se está dizendo que fato do juiz poder determinar a produção de provas não requeridas pelas partes interfira sempre e necessariamente no dever de tratar as partes de forma igual no processo, mas que pode haver situações em que isso pode acontecer. Para evitar possíveis abusos ou banalização desta prática, bem como que o juiz seja influenciado por este ativismo, importante que sua atuação seja devidamente fundamentada em elementos do caso concreto, observado o respeito à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e às demais garantias processuais.

Já no que diz respeito à *imparcialidade* do juiz, é importante que o exercício dos poderes instrutórios por este seja feito com cautela, de modo a evitar questionamentos quanto à violação da igualdade entre as partes e de sua parcialidade. Se por um lado a investigação

[196] Dinamarco (2013, p. 177 e ss.) classifica os escopos da jurisdição em: sociais, políticos e jurídicos.

dos fatos é importante para assegurar uma decisão de mérito, com base na verdade – ou o mais próximo dela que se conseguir chegar, por outro não se pode permitir – ao menos no sistema processual atual, que privilegia a iniciativa probatória das próprias partes – que a atividade instrutória do juiz favoreça uma delas, sob o risco de se romper o delicado equilíbrio entre as forças no processo.

Assim, as decisões que determinam a produção de prova não requerida pelas partes devem ser sempre devidamente fundamentadas de modo a evitar questionamentos quanto a subjetivismo ou discricionariedade. Encontrar este equilíbrio é um grande desafio.

7. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como já mencionado anteriormente[197], a distribuição dinâmica é um modelo de atribuição do ônus da prova sem regras prefixadas, por meio do qual o juiz distribui o ônus entre as partes casuisticamente, conforme os valores que se pretende prestigiar em um determinado modelo processual. No Brasil, defende-se sua aplicação nos mesmos moldes em que na Argentina, em função da facilidade na produção da prova.

O sistema processual brasileiro já possui diversas regras para solucionar os casos de dificuldade na produção da prova por uma das partes, sem prejuízo dos mecanismos que permitem à outra parte saber de antemão a possibilidade de passar a ser onerada. Dada a grande atenção que o ônus dinâmico passou a receber nos últimos anos, inclusive com a proposta para incluí-lo no novo Código de Processo Civil, percebe-se que há inquietação e inconformismo com as regras atuais, por entender parte da doutrina e dos juízes que elas seriam insuficientes para resolver todos os problemas decorrentes da distribuição do ônus da prova.

No entanto, será que um modelo utilizado há séculos no processo civil brasileiro, e que é adequado para solucionar grande parte das questões envolvendo a distribuição do ônus da prova, estaria tão obsoleto quanto se pensa? Para responder a esta indagação, e identificar se a alternativa proposta seria eficaz para a resolução destes mesmos problemas no processo civil brasileiro, serão apresentadas algumas reflexões e apontamentos críticos a respeito do ônus dinâmico da prova.

Partindo-se do modo como esta teoria já vem sendo discutida e aplicada ao pelos juízes e da proposta de sua regulamentação pelo projeto do novo Código de Processo Civil, serão apontados seus benefícios, os pontos sensíveis e principalmente o modo como poderia ser

[197] Cf. capítulo 5.3.1.

harmonizado com as demais regras de nosso ordenamento relativas ao ônus da prova, de modo a proporcionar maior segurança jurídica, reduzir as incertezas e acarretar o menor prejuízo possível ao processo e aos jurisdicionados.

7.1. CRÍTICAS AO MODELO DE DISTRIBUIÇÃO PRÉ-FIXADA E A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, os principais benefícios do modelo de distribuição fixa do ônus da prova seriam o privilégio à igualdade de oportunidade das partes, a identificação da probabilidade dos resultados e o incentivo à litigância compromissada, tudo em um contexto de segurança jurídica.

A igualdade das partes, na forma de igualdade de oportunidades é prestigiada porque, independentemente da situação econômica, social ou política, tanto o autor quanto o réu sempre serão responsáveis pela prova dos fatos que lhes beneficiam. Consequentemente, poderão as partes analisar as chances de êxito e sopesar os riscos de uma lide, levando em consideração os fatos, as provas existentes, a parte que tem acesso à prova e a atribuição legal do ônus, o que permite, inclusive, influenciar sua decisão de levar ou não a questão para o Poder Judiciário. Em outras palavras, as partes conhecem a regra do jogo e podem decidir se irão ou não jogar[198].

A análise estratégica para determinar as chances de êxito de uma ação judicial deve necessariamente levar em consideração o material probatório existente e em posse de quem

[198] Muito embora possa parecer, em um primeiro momento, que seria exclusivamente do autor a decisão de instaurar o litígio, pelo exercício do direito de ação, necessário ressaltar que o réu pode se antecipar e evitar o litígio, resolvendo amigavelmente a questão no âmbito extrajudicial, principalmente se perceber que as provas ou o ônus não lhe são favoráveis.

ele se encontra. Embora não seja possível antever o resultado final de um processo, as provas existentes, ou sua ausência, são um dos pontos mais importantes para identificar as possíveis chances de êxito das partes, e fator determinante para a decisão de se levar o caso para o campo litigioso – seja para apreciação do Poder Judiciário, seja para a resolução por meios alternativos de solução de controvérsias.

A previsibilidade é importante para a estabilidade das relações jurídicas e também para as relações econômicas e sociais como um todo. Não apenas os indivíduos podem pautar a sua conduta com base no risco calculado que a relação jurídica oferece, mas os próprios empresários conseguem mensurar os riscos de sua atividade[199], o que influencia a decisão de expansão, desenvolvimento de novas atividades, contratação de mão de obra, dentre outros.

A litigância compromissada é privilegiada pelo modelo fixo de distribuição do ônus da prova, pois terá êxito a parte que efetivamente se esforçar para demonstrar os fatos em que funda o seu direito. A parte que não possui um caso forte, será desestimulado a propor uma ação fraca, diante da menor chance de êxito (previsibilidade) decorrente da ausência de provas. Inibe-se a prática de aventuras jurídicas pelos jurisdicionados.

Ocorre que, por melhores que sejam as intenções em promover a igualdade, nem sempre ocorre o efetivo equilíbrio das partes no processo, podendo haver situação de vulnerabilidade[200] de uma delas em relação à outra parte, situação esta que, se observada no campo probatório, poderia modificar drasticamente o resultado da ação. Barbosa Moreira (2002, p. 181) apontou o desequilíbrio de forças entre as partes como um dos grandes desafios do processo, que poderia comprometer a igualdade de oportunidades.

Deste modo, sob o argumento de preservação da igualdade, a doutrina tem pregado um comportamento mais tolerante por parte dos juízes para que, em circunstâncias especiais, facilite a atuação de determinados litigantes (TARTUCE, 2012, p. 185). Este espírito de

---

[199] Guardar mais ou menos registros de cada negócio – e em que mídia – são questões que influenciam o custo de transação. Se o custo da criação e preservação da prova for muito alto para uma determinada atividade, pode-se optar por não exercê-la, ou por fazer o ajuste de preço necessário.

[200] Fernanda Tartuce (2012, p. 184) define a vulnerabilidade processual como a limitação pessoal involuntária do litigante, de caráter permanente ou provisório, que o impede de praticar atos processuais.

combate à desigualdade das partes reflete, no campo probatório, nas regras de distribuição do ônus da prova. Isso porque as partes podem ter dificuldades de atender o ônus que lhes foi atribuído por lei, e a aplicação inflexível da distribuição fixa do ônus da prova pode levar a decisões injustas (DIDIER JR. 2008, p. 525)

Também por este motivo, o modelo pré-fixado de distribuição do ônus da prova, nos moldes do estabelecido pelo caput do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, tem sido questionado por alguns doutrinadores e juízes, sendo considerado insuficiente para responder aos anseios dos jurisdicionados, podendo até mesmo levar a decisões injustas nos casos em que esta vulnerabilidade pode impedir uma parte de produzir o conjunto fático probatório que levaria à procedência de sua pretensão, ao passo que o fato contrário poderia ser facilmente demonstrado pela parte contrária, caso esta tivesse o interesse, ou, ao menos, o ônus da prova.

Defende-se, assim, a possibilidade de certa flexibilização deste modelo fixo de distribuição do ônus da prova para que o juiz possa atribuí-lo, diante da necessidades do caso concreto, à parte que tiver maior facilidade na produção da prova. Para a melhor compreensão do cenário em que estas críticas ao modelo atualmente vigente estão inseridas, necessária uma breve digressão.

A partir do século XVIII, diversos fatores sociais e políticos contribuíram para a melhoria da qualidade de vida da população e levaram a uma maior complexidade das relações jurídicas. Assim, o capitalismo viabilizava o consumo de massa e o acesso em larga escala a diversos bens que outrora eram reservados a uma pequena parcela. A melhoria das condições de saneamento básico, as vacinas, a ampliação da água potável a um maior número de cidadãos e o enriquecimento geral da população, são exemplos de fenômenos que aumentaram a longevidade da população. Mais recentemente, o desenvolvimento da informática e a *Internet* também permitiram e ampliaram o acesso ao conhecimento e à informação.

Essa expansão de bens e direitos a camadas menos favorecidas logo encontraria eco no direito. No século XX, Mauro Cappelleti e Bryan Garth, por meio de estudos de direito comparado sobre os instrumentos utilizados por diversos ordenamentos para a efetivação

do acesso à justiça, concluíram pela existência, entre os países ocidentais, de um padrão a que denominaram "ondas renovatórias de processo civil"[201], que por meio de reformas processuais, viabilizaria o acesso à justiça a uma grande parte da população e a proteção aos seus direitos.

Apenas a título exemplificativo, observou-se no Brasil, a partir da década de 1950, a criação de uma série de leis que confirmaram a adesão a esta tendência, como a previsão de assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950) a implantação da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).

No entanto, abertas – ao menos em teoria – as portas do Judiciário para pretensões que antes pareciam barradas, passou-se a uma segunda consideração, de que não bastava ter acesso ao sistema judicial, devendo ser garantida também a efetiva prestação jurisdicional, justa e igualitária. Esta efetiva prestação jurisdicional se refletia, por exemplo, na necessidade de uma sentença de mérito baseada em uma investigação aprofundada dos fatos para que o juiz não tivesse que decidir apenas com base na distribuição do ônus da prova.

Foi nesse contexto que ressurgiu a preocupação com a questão do ônus da prova, especialmente nos casos em que a distribuição fixa, prevista em lei, parecia levar a situações injustas ou indesejadas. De nada adiantaria ter acesso ao Judiciário, se a tutela pretendida não pudesse ser obtida, por não ter a parte condições de produzir a prova que lhe incumbia.

[201] Pode-se afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira "onda" desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso a justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan, 1988, p. 31)

O problema obviamente não era novo. Desde meados do primeiro quarto do século XIX, Jeremy Bentham já ponderava que, por vezes, as regras estáticas de ônus da prova aliadas às peculiaridades do processo inglês poderiam criar demasiadas e desnecessárias dificuldades à obtenção de uma decisão célere, pouco custosa e efetiva em todos os casos. O fato de o réu não ser obrigado a prestar depoimento e a responder às perguntas do autor, por exemplo, poderia tornar impossível a prova dos fatos constitutivos do direito em certos casos, desencorajando assim que se recorresse ao Judiciário para a solução de conflitos.

Existem situações, por exemplo, em que a parte pode se deparar com a necessidade de provar um fato negativo, ou mesmo de produzir uma prova impossível. Outros, ainda, em que a parte onerada terá grande dificuldade em produzir a prova, que embora fosse facilmente produzida pela parte contrária, não é levada aos autos por falta de interesse desta, por não ter qualquer compromisso ou benefício com a produção da prova, ou até mesmo porque a falta da prova poderá prejudicar o adversário.

A simples aplicação fria das regras de distribuição do ônus da prova, nestes casos, poderia levar a um injusto prejuízo à parte onerada, na medida em que o juiz, não tendo elementos para decidir qual das partes tem razão, poderia julgar em desfavor deste, sem no entanto analisar adequadamente a matéria que foi levada a seu conhecimento. Esta é uma condição que se tenta cada vez mais desencorajar, pois não houve um julgamento completo e, portanto, a sentença não seria justa. Para casos como este, defende-se a necessidade de uma maior atuação do juiz na condução da investigação, de modo que possa descobrir a verdade e, então, decidir com base nos fatos e não na simples distribuição do ônus da prova.

Artur Carpes (2010, pp. 80-81) analisou os problemas gerados pela distribuição fixa do ônus da prova sob o aspecto constitucional do acesso à justiça e da igualdade entre as partes. Segundo a linha que adota, o acesso à justiça não pode ser entendido apenas como a possibilidade de ingressar em juízo, mas também de ter meios de participar e contribuir para a formação do convencimento do juiz. Para este autor, o princípio da igualdade, aplicado ao processo, não almeja a simples igualdade formal entre as partes, entendida como a aplicação uniforme da lei, sem qualquer distinção, mas sim a igualdade substancial, levando-se em consideração, quando da aplicação dos preceitos legais

relativos ao ônus probatórios, as particularidades e diferenças entre as partes, em prol de uma finalidade comum: a busca pela verdade. Carpes também defende que as partes devem ter iguais condições de participar efetivamente na formação do juízo, conforme suas possibilidades.

7.2. PROPOSTA LEGISLATIVA PARA INCLUSÃO DO ÔNUS DINÂMICO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em outubro de 2009, o Senado Federal – por iniciativa do Senador José Sarney –instituiu uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, com a missão de elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Desde a primeira versão apresentada, já havia uma proposta para a regulamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em 8 de junho de 2010, o Anteprojeto foi entregue ao Senado para votação, e o ônus da prova foi tratado da seguinte forma:

> **Art. 261.** O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:
>
> I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
>
> II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> **Art. 262.** Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.
>
> § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.
>
> **Art. 263.** É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

> Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.

Muito embora a redação do trecho relativo ao ônus da prova tenha sido modificada nas versões posteriores, é importante para fins acadêmicos enumerar alguns graves problemas que decorriam desta versão original. Mesmo porque, ela indica a linha de pensamento adotada na redação do projeto do Código em geral.

A redação não era clara quanto ao que seria a observância do contraditório, prevista no caput do então artigo 262. Certamente não se trata de dar à parte em questão a oportunidade para se desincumbir do ônus, já que esta condição estava expressa no parágrafo primeiro deste mesmo artigo. Restava, portanto, o entendimento de que seria necessário ouvir as partes previamente quanto à distribuição dinâmica.

Não obstante a exigência de contraditório seja essencial e nunca possa ser subestimada, é provável que, neste caso, fosse pouco relevante para a decisão do juiz, na medida em que, possivelmente, cada qual defenderia os benefícios e as dificuldades que o ônus lhe traria, conforme o seu interesse. A exigência do contraditório foi suprimida nas versões posteriores deste artigo, o que apenas agravou o problema, pois ainda que pequenas, ao menos as razões da parte teriam alguma chance de influenciar o juiz.

Outra questão envolvendo o ônus dinâmico dizia respeito à segregação entre o ônus da produção da prova e a responsabilidade pelo custeio de sua produção, previsto no artigo 261, §1º desta versão do Código de Processo Civil. A regra de segregação do ônus da produção da prova e do seu respectivo custeio, se mantida, poderia colocar a parte que recebeu o ônus da prova em uma situação delicada se a outra parte, agora desonerada, deixando de sofrer os efeitos da prova não produzida, simplesmente se recusasse a pagar pela sua produção.

Não parece que a intenção do legislador, com o ônus dinâmico, seja simplesmente a de favorecer a parte economicamente mais fraca, mas sim equilibrar o processo, independentemente da condição financeira das partes. Assim, não se pode permitir que o julgador, podendo alterar o ônus da prova, aproveite essa oportunidade para transformar a

matéria em uma simples questão de *quem pode pagar mais, arca com o ônus*, sob pena de sério compromisso a este equilíbrio e à própria imparcialidade do julgador[202].

Aliás, esta seria uma postura extremamente perigosa de se adotar: a transposição, para a justiça comum, de uma prática difundida nos Juizados Especiais – em decorrência da ampla aplicação do Código de Defesa do Consumidor – de que a parte mais rica deva sempre ser onerada com o ônus da prova, pelo simples fato de ter mais condições econômicas de suportá-la, ou, ao final, de arcar com o ônus da sucumbência em decorrência da não produção da prova. Esta é uma solução que precisa ser desestimulada pelos juízes, de modo a evitar decisões injustas envolvendo a correlação entre o custeio e o ônus da prova, além de litígios aventureiros e descompromissados por quem não teria nada a perder.

O Judiciário não deve incentivar uma batalha processual de ricos contra pobres, fortes contra fracos, poderosos contra oprimidos e, ao invés de apaziguar, tornar-se um palco para a discussão de questões sociais muito mais profundas, que transcendem em muito o objeto do litígio e que fogem à sua alçada. É importante tornar as diferenças sociais irrelevantes para o processo, em homenagem à possibilidade de decisões neutras e imparciais, e não um fator multiplicador de questões e demandas.

O processo não tem por objetivo travar este tipo de discussão; as questões jurídicas devem ser analisadas pelo juiz independentemente da situação sócio-econômica dos pólos que compõem a lide, exceto nos pontos em que a lei exige essa consideração. A lei já prevê diversos mecanismos para equilibrar a disparidade das partes – diferimento de custas, justiça gratuita, assistência judiciária, dentre outros[203]. O ônus dinâmico tem por objetivo atribuir o ônus à parte que tem maior facilidade na produção daquela prova, e não

---

202 Cf. Capítulo 6.4.2.

203 A assistência judiciária, por meio da Defensoria Pública, assegura advogado a todos que não têm condições financeiras para contratar um advogado. Paralelamente, algumas universidades públicas e privadas prestam serviços jurídicos gratuitos, por meio de seus Departamentos Jurídicos a pessoas de baixa renda. A justiça gratuita é assegurada pela lei da Assistência Judiciária, nº 1.060/1950, interpretada em conjunto com o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, assegurando o benefício da gratuidade judicial a quem não tem condições financeiras de suportar os custos da demanda, inclusive eventuais despesas para a produção da prova.

especialmente condições de suportar os custos. Este dispositivo foi suprimido na redação final aprovada pela Câmara dos Deputados.

Uma vez recebido pelo Senado, o Anteprojeto do Código de Processo Civil foi transformado no projeto de lei nº 166/2010 e como consequência das audiências públicas para discussão das principais sugestões e alterações com a sociedade e a comunidade jurídica, recebeu diversas propostas de emendas, inclusive por parte de associações e órgãos interessados no tema.

Uma dessas propostas foi para a simples supressão do artigo relativo à distribuição dinâmica do ônus da prova. A proposta de Emenda nº 31, de 27 de agosto de 2010[204], foi formulada no projeto de lei em trâmite no Senado pelo Senador Adelmir Santana, a respeito do então artigo 262, sob o seguinte argumento:

> "A busca pela isonomia das partes é tarefa constante do legislador. Medidas que busquem reequilibrar os demandantes em virtude de eventual superioridade ou inferioridade são salutares, desde que não gerem benefício excessivo a pretexto de eliminar desigualdades.
>
> As expressões genéricas adotadas pela proposição na prática, no entanto, transferem ao magistrado um poder que até hoje tem sido prudentemente reservado ao legislador, qual seja, o de previamente definir, em observância ao princípio da legalidade, a quem deve incumbir a produção das provas no processo judicial. O sistema hoje vigente é equilibrado justamente porque as partes já sabem de antemão as provas que devem produzir, reservando-se ao juiz a prerrogativa de livremente apreciá-las.
>
> Ao incrementar os poderes do magistrado na instrução do processo, a proposição vulnera o princípio da segurança jurídica, criando situação de incerteza à parte, privada que estará de saber qual prova deverá produzir até que advenha pronunciamento judicial expresso nesse sentido, em momento processual desconhecido, já que o PL é omisso nesse ponto.
>
> Ressalte-se, ademais, que os princípios de ampla defesa e do devido processo legal asseguram à parte saber qual é, precisamente, o encargo probatório que lhe pesa antes do início da instrução. Isso assegura à parte o legítimo direito de traçar sua linha de argumentação, elegendo as provas que demonstrarão os fatos sobre os quais se assenta sua tese. A aprovação do PL porá em risco esses princípios, sujeitando as partes a contingências desconhecidas previamente.
>
> O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, permite a inversão do ônus da prova quando presentes dois requisitos: a hipossuficiência do

[204] A proposta da emenda nº 31, de 2010 está disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82279&tp=1. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

> consumidor e a verossimilhança das alegações. Caso aprovado o projeto tal como está, a inversão do ônus da prova dar-se-á mais facilmente em legislação que busca regular relações entre partes em que, a rigor, não há relação desigual, do que na norma abertamente protetiva do consumidor".

A justificativa para não implementar a distribuição dinâmica do ônus da prova seriam o princípio da legalidade e a segurança jurídica, pois como bem exposto por este Senador, o emprego de expressões genéricas transferem ao magistrado o poder que tem sido reservado ao legislador, deixando que o juiz, mediante livre arbítrio – e não por processo democrático, realizado por governantes eleitos para tanto – crie a lei caso a caso. O proponente desta emenda também criticou o fato de que as partes não podem previamente conhecer as regras do processo a que se submeteram, em expressa violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, em brilhante conclusão, ponderou que, se o ônus dinâmico fosse adotado com a redação sugerida, o Código de Defesa do Consumidor passaria a oferecer menor proteção ao consumidor do que a regra geral, por exigir a presença dos requisitos hipossuficiência e verossimilhança das alegações como condições para que o juiz inverta o ônus da prova, ao passo que o novo Código de Processo Civil não teria estabelecido requisitos para a aplicação do ônus dinâmico, deixando inteiramente à discricionariedade do magistrado a opção de distribuir o ônus da prova de modo diverso. A observação não deixa de ser bastante perspicaz, embora a redação atual do projeto tenha sido alterada para minimizar este problema.

Tal emenda foi rejeitada no parecer conclusivo emitido pela comissão temporária da reforma do Código de Processo Civil, que teve o senador Valter Pereira por relator, em resposta que – lamentavelmente para o processo democrático – em nada apreciou os argumentos lançados pelo senador proponente, limitando-se a sustentar que[205]:

> Rejeitamos a Emenda nº 31, tendo em vista que a proposta do projeto coaduna-se com a vanguarda do processo civil. As regras sobre a inversão do ônus da prova, transferido à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias da

[205] A resposta às emendas apresentadas ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 está disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82558&tp=1. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

> causa e as peculiaridades do fato a ser provado, por meio de decisão fundamentada, com respeito ao contraditório, constituem um inegável avanço no direito processual brasileiro, e seria um retrocesso retirá-las do projeto.

A versão final do projeto foi aprovada pelo Senado em dezembro de 2010, mantendo-se a redação original dos artigos referentes ao ônus da prova, que apenas foram renumerados, passando a ser tratados nos artigos 357 a 359.

Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei recebeu o número 8.046/2010, tendo havido recebido centenas de propostas de emenda. Em 27 de abril de 2012, o deputado Sérgio Barradas Carneiro, relator da comissão especial do novo Código de Processo Civil, elaborou um relatório das atividades relativas às discussões e audiências públicas, e apresentou uma versão consolidada, que ficou conhecida como "Consolidação Barradas"[206]. No tocante à distribuição dinâmica do ônus da prova, foi proposta a alteração da redação aprovada pelo Senado, no seguinte sentido:

> **Art. 381.** O ônus da prova incumbe:
>
> I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
>
> II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova contrária, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
>
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
>
> I - recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

---

[206] Esta consolidação está disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

As justificativas para a alteração da redação foram as seguintes[207]:

> **Justificativa geral.** O regime de modificação do ônus da prova posto pelo projeto possui algumas imprecisões técnicas. O projeto acerta na intenção de regular a chamada "distribuição dinâmica do ônus da prova". Mas há imperfeições que merecem correção. Há uma confusão entre ônus da prova e o **dever de produção da prova**. Como afirma Sérgio Arenhart, "inicialmente, sob o ponto de vista técnico, o art. 358 não trata de modificação do ônus da prova, mas sim da imputação pelo juiz **do dever de produção de prova** a alguém que não sofrerá o ônus pela sua falta. O ônus da prova, conforme orientação pacífica da doutrina estrangeira e da doutrina nacional mais abalizada, constitui o ônus (prejuízo) decorrente da não produção da prova. (...) O juiz não distribuirá – com antecedência – o "prejuízo" pela não produção da prova, mas sim imporá a alguém que produza certa prova no interesse do processo. De outro lado, vê-se que o art. 358, par. 2º, ao estabelecer que a modificação do regime do ônus não implica a alteração quanto ao ônus de sua despesa, gera a absurda situação de que o dever de produção de certa prova será atribuído a uma parte, mas o seu custo será imposto à outra. Pior, se essa outra parte não adimplir com a despesa da prova, ela não será realizada, e o ônus de sua ausência será imputado à parte contrária!". O projeto precisa ser corrigido, enfim. (grifo nosso)
>
> **Justificativa sobre o "ônus da produção da prova".** A reformulação da regra sobre a distribuição do ônus da prova resolve o problema do ônus da sua produção. A regra será sempre o ônus da produção é de quem tenha o ônus da prova, que pode ser redistribuído se a produção da prova contrária for mais fácil para uma das partes. Se o ônus financeiro da prova for excessivo, a parte pode pedir o benefício da gratuidade, cuja disciplina foi também revista, exatamente para deixar clara a possibilidade de que ele seja concedido para a prática de apenas um ato. Com isso, corrige-se a antinomia apontada por Sérgio Arenhart, na parte final da sua justificativa.

Não obstante a perspicaz observação quanto ao ônus da despesa com a prova, bem como a constatação de que a redação anterior do texto relativo à distribuição do ônus da prova mistura os conceitos de ônus objetivo e subjetivo[208], esta justificativa faz uma equivocada menção ao fato de que o artigo não propõe a modificação do ônus da prova, mas estabelece a imputação do "dever de produção da mesma". O raciocínio em questão não está correto, pois se assim o fosse, a parte que tivesse facilidade na produção da prova passaria a assumir a obrigação de sua produção, podendo, portanto, sofrer inclusive sofrer sanção caso a prova não fosse produzida.

---

[207] As justificativas podem ser consultadas no mesmo endereço eletrônico mencionado na nota 205, página 210.

[208] Cf. capítulo 5.1.

Como demonstrado ao longo deste estudo[209], a produção da prova não é uma obrigação, cujo inadimplemento acarretaria uma sanção, mas mera faculdade das partes, que podem trazer elementos para a formação do convencimento do juiz, sob o risco de, não o fazendo, não ter reconhecido como verdadeiros os fatos não comprovados.

Infelizmente, comentários desta natureza apenas expõem a falta de conhecimento técnico na discussão parlamentar das leis que regerão o processo civil. Talvez não tenha havido uma plena compreensão do tema, da diferença entre ônus e obrigação e de suas implicações ao processo civil brasileiro.

Prosseguindo na análise da justificativa, tem-se:

> **Justificativa §§ 1º e 2º.** Devem estar claros os pressupostos para a redistribuição do ônus da prova: a) facilidade de acesso à prova contrária – prova que o fato afirmado pela outra parte não ocorreu (p. ex: é o que ocorre nos casos de presunções legais relativas) – ou a impossibilidade ou excessiva onerosidade de produção da prova do fato nos termos do caput (prova diabólica); b) respeito à dimensão subjetiva do ônus da prova, pois se confere à parte a oportunidade de desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído, em homenagem aos princípios da cooperação e do contraditório; c) fundamentação da decisão; d) impossibilidade de gerar prova diabólica reversa.
>
> **Justificativa § 3º.** Melhoria da redação da convenção sobre ônus da prova.

Em que pese a indiscutível melhora da técnica legislativa na nova redação do artigo, de modo que a possibilidade de distribuição dinâmica foi apresentada como um parágrafo da regra geral de distribuição fixa, exaltando-se o seu caráter excepcional, o artigo ainda possui expressões genéricas, que fazem com que os critérios para sua aplicação sejam subjetivos, o que poderá dar margem à má interpretação e má aplicação pelo juiz, como analisado a seguir.

---

209 Cf. capítulo 4.1.

Dentre as emendas recebidas na Câmara, destaca-se a EMC 504/2011[210] proposta em 30.11.2011 pelo Deputado Arthur Oliveira Maia e que propõe a supressão do artigo relativo ao ônus dinâmico, mediante a seguinte justificação:

> A supressão do artigo 358[211] se faz necessária, uma vez que a inversão do ônus da prova pode comprometer a imparcialidade do juiz e desequilibrar as forças entre os litigantes. Ademais, já existe no Código de Defesa do Consumidor previsão que autoriza a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC) para as demandas que envolvam relações de hipossuficiência.
>
> Além disso, tal inversão traria um elemento de surpresa para a instrução probatória, comprometendo a segurança jurídica.

Outra emenda relevante é a EMC 812/2011[212], proposta em 22.12.2011 pelo Deputado Miro Teixeira e que também propõe a supressão do artigo 358. A justificativa é semelhante à da Emenda nº 31 do Senado apresentada pelo senador Adelmir Santana. Após votação, ambas as emendas foram rejeitadas e a distribuição dinâmica do ônus da prova foi mantida.

Depois de mais de quatro anos de debates e diversas emendas, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei em 26 de março de 2014[213], e a distribuição do ônus da prova passou a ser tratada no artigo 380, com a mesma redação proposta na "Consolidação Barradas", exceto pelo acréscimo do parágrafo quarto:

> **Art. 380.** (...)
>
> § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

---

[210] Emenda disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529208. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

[211] Durante o trâmite legislativo a numeração sofreu diversas alterações, sem alteração de conteúdo, sendo irrelevante para os fins deste trabalho acompanhar todas estas modificações.

[212] Emenda disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533391. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

[213] A versão do projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pela Câmara dos Deputados está disponível para conferência no seguinte endereço eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51692B90B8ED756AF90B443A1CF866FB.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

No dia 27 de março de 2014 o projeto retornou ao Senado e no dia 4 de dezembro de 2014 a comissão temporária de reforma do Código de Processo Civil aprovou o relatório do Senador Vital do Rego. A redação do artigo relativo à distribuição dinâmica do ônus da prova não sofreu alteração, tendo a matéria passado a ser tratada no artigo desta última versão. Até o momento de conclusão da redação deste trabalho, ainda aguardava a votação no plenário do Senado.

Paralelamente às discussões do novo Código de Processo Civil, em 10 de julho de 2012, o professor desta casa Antonio Claudio da Costa Machado apresentou o Substitutivo Costa Machado ao Projeto de CPC da Câmara dos Deputados. Esta proposta tinha por objetivo a atualização da redação do Código de Processo de 1973, ao invés de sua substituição por um novo. O texto do substitutivo aproveitou boa parte do trabalho legislativo realizado no Projetos de Lei nº 166/2010 (Senado) e nº 8.046/2010 (Câmara).

A apresentação do substitutivo teve dois fundamentos: o primeiro, de ordem jurídica, decorrente do fato de haver grande controvérsia a respeito de vários pontos da proposta de alteração do Código de Processo, e a segunda, de ordem política, pela dificuldade de se chegar ao consenso necessário para a aprovação de um novo código, ao passo que a alteração do código atual seria mais fácil, do ponto de vista do processo legislativo.

De acordo com a proposta, no que diz respeito à distribuição do ônus da prova, o caput do atual artigo 333 seria mantido, e os parágrafos passariam a ter a seguinte redação, muito parecida com a proposta para o Novo Código de Processo Civil:

> **Art. 333.** (...)
>
> § 1º. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.
>
> . Origem: art. 358, caput, do Projeto do Senado (PL 166/2010).
>
> § 2º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no caput, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.
>
> . Origem: art. 358, § 1º, do Projeto do Senado (PL 166/2010).
>
> § 3º A parte a quem o juiz atribuir o ônus da prova arcará com as despesas decorrentes de sua produção.

> . Origem: art. 358, § 2º, do Projeto do Senado (PL 166/2010) e emenda do relator parcial Dep. Jerônimo Goergem.

O substitutivo foi apensado ao Projeto de Lei que trata do Novo Código de Processo Civil para análise e julgamento conjuntos.

Nota-se que, não obstante ter sofrido diversas alterações na redação, o ônus dinâmico foi mantido em todas as versões do projeto, tendo sobrevivido às tentativas de suprimi-lo.

A flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova é exercida mediante o aumento dos poderes do juiz em matéria probatória, sendo um poderoso instrumento que deve ser utilizado com cautela, pelos motivos que serão apresentados a seguir. Ainda assim, a sociedade, por meio de seus representantes legislativos democraticamente eleitos, parece ser favorável a outorgar ao Estado, na figura do juiz, mais poderes para intervir na relação processual, inclusive no que envolve direitos privados e disponíveis, para que conduza melhor a investigação na busca pela verdade dos fatos que as partes, sozinhas, não conseguiram demonstrar.

7.3. FUNDAMENTOS À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Segundo a teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova é atribuído à parte que tem maior facilidade na sua produção, com o objetivo de melhor servir a justiça do caso levado ao Judiciário (PEYRANO, 2008a, p. 17). No Brasil, certos doutrinadores defendem a sua aplicação nas situações em que, havendo dúvida a respeito da distribuição do ônus da prova, o juiz constate a facilidade de uma das partes na produção da prova

proporcionalmente à dificuldade da outra parte em fazer a mesma prova (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 509)[214].

Danilo Knijnik (2006, p. 944) entende que esta regra deve ser aplicada sempre que a regra fixa de distribuição do ônus da prova criar uma situação de impossibilidade de provar, vedando-se à parte onerada o acesso à justiça. Trata-se de referência à prova diabólica[215], assim considerada aquela que a parte não tem como produzir, devido a circunstâncias fáticas impeditivas. O exemplo clássico é a prova de fato negativo indeterminado, como "nunca ter ido a um determinado local".

Ainda conforme Knijnik, o fenômeno probatório deve ser interpretado sob a perspectiva da finalidade do processo e do valor da justiça, e não apenas sob o ponto de vista de mero cumprimento de formas processuais abstratas. O fundamento do ônus dinâmico seria o princípio constitucional do acesso à Justiça, entendido não apenas como o direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer, mas a possibilidade do indivíduo de participar de uma ação útil, com um procedimento probatório adequado. Assim, nas situações em que o ônus da prova torna excessivamente difícil à parte onerada a sua produção – nos termos do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 – a manutenção do ônus fixo representaria uma efetiva negativa de acesso à Justiça (KNIJNIK, 2006, p. 943).

Do mesmo modo, Artur Carpes (2010, pp. 80-81), ao tratar dos fundamentos do ônus dinâmico, analisou os problemas gerados pela distribuição fixa do ônus da prova sob o aspecto constitucional do acesso à justiça e da igualdade entre as partes. Para Carpes, o acesso à justiça não poderia ser entendido apenas como a possibilidade de ingressar em juízo, mas também de ter meios para participar e contribuir com a formação do convencimento do juiz. O princípio da igualdade, aplicado ao processo, não almejaria a simples aplicação uniforme da lei a todos indistintamente, mas também levaria em consideração, principalmente em relação ao ônus da prova, as particularidades e diferenças entre as partes, em prol de uma finalidade comum: a busca pela verdade.

---

[214] Em igual sentido, v. REICHELT, 2009, p. 348; CARPES, 2010, p. 90.

[215] Artur Carpes (2010, p. 90) define a prova diabólica como uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível e que estaria relacionada à vedação do direito fundamental à prova.

Defendem o mesmo entendimento Elisabeth de Castro Lopes e João Batista Lopes (2011, p. 137), para quem o ônus dinâmico da prova, além de viabilizar o acesso à justiça, também se compatibilizaria com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Em consonância com o entendimento de Inés Lépori White[216], Camilo José Ávila Couto (2011, p. 100) identificou três fundamentos à teoria do ônus dinâmico: a justiça aplicada ao caso concreto, o aumento dos poderes instrutórios do juiz e o princípio da cooperação.

O primeiro fundamento está relacionado à equidade. Se o juiz identificasse a efetiva dificuldade de uma parte na produção de uma prova essencial à formação de sua convicção, e percebesse que esta prova poderia ser facilmente produzida pela parte contrária, ao flexibilizar a regra de distribuição do ônus da prova estaria promovendo a investigação dos fatos de forma mais aprofundada, o que levaria a obter um conjunto probatório de melhor qualidade.

O segundo fundamento está relacionado ao papel mais ativo que o juiz assume nos dias atuais, e, consequentemente, à sua responsabilidade em conduzir a investigação dos fatos e de determinar a produção de provas, principalmente se verifica uma nítida diferença de forças entre as partes, situação em que não poderia deixar exclusivamente a elas a responsabilidade pela apresentação das provas.

O terceiro, e talvez mais polêmico fundamento, é o da atitude das partes, que ao ingressarem no processo, adquirem direitos e obrigações, devendo colaborar com o juiz para a investigação dos fatos e a descoberta da verdade (COUTO, 2011, p. 101). Esta postura colaborativa se baseia na ideia da existência de um dever de cooperação do juiz com as partes para construírem o conjunto fático-probatório sobre o qual aquele irá, ao final, formar o seu convencimento (KNIJNIK, 2007, pp. 945-946).

Segundo Fredie Didier Jr. (2010, pp. 340-343), o princípio da cooperação teria forte aplicação na Alemanha, na França e em Portugal, e obtido certa repercussão no Brasil,

---

[216] Cf. capítulo 5.3.2.

orientando o magistrado a adotar uma postura mais colaborativa para estabelecer um diálogo com as partes. A cooperação traria ao magistrado três deveres: (i) de esclarecer suas dúvidas com as partes, evitando decisões com base em impressões equivocadas, (ii) de consultar as partes antes de decidir sobre as questões da fato ou de direito, em homenagem ao contraditório, ainda que delas possa conhecer de ofício, e o de (iii) prevenir as partes sobre eventuais deficiências de suas postulações, dando-lhes oportunidade de supri-las.

Ainda conforme este autor (2011, p. 219), o princípio da cooperação está calcado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, e se caracteriza por um modelo que inclui o juiz no rol dos sujeitos do diálogo processual, retirando da vontade das partes a condução do processo. Esta visão cooperativa deriva da ideia solidarista do processo, de que a prova não pode deixar de ser trazida aos autos simplesmente porque a parte com maior facilidade de sua produção não tem o respectivo ônus (COUTO, 2011, p. 224).

Artur Carpes (2010, p. 64) aponta que a distribuição do ônus da prova está relacionada à ideia de um processo cooperativo, pois a colaboração das partes para a descoberta da verdade poderá ser maior ou menor dependendo de como estiver estruturada a atividade probatória das partes (aspecto subjetivo do ônus da prova).

Marcelo José Magalhães Bonício (2010, p. 214), por outro lado, desmistifica esta visão colaborativa no processo ao ponderar que não existe uma obrigação legal do juiz descobrir a verdade dos fatos afirmados pelas partes, e nem tampouco haveria um dever legal de colaboração das partes com este propósito, na medida em que nosso modelo processual adversarial ainda se assemelha a um duelo, em que as partes e seus advogados procuram o melhor ângulo para explorar e os melhores argumentos para vencer.

Além de não haver previsão legal[217] impondo um dever de colaboração, seria ingenuidade pensar que as partes ingressam no processo movidas por um sentimento altruísta voltado

---

[217] O novo Código de Processo Civil já incorpora a ideia da cooperação como um dever das partes no artigo 6º, segundo o qual: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

para a descoberta da verdade. Não obstante as partes tenham o dever de falar a verdade[218] - pois estão sujeitas à condenação por litigância de má fé se alterarem a verdade dos fatos[219] - e de colaborar com a investigação dos fatos[220], é certo que não são obrigadas a produzir prova contra si mesmas, ainda que o juiz assim o determine. Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 151), ao tratar deste assunto, aponta a dificuldade de exigir das partes que tragam elementos contrários à tese por elas defendida no processo.

O direito à prova garante às partes a oportunidade de produzi-la, se assim o quiserem, mas não impõe um dever à sua produção, que continua sendo um ônus. Deve-se levar em consideração que, mesmo segundo o modelo dinâmico, se a parte onerada não tiver interesse em sua produção, nem os melhores esforços podem ser suficientes para levar a prova aos autos, hipótese em que o juiz deverá aplicar a regra de julgamento cabível.

Necessário observar, ainda, que nem sempre as partes estão interessadas na descoberta da verdade, mas sim em ter atendida a sua pretensão. É sempre pouco provável uma confissão da parte, ou que esta arrole uma testemunha que possa prestar depoimento contrário aos seus interesses, ou mesmo que entregue um documento que traga dúvidas quanto à sua versão dos fatos. Salvo por equívocos e erros estratégicos que já hoje acontecem, as probabilidades não devem aumentar apenas porque a lei assim determinou. O código já proíbe a mentira no processo civil, por exemplo, e isso não impede que ela seja lamentavelmente empregada com bastante frequência.

O conflito de interesses e de argumentos entre os pólos de uma ação judicial é inerente ao nosso modelo processual, que se assemelha muito a um duelo, na medida em que haverá apenas uma parte vencedora, e ambas querem estar nesta posição. Sob o ponto de vista individual, pouco importa às partes se a ação foi julgada antecipadamente, se todas as provas existentes foram produzidas ou se nenhuma delas foi trazia ao processo, forçando a aplicação do ônus da prova, contanto que sua pretensão seja atendida. Mesmo que o juiz investigue profundamente os fatos e confirme uma das versões, a parte insatisfeita poderá recorrer para que a questão seja revista e novamente analisada.

---

[218] Artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973.

[219] Artigo 17, II, do Código de Processo Civil de 1973.

[220] Artigo 339[220] do Código de Processo Civil de 1973.

A distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito de um processo colaborativo só terá efetividade se houver um efetivo comprometimento do juiz e das partes na investigação, o que nem sempre acontece: as partes, porque nem sempre têm interesse que a prova seja produzida, o juiz, porque nem sempre pode se dedicar a promover a investigação em todos os casos que lhe são submetidos, deixando esta tarefa inteiramente às partes.

No que diz respeito aos fundamentos, somos da opinião de que não faz sentido analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova sob a perspectiva de um processo colaborativo, mas apenas sob o enfoque da investigação da verdade, nos casos em que esta investigação estaria dificultada pela aplicação da regra geral, com o objetivo de produzir uma sentença de mérito mais justa, assim entendida como aquela que dá a pretensão a quem tem o direito e nega a quem não o tem.

Por outro lado, trata-se de um poderoso instrumento que dá ao juiz a possibilidade de modificar a parte que sofrerá as consequências da prova não produzida. Como será melhor explicado adiante, o conceito do ônus dinâmico está calcado em regras indeterminadas, cuja interpretação ficaria a critério exclusivo e subjetivo do juiz, dando margem a incertezas quanto à sua interpretação, o que inevitavelmente cria um ambiente de insegurança jurídica.

E exatamente para evitar este ambiente de incertezas e de inseguranças que é importante estabelecer regras e limites para a sua aplicação, respeitando-se os precedentes legais a respeito da matéria, e sua adequação à realidade e às necessidades do processo brasileiro, de modo a evitar principalmente ilegalidades e a arbitrariedade das decisões judiciais.

7.4. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

Atualmente a distribuição dinâmica vem sendo aplicada pelos Tribunais sem previsão legal, e contrariando a letra do art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, levantando-se questionamentos quanto à sua legitimidade face ao princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal), segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Todavia, há autores que encontram na Constituição Federal, interpretada em conjunto com esse mesmo artigo 333, o fundamento para sua aplicação.

Danilo Knijinik (2007, pp. 943-944), por exemplo, entende que não seria condizente com o *princípio da igualdade* que o juiz pudesse impedir que a distribuição convencional do ônus da prova criasse uma situação de prova diabólica (§ único do artigo 333 do Código de Processo Civil em vigor), mas que ao mesmo tempo nada pudesse fazer se a prova diabólica decorresse da distribuição legal do ônus da prova, prevista no caput deste mesmo artigo. Em outras palavras, seria injusto e não condizente com o princípio da igualdade que as partes não pudessem criar uma situação de prova diabólica mas o juiz sim, ao aplicar a regra geral da lei.

Para Fredie Didier Jr., os artigos 14, 16, 17,18 e 125, III, do Código de Processo Civil de 1973, que tratam de lealdade, boa fé e veracidade processual, interpretados conjuntamente com os artigos 339, 340, 342, 345 e 355 desta mesma lei, permitiriam a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Não obstante esta seja uma interpretação sistêmica válida, lendo a redação deste artigo com outros olhos, adaptando-a para uma possível necessidade dos dias atuais, somos da opinião de que seria apenas uma tentativa de adequar a lei ao que se gostaria que ela fosse, em detrimento do que ela é.

Não existe previsão legal expressa acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova. E esta releitura do artigo 333 do Código de Processo Civil proposta pela doutrina seria bem vinda, se não implicasse em decisões desprovidas de real previsão legal, praticamente ao inverso do determinado pelo legislador. Entendemos que o ordenamento atual não recepciona a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que não deveria ser aplicada sem comando do legislador. Certamente esta não foi a intenção do Código de Processo de 1973, nem mesmo em suas posteriores reformas. Do contrário, ele poderia ter previsão expressa nesse sentido, como busca fazer no novo projeto do novo Código de Processo Civil.

Este também é o entendimento de Teresa Arruda Alvim. O ônus dinâmico não poderia ser aplicado pelos Tribunais sem a prévia alteração legislativa, pois "parece que, apesar de tudo, o direito como está, hoje, positivado, não se harmoniza com a adoção desta nova teoria" (1994, p. 144).

A ausência de uma norma específica para regular o ônus dinâmico cria um cenário de insegurança jurídica por diversos motivos. Em primeiro lugar, por mais que se fale em processo colaborativo, ou em esforços conjuntos das partes com o juiz, mostrou-se no capitulo anterior[221] que cada uma das partes tem um interesse individual de vencer a demanda e de não sofrer os prejuízos decorrentes de uma sucumbência[222]. Este interesse é uma das principais motivações do impulso e da medida dos argumentos de defesa por parte do réu, e a previsibilidade da distribuição do ônus da prova contribui para esta relação.

A falta de previsão legal sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, determinando a forma de aplicação e estabelecendo os seus limites, dificulta o planejamento das partes e de seus advogados quanto à melhor estratégia a ser tomada no caso, não como forma de engodo, mas quanto à decisão de propor a ação, ou de se defender. Ademais, é natural que se queira limitar a matéria fática a discutir e reduzir os custos da litigância, para o que prever ônus é fundamental. A inexistência de limites à sua aplicação poderia criar

[221] Cf. cap. 5.5.2.

[222] É difícil imaginar que a caneta do legislador seria capaz de alterar traço tão profundo da natureza humana – mormente diante da dificuldade de conhecer o que se está omitindo e no atual quadro de timidez judicial no apenamento e condutas processualmente desleais.

situações injustas para a parte que passou a ser onerada, em grave prejuízo ao seu direito de defesa.

Em segundo lugar, a decisão de aplicar ou não a distribuição dinâmica do ônus da prova, e em que situações, passa a ser unicamente do juiz, conforme seu entendimento pessoal a respeito desta regra. Os critérios para a aplicação do ônus dinâmico podem ser diversos, e na ausência de previsão legal estão suscetíveis a variar de juiz para juiz – conforme os valores que se pretenda proteger, a política adotada em um determinado período, o interesse em aprofundar a investigação dos fatos para a descoberta da verdade ou se contentar com o conjunto probatório produzido pelas partes, a condição econômica ou técnica das partes, e até a facilidade com que cada parte poderá se desincumbir do ônus imposto.

Certamente que nem todos os juízes têm a mesma percepção sobre o que é certo e justo – seria espantoso é que fossem todos iguais – e sobre qual o grau de dificuldade ou facilidade na produção de uma prova. Este subjetivismo contribui para agravar ainda mais o quadro de insegurança. Em uma situação de dificuldade de produção da prova pela parte onerada, esta poderá ser beneficiada ou prejudicada, conforme sua ação for distribuída a um juiz favorável ou contrário à sua aplicação, ou simpático à sua condição concreta no caso. O mesmo cenário poderá ocorrer se a questão for submetida à apreciação da instância superior.

Diante da ausência de previsão legal, a própria doutrina não é uníssona quanto à sua forma de aplicação. Assim, por exemplo, para Artur Carpes (2010, p. 137), a decisão que altera o ônus da prova deve ser dada antes da colheita das provas, para evitar violação ao princípio do contraditório. Já Camilo D'Avila Couto (2011, pp. 173) defende que o momento correto para o juiz aplicar esta teoria é o da prolação da sentença, por se tratar de uma regra de julgamento.

Também não existe um consenso na doutrina e na jurisprudência se a facilidade para a produção da prova enquanto requisito para a distribuição dinâmica seria apenas técnica ou se a também financeira, profissional, intelectual, etc. Como mostrado no capítulo

anterior[223], esta mesma discussão foi suscitada quando da implementação da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, havendo quem defenda até hoje, para preocupação do profissional forense, tanto um lado quanto o outro. Quem perde é a aplicação igualitária da lei.

Esta diversidade de conceitos pode levar às mais diversas formas de aplicação do ônus dinâmico pelos juízes, dificultando a defesa das partes, inclusive em sede recursal. A uniformidade de entendimentos sobre estes diversos aspectos existirá apenas e tão somente se houver regras estabelecidas em lei a serem seguidas de maneira uniforme.

Mesmo o conceito de prova diabólica, que parece comum, não é uniforme na doutrina. Camilo José D'Avila Couto (2011, p. 150) observa que esta não deve ser confundida com a prova de difícil produção, isto é, aquela que *pode* ser produzida, mas que possui obstáculos para que a parte consiga trazê-la aos autos. Na opinião de Couto, nas situações de prova apenas difícil, o ônus dinâmico não poderia ser aplicado. Ao contrário, Carpes (2010, p. 90) entende que a prova diabólica se caracteriza pela prova de difícil ou impossível produção, e em ambas as situações o ônus dinâmico pode ser aplicado.

Em terceiro lugar, a positivação é importante para estabelecer os limites de aplicação desta teoria que, se, por um lado, visa promover uma instrução de melhor qualidade e incentivar que todas as provas existentes sejam trazidas ao processo para valoração do juiz, por outro, se incorretamente aplicada, pode promover o que se denomina 'prova diabólica reversa', criando uma situação em que a parte que passou a ser onerada também não consegue produzi-la.

Do modo como vem sendo aplicado atualmente pelos juízes, o ônus dinâmico pode criar uma situação de prova diabólica ao contrário, não havendo qualquer proibitivo. Isso acarretaria uma situação de injustiça à parte que passou a ser onerada e dificultando o seu direito de defesa e os seus argumentos em caso de eventual recurso. Como não há critérios e nem limites estabelecidos por lei, torna-se mais difícil demonstrar que teria havido abuso ou má aplicação por parte do juiz.

---

[223] Cf. capítulo 5.3.3.

Por fim, a uniformidade das decisões também fica prejudicada, podendo haver interpretações distintas para casos idênticos, o que não apenas gera insegurança, mas estaria em desacordo com as recentes reformas processuais realizadas para assegurar a uniformidade das decisões, tais como a súmula vinculante[224], a súmula impeditiva de recurso[225], a possibilidade de indeferimento limiar de demandas repetitivas[226] e o julgamento de recursos repetitivos[227].

Como bem observou Teresa Arruda Alvim (1994, p. 144), os juízes, em sua função de dizer o direito, não teriam a mesma discricionariedade do administrador público e não poderiam aplicar o ônus dinâmico para decidir corretamente, em sentidos opostos, situações envolvendo o mesmo fato e da mesma norma, sob o risco de se comprometer o princípio da legalidade.

O ônus dinâmico, em última instância, representa um verdadeiro cheque em branco que poderá ser preenchido pelo juiz como entender mais correto, podendo alterar facilmente determinadas situações, qual parte será vencedora da demanda. A positivação é imprescindível para determinar a forma e os limites de sua aplicação, sem os quais os jurisdicionados estarão sujeitos a interpretações subjetivas e arbitrárias, aplicadas sem critério.

---

[224] Art. 103-A da Constituição: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

[225] Art. 518 § 1º do CPC: O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

[226] Art. 285-A do CPC: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

[227] Art. 543-C do CPC: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (...)

§ 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, não basta apenas sua aplicação ser decorrente de uma interpretação sistemática do ordenamento, a distribuição dinâmica deve estar expressamente prevista em lei, por se tratar de um poderoso instrumento que amplia consideravelmente os poderes instrutórios do juiz.

Entendemos temerária a sua aplicação antes de devidamente positivada. Esta deficiência, porém, poderá ser suprida em breve, caso a redação do projeto do novo Código de Processo Civil mantenha a previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7.5. EXISTÊNCIA DE OUTRAS SOLUÇÕES LEGAIS PARA A DIFICULDADE PROBATÓRIA DAS PARTES

A teoria do ônus dinâmico, do modo como aqui discutida[228], foi criada na Argentina para atender necessidades e deficiências específicas daquele ordenamento. Certamente este não é o primeiro e provavelmente não será o último instituto processual cujo modelo foi importado de outro país[229]. Contudo, como deve ocorrer com toda regra aproveitada de outro ordenamento, deve-se ter cautela em sua assimilação, buscando a compreensão dos motivos que levaram aquela regra a ser necessária, o modo como foi redigida e vem sendo aplicada, suas características e limites e, principalmente, se justificaria a sua implementação no processo civil brasileiro nos mesmos moldes em que aplicada na origem. Isso porque é necessário tomar cuidado ao importar um instituto criado para atender necessidades específicas de outro país, pois pode levar à sua incorreta aplicação,

[228] Cf. Capítulo 5.3.2.

[229] Diversos são os exemplos em nosso ordenamento, inclusive no direito processual, de institutos importados de outros países, ou mesmo que neles foram inspirados. A própria regra de distribuição fixa do ônus da prova é um exemplo, como se demonstrou no capítulo 3 deste trabalho.

com efeitos distintos daqueles originalmente desejados, contribuindo para o aumento da insegurança.

Na Argentina, além dos casos de responsabilidade civil por erro médico em procedimentos nos quais o paciente estava desacordado, que levaram à criação desta teoria, o ônus dinâmico também vem sendo aplicado em casos de responsabilidade por má prática profissional, responsabilidade bancária, em matéria de alimentos, em direito de seguros, direito trabalhista, questões envolvendo a prestação de determinados serviços como o telefônico e também em casos de simulação em que a vítima não teria participado do ato jurídico e ignora os diversos detalhes que são apenas de conhecimento dos que participaram do ato simulado (PEYRANO, 2008c, p. 85; LEGUISAMÓN, 2008, pp. 119-122).

Não se pode deixar de observar que, para muitas destas situações, o ordenamento brasileiro já prevê uma solução distinta e igualmente eficiente para suprir a deficiência probatória da parte originalmente onerada. Existem, por exemplo, diversas relações civis às quais a lei estabelece responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil[230]. Nestes casos, a prova do erro pode ser dispensável, pois a parte responde independentemente de culpa.

Nos casos envolvendo relação de consumo – aquela em que o consumidor final adquire um bem ou serviço –, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, desde que seja hipossuficiente e que o juiz constate a verossimilhança de suas alegações, nos termos do artigo 6º, inciso VIII[231] daquela lei.

Ainda em relação ao Código de Defesa do Consumidor, nos casos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, isto é, por danos decorrentes de defeitos inerentes ao

---

[230] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[231] 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;

produto ou serviço, todas as vítimas são equiparadas a consumidores[232], ainda que se trate de pessoa jurídica e que não seja o destinatário final do produto ou serviço, aplicando-se a estas a regra de inversão do ônus da prova acima mencionado e também a responsabilidade objetiva, cabendo ao prejudicado provar apenas a ocorrência do fato e o dano sofrido.

Também são equiparados aos consumidores, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, publicidade, práticas abusivas e relativas a cobrança de dívidas previstas nas seções IV e V do Código de Defesa do Consumidor[233], aplicando-se igualmente a regra de inversão do ônus da prova.

Em relação aos profissionais liberais, embora também estejam submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, existe previsão expressa de a responsabilidade não é objetiva. Assim, em que pese a inversão do ônus da prova seja possível, a responsabilidade civil restará demonstrada apenas mediante prova de que o profissional teria agido com culpa na prestação do serviço.

Em ações de reconhecimento de paternidade, a recusa à perícia suprirá a prova que se pretendia obter com o exame, como estabelece o artigo 232 do Código Civil. Surge assim uma presunção de paternidade que admite prova em contrário, transferindo o ônus da prova ao suposto pai, que se recusou fazer a perícia.

É muito importante, quando da importação de uma teoria proveniente de outro sistema jurídico, como é o caso do ônus dinâmico da prova, que se faça uma ampla investigação dos motivos pelos quais foi adotado no país de origem, verificando se no país receptor as mesmas necessidades estão presentes, adaptando-a se necessário; caso contrário, a regra pode cair em desuso, ou mesmo cair em contradição com outras regras sobre a mesma matéria, já vigentes no país receptor.

---

232 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

233 Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

7.6. ASPECTOS GERAIS DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA SOB A PERSPECTIVA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

7.6.1. ÔNUS DINÂMICO, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E PRESUNÇÕES RELATIVAS

No processo civil brasileiro, as regras de distribuição do ônus da prova têm em comum a orientação da atividade instrutória das partes e o auxílio ao juiz na sua decisão, em caso de falta ou insuficiência de prova. A regra geral prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, a inversão do ônus da prova, preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor e a distribuição dinâmica possuem requisitos distintos de aplicação e não se confundem.

A regra geral leva em consideração apenas a posição das partes no processo e a natureza dos fatos, e a distribuição do ônus é invariável: ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

A inversão do ônus da prova estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor é aplicada apenas em benefício da parte vulnerável – o consumidor, ou pessoa a ele equiparada por disposição legal –, e somente se o juiz verificar a presença de um dos requisitos determinados em seu do artigo 6º, VIII: a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência[234]. O

[234] Cf. capítulo 5.3.3.

foco do ônus da prova, neste caso, reside primordialmente na condição de vulnerabilidade da parte mais fraca na relação já prévia ao processo.

Já na distribuição dinâmica, nos moldes do projeto do novo Código de Processo Civil, o ônus é atribuído à parte que, no caso concreto, possui maior facilidade para a produção da prova, seja pelo domínio de conhecimentos científicos, técnicos ou mesmo pela detenção de informações sobre os fatos da causa. Esta teoria não desconsidera de todo a regra geral de distribuição do ônus da prova, apenas procura flexibilizá-la, adaptando-a às particularidades do caso concreto e dos litigantes (GRINOVER, et al., 2011, p. 10)[235]. Ao contrário das demais formas de distribuição, no ônus dinâmico a importância recai sobre a prova do fato em si, sendo irrelevante se quem o alegou foi o autor ou o réu, ou a natureza do fato, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo (DALL'AGNOL JÚNIOR, 2001, p. 98).

Fredie Didier (2008, p. 96) enumera as características que a diferenciam das demais formas de distribuição do ônus da prova: (i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; (ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; (iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); (iv) não é relevante a natureza do fato probando se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem possibilidade de fazer a prova.

Na prática, contudo, a redação do artigo 380 do novo Código de Processo Civil acabou por misturar a distribuição fixa e a dinâmica do ônus da prova, de modo que o juiz não opta, previamente, pela forma que será aplicada ao caso concreto.

Assim, parte-se sempre do princípio de que o ônus será distribuído entre as partes segundo a regra geral e fixa. Se ao sanear o feito o juiz se deparar com a dificuldade de comprovação do fato controverso pela parte onerada, poderá determinar que o ônus da prova daquele fato recairá sobre a parte contrária. O mesmo poderá ocorrer no momento de proferir a sentença, caso verifique que um fato controverso deixou de ser provado por

[235] Embora isso, na prática, possa legal a aplicação da regra geral a ser uma exceção.

dificuldade probatória da parte, podendo optar pela distribuição dinâmica, desde que dê oportunidade à outra parte para se desonerar.

O modelo proposto pelo novo Código de Processo Civil assemelha-se mais à inversão do ônus da prova do que a uma distribuição dinâmica propriamente dita. Primeiro tenta-se a aplicação da regra fixa, e se esta não viabilizar a produção da prova, o juiz atribui o ônus à outra parte.

No tocante às presunções relativas, assim consideradas as normas específicas que têm como um dos efeitos inverter o ônus da prova[236], chega-se a uma interessante indagação: poderia o juiz, utilizando-se dos meios legais ou jurisprudenciais hoje à sua disposição, alterar a distribuição pré determinada não pela regra geral, mas por uma presunção relativa?

O mecanismo por trás da distribuição dinâmica prova é outorgar ao juiz a faculdade de, no caso concreto, modificar o ônus da prova, fazendo-o recair sobre a parte que tem maior facilidade probatória. Assim, embora fosse uma solução mais segura aos jurisdicionados, não faria sentido - nos mesmos moldes do que ocorre com as presunções – enumerar em quais casos concretos a regra poderia ser aplicada.

Por outro lado, quando se trata de presunção relativa, a norma de distribuição já foi criada, por regra específica, para uma determinada situação concreta, tendo o legislador, em atividade exclusiva de decidir o que é oportuno e conveniente, levado em consideração todos os aspectos daquela situação à qual se aplica, inclusive a eventual dificuldade probatória da parte onerada, determinando que regra específica deve prevalecer sobre a regra geral. Em caso de dúvida quanto ao fato controverso, o legislador já estabeleceu o fato que independe de prova e qual das partes deve apresentar a prova – do fato contrário – para não sofrer as consequências da prova frustrada.

Tanto a distribuição dinâmica do ônus da prova como a presunção relativa são exceções à regra geral. Assim, não nos parece possível que, diante de uma situação dificuldade

[236] Cf. capítulo 6.3.1.

probatória da parte onerada pela presunção relativa, seja possível ao juiz aplicar a outra regra excepcional de distribuição dinâmica do ônus da prova, passando a onerar a parte em uma situação que o legislador expressamente desonerou. Em última instância, estar-se-ia aplicando a norma geral sobre a específica – haveria a inversão da inversão – o que seria vedado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[237].

7.6.2. CONCEITOS ABERTOS E INTERPRETAÇÕES SUBJETIVAS

Mais do que apenas prever a distribuição dinâmica do ônus da prova, o projeto do novo Código de Processo Civil também estabelece a forma e os limites de sua aplicação, sendo três as hipóteses de cabimento: (i) nos casos previstos em lei, (ii) por convenção das partes, que poderá ser celebrada antes ou no curso do processo e (iii) nos casos em que o juiz, diante das peculiaridades da causa, identificar impossibilidade ou dificuldade da parte cumprir o encargo, de acordo com a regra geral de distribuição do ônus da prova. Em relação aos limites, não pode ser aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova se criar uma situação em que a desincumbência do encargo pela outra parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A previsão legal e a convenção das partes são opções seguras que primam pela previsibilidade e pela legalidade, seja por normas democraticamente aprovadas que enumeram os casos em que pode ser cabível, seja por permitir que as partes concordem antecipadamente – por contrato ou acordo informal – ou no curso do processo, sobre a aplicação desta regra, embora este tipo de acordo não seja comum nas relações endo ou extraprocessuais. Atribui-se assim ao legislador, ou às próprias partes interessadas no

---

[237] Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

desfecho da demanda, a possibilidade de imporem ao caso a distribuição dinâmica do ônus da prova.

O mesmo não ocorre, contudo, em relação à terceira hipótese, que atribui ao juiz a identificação, no caso concreto, da '*impossibilidade* ou *excessiva dificuldade* de cumprir o encargo' ou da '*maior facilidade* de obtenção da prova contrária', e proíbe a 'distribuição dinâmica se a sua desincumbência pela parte contrária for *impossível* ou *extremamente difícil*'.

A distribuição dinâmica do ônus da prova tenta corrigir as injustiças que a distribuição fixa pode gerar, mas é necessário atentar para o fato de que o emprego de expressões de conteúdo indeterminado como estas em destaque, pode criar outras situações tão ou mais injustas do que o problema que se pretende.

Assim, por exemplo, a redação não é clara se a *facilidade de obtenção da prova* diz respeito apenas à facilidade de acesso, ou se também deverá ser considerada a facilidade econômica, técnica, profissional, ou mesmo intelectual. Esta é uma questão importante e que deveria merecer a atenção do legislador, para evitar disparidades na interpretação do comando legal, pois os juízes poderão ter diferentes entendimentos a este respeito.

Na falta de expressa previsão, entendemos que a distribuição dinâmica do ônus da prova deva ser feita nos casos em que a parte onerada tiver dificuldades técnicas[238] para produzir a prova, não cabendo restringir a sua aplicação se o legislador assim não o fizer.

A dificuldade ou impossibilidade na produção da prova deve ser uma barreira concreta – e não apenas em tese – e de difícil ou impossível superação pelas partes (COUTO, 2011, p. 136). Todavia, o grau de dificuldade necessário para sua aplicação dependerá da percepção do juiz, que estabelecerá livremente segundo seu próprio entendimento a facilidade da produção da prova por uma parte ou a dificuldade da outra se desincumbir deste encargo.

[238] Excluindo-se de sua aplicação, portanto, a dificuldade profissional relativa à capacidade do advogado de defender e demonstrar os fatos que comprovam os direitos de seu constituinte.

Para José Barberio (2008, p. 101), a identificação da parte que está em melhores condições de provar deve esbarrar necessariamente no papel desempenhado por ela no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou do instrumento de prova, ou por ser a única que dispõe da prova. Estando em melhor posição para revelar a verdade, seu dever de colaboração se acentuaria, devendo assumir o ônus da prova que, em princípio não teria, de acordo com a regra clássica.

Certamente, o fato de uma das partes ser a única que tem acesso à prova poderá contribuir fortemente para a decisão de atribuir-lhe o ônus de sua produção. Ocorre que, como lembra Camilo D'Avila Couto (2011, p. 135), "A dificuldade ou impossibilidade na produção de determinada prova por uma parte não guarda nexo causal obrigatório pertinente à facilidade e possibilidade de produção dessa prova pela parte contrária".

Ou seja, pode haver situações em que também não é possível à parte contrária se desincumbir do ônus, ou em que o grau de dificuldade é igual ou maior que o da parte originalmente onerada, como por exemplo no caso de uma testemunha residente em outro estado ou país, ou mesmo em um caso de prova inexistente ou perecida.

Infelizmente, este aspecto nem sempre vem sendo levado em consideração pelos juízes na aplicação da teoria do ônus dinâmico, certamente pela falta de previsão legal a este respeito. Existe uma tendência em atribuir o ônus à parte economicamente mais forte, pelo equivocado entendimento de que a facilidade de produção da prova estaria relacionada apenas ao custo de sua produção, o que nem sempre é verdade. Se esta parte não tiver acesso à prova, a atribuição do ônus irá gerar uma situação de prova diabólica reversa. Seria injusto onerar uma das partes com uma prova difícil ou impossível apenas por sua condição econômica.

Depreende-se da redação do artigo 370 da última versão do projeto do novo Código de Processo Civil[239] que, se a dificuldade de produção da prova existir para ambas as partes, o

[239] Considerada para fins deste trabalho a versão aprovada no dia 4 de dezembro de 2014, e que foi enviada para votação no plenário do Senado. Esta versão foi consultada no dia 14 de dezembro de 2014 no *site* http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141204-04.pdf

ônus deverá ser mantido com a parte que já o detém, segundo a aplicação das regras fixas de distribuição.

Em um artigo sobre o tema, o argentino Sérgio José Barberio (2008, p. 102) sustenta que, para que uma parte possa passar seu ônus para a outra, deve *demonstrar* que esta estaria em melhores condições probatórias, não bastando a simples alegação neste sentido. De fato, esta solução agregaria um maior fator de segurança e poderia reduzir a subjetividade da decisão, trazendo elementos concretos para a decisão do juiz, ao invés de fatores subjetivos submetidos à sua interpretação pessoal, facilitando inclusive a fundamentação de sua decisão.

O parágrafo primeiro do artigo 370 do projeto do novo Código de Processo Civil prevê expressamente que, ao aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, o juiz deverá dar à parte oportunidade para dele se desincumbir, ressaltando o ônus da prova tanto em seu aspecto objetivo como subjetivo. Não obstante a aplicação do ônus da prova seja uma regra de julgamento aplicada pelo juiz em caso de ausência ou deficiência de prova, também é entendida como uma regra orientadora da atividade probatória das partes. Esta excelente solução assegura que as partes não serão surpreendidas com a mudança na atribuição do ônus da prova, podendo dele se desincumbir antes da sentença, se assim o quiserem (e puderem).

A necessidade de fundamentação é outro ponto que merece maior atenção por partes dos juízes. Via de regra, até como decorrência do volume de trabalho, as decisões judiciais têm sido cada vez mais resumidas e menos fundamentadas, sendo muito comum encontrar decisões que declaram apenas “estarem presentes os requisitos legais”, ou mesmo genéricas e pré-formatadas pelo órgão julgador, sendo aplicadas indistintamente a todos os casos semelhantes, sem um efetivo confronto entre a norma e o caso concreto, o que dificulta às partes terem conhecimento dos verdadeiros motivos que levaram àquela decisão. Exatamente para tentar evitar decisões genéricas e desvinculadas do caso concreto, incluiu-se no novo Código de Processo Civil um dispositivo determinando que as

decisões façam a devida relação entre os princípios ou normas adotados e o caso concreto[240].

Se a análise subjetiva do juiz sobre as circunstâncias relativas à capacidade de produção da prova for superficial ou insuficiente, não apenas a qualidade das decisões pode ser comprometida, mas também o próprio direito de defesa e a segurança jurídica das partes. Uma fundamentação adequada e individualizada é imprescindível não apenas para reduzir a incerteza e viabilizar um eventual recurso às instâncias superiores, mas também como uma forma de controle do exercício da atividade jurisdicional (PUOLI, 2002, pp. 215-216).

A opção legislativa pelos termos indeterminados fará com que, na prática, nos casos em que houver dúvidas quanto à dificuldade na produção da prova ou na desincumbência do encargo, a decisão sobre a parte que sofrerá os efeitos da prova frustrada recaia sobre o juiz e não mais sobre uma regra fixa e pré-determinada.

O grande problema dos termos indeterminados é que uma regra criada para diminuir injustiças poderá acabar criando novas, na medida em que uma mesma situação poderá ter desfechos distintos segundo a percepção individual do juiz, e não conforme um critério de legalidade, o que contribui para a insegurança desta modalidade de distribuição do ônus da prova.

---

[240] Art. 486. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

7.6.3. CARÁTER EXCEPCIONAL DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

Em artigos sobre o tema, Jorge Peyrano (2008b, p. 21; 2008c, p. 95) – um dos criadores da teoria do ônus dinâmico – reafirma o caráter excepcional desta regra, ressaltando a necessidade de cautela em sua aplicação, que deve ocorrer apenas se a outra parte tiver reais condições de se desincumbir do ônus.

O caráter excepcional da distribuição dinâmica do ônus da prova é ressaltado no novo Código de Processo Civil, que limita aos casos em que a regra fixa poderia ser prejudicial à produção da prova, embaraçando a descoberta da verdade. A natureza de exceção fica evidenciada pela própria estrutura da redação do dispositivo, inserido como um parágrafo do artigo que trata da regra geral de distribuição do ônus da prova, mantida nos mesmos moldes do artigo 333 do Código de Processo Civil atual.

A exaltação deste caráter excepcional possivelmente decorre do fato de que a segurança ainda é um valor caro ao processo, e como já mencionado anteriormente, a distribuição fixa das regras do ônus da prova favorece a previsibilidade e a litigância compromissada das partes, que poderão definir a propositura de uma ação, ou os melhores argumentos na defesa dos seus direitos com base em um planejamento estratégico segundo a força das provas que tiverem para comprovar os fatos que alegar.

Estas características representativas de um processo equilibrado e igualitário nivelam as partes independentemente de sua condição social ou econômica, e merecem ser preservadas, de modo que o ônus dinâmico deve ser aplicado apenas e tão somente em situações especiais em que a dificuldade probatória possa representar um risco maior à efetividade do processo do que os demais valores que o ônus fixo preserva.

Isso porque a aplicação do ônus dinâmico parte de uma percepção individual do juiz sobre a condição das partes em relação à produção das provas. Para tanto, é necessário que esteja

próximo do dia-a-dia do processo, conheça as partes e também os atos processuais, para que possa mensurar corretamente a dificuldade instrutória, caso exista.

Assim, pode-se argumentar que a proximidade do juiz com a realidade concreta do caso e das próprias partes é essencial para uma melhor compreensão da situação fática envolvendo a facilidade ou a dificuldade para a produção das provas necessárias à elucidação dos fatos controversos.

Todavia, é sabido que o Poder Judiciário brasileiro é assolado por uma profunda crise, com a falta de recursos humanos e financeiros em todo o país. Muitas vezes o juiz que inicia um processo nem sempre é o mesmo que o sentencia[241], levando ao seu maior distanciamento em relação aos jurisdicionados, principalmente nas grandes cidades, o que pode dificultar a sua percepção sobre qual parte estaria em melhores condições de produzir a prova, especialmente naqueles casos em que a parte efetivamente tem dificuldade probatória.

Este mesmo problema pode ocorrer nos casos submetidos à revisão do Tribunal, que está ainda mais distante do jurisdicionado e, mesmo assim, deverá julgar recursos para a reforma de decisões que determinarem a inversão da distribuição do ônus da prova. Nem sempre será possível fazer o correto juízo de valor sobre este aspecto, seja em primeira ou em segunda instância. O caráter excepcional é importante para não se banalizar uma regra que já vem sendo amplamente aplicada sem critério e também para preservar a segurança jurídica, a igualdade das partes, a legalidade e demais valores e princípios constitucional e processualmente protegidos.

Considerando que os juízes já aplicam livremente a distribuição dinâmica do ônus da prova do modo como entendem mais adequado, por vezes até mesmo de forma equivocada – como será demonstrado a seguir – será necessário, a partir do momento que esta teoria ingressar no ordenamento, revisitar a sua forma de aplicação para melhor adequá-la à

[241] Nos dias atuais, o juiz que inicia um processo dificilmente é o mesmo que o sentencia, em razão da constante necessidade de realocação dos magistrados para atender melhor os interesses da população e, também, ao desejo legítimo do magistrado de se movimentar rapidamente na carreira, a fim de ter chances de um dia chegar ao tribunal.

forma e aos limites estabelecidos em lei, inclusive em caráter excepcional, como quis o legislador.

7.7. APLICAÇÃO DO ÔNUS DINÂMICO PELOS TRIBUNAIS

Na prática, mesmo sem expressa previsão legal, os Tribunais têm empregado, por vezes, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações de diversas naturezas. Para ilustrar o modo como o ônus dinâmico vem sendo aplicado, serão comentados a seguir alguns julgados. Para refletir uma análise atual das Cortes, foram mencionados apenas precedentes julgados a partir de 2012[242].

7.7.1. ERRO MÉDICO

Do mesmo modo que na Argentina, também no Brasil os casos de erro médico foram os primeiros em que houve aplicação da teoria do ônus dinâmico. Via de regra, como objetiva é a responsabilidade, não a ação de responsabilidade do profissional liberal, por força do Código de Defesa do Consumidor, o paciente que propõe ação indenização tem o ônus da prova da *culpa* do médico.

[242] Trata-se de corte meramente exemplificativo, por não ser o objetivo deste trabalho uma pesquisa empírica, não foi aplicada uma metodologia específica para a escolha dos julgados, dos tribunais, a tabulação dos resultados, nem houve a preocupação com o esgotamento da matéria. Os casos foram organizados de acordo com o direito material discutido em diversos Tribunais Estaduais.

Todavia, nem sempre é possível ao paciente provar o erro, principalmente nos casos de procedimento cirúrgico com o paciente anestesiado. Percebendo que, nestes casos, seria mais fácil ao médico demonstrar não ter agido com culpa, e que teria seguido o procedimento correto recomendado para o caso concreto, os Tribunais passaram a aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Diversos são os julgados nesse sentido; vejam-se alguns exemplos.

> **TJRS - Apelação Cível nº 70048648190, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 30/05/2012.**
>
> 3. Aplicação da teoria das cargas processuais dinâmicas. A autora se desincumbiu do seu ônus, dentro do que lhe era possível, trazendo documentos e testemunhas que comprovam os fatos que narrou na inicial. Não logrou comprovar o alegado erro médico, mas por falta dos réus. Estes, então, não se desincumbiram do seu ônus, porquanto não forneceram os elementos necessários para que a prova pericial fosse completa e também não demonstraram a inexistência do alegado erro médico. Comportamento que impõe responsabilização.

> **TJRS - Agravo em Agravo de Instrumento nº 70060361771, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 17/07/2014**
>
> In casu¸ pertinente averbar que se tratando de responsabilidade civil por erro médico, é entendimento da jurisprudência deste Tribunal, a que me filio, de que o prestador de serviço tem presumidamente melhores condições técnica de ultimar a prova.
>
> Cabível, na espécie, aplicar-se os preceitos contidos na chamada teoria da carga dinâmica da prova, a qual estabelece o direcionamento do encargo àquele que se encontra em melhores condições de demonstrar a existência ou inexistência de algum fato ou detém o controle dos meios probatórios.

> **TJSC - Embargos Infringentes nº 2010.058819-2, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Relator: Eládio Torret Rocha, Julgado em 13/02/2013.**
>
> "A verdade é que houve, sim, uma indesculpável sucessão de erros na condução dos procedimentos médico-hospitalares de que aqui se cuida esmiuçar (…) Disso não cuidaram, entrementes, os recorrentes, dado que em nenhum momento demonstraram, como era de se esperar, a inteira correção de seu modo-de-agir, ou seja, que o parto natural era, de fato, a melhor solução para o quadro clínico que se apresentava, ao invés da parturição cesárea. Em assim agindo, inobservaram, pois, o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe sobre a inversão do ônus da prova, e, acima de tudo, o princípio da melhor aptidão na produção da prova civil, segundo o qual o ônus deve ser imposto à parte que, no caso concreto, tem melhores condições de produzi-la.

> Não fora, ainda assim, a aplicação do CDC, tem-se também possível o reconhecimento, no caso, do princípio da carga dinâmica da prova, de modo à imputar ao médico, pela sua condição profissional, o ônus da prova da sua não culpabilidade."

Os casos envolvendo erro médico parecem ser um excelente exemplo de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, se os juízes identificarem real dificuldade na produção da prova pela parte originalmente onerada.

7.7.2. DANO AMBIENTAL

Não obstante a lei já atribua responsabilidade objetiva à parte que deu causa ao dano, geralmente ré, cabe ao autor a prova de que o dano ocorreu. Como pode ser difícil em determinadas situações que a parte prejudicada ou seu substituto processual demonstre o dano, os Tribunais têm entendido possível a distribuição dinâmica do ônus da prova para que o possível infrator prove a sua *inexistência*, ou que não participou do ato que acarretou o dano. A seguir, enxertos de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> **STJ - Recurso Especial nº 883.656 - SP, 4ª Turma, Relator: Herman Benjamin, Publicação no DJe em 28/02/2012[243].**
>
> 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. (…)
>
> 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. (...)

[243] Embora tenha sido negado conhecimento a este recurso, com base na súmula 7 do STJ, que veda o recurso especial com o propósito de reexame de prova, o Ministro Relator discutiu a distribuição dinâmica do ônus da prova em seu voto, aqui reproduzido.

> 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).
>
> 6. Como corolário do princípio in dubio pro natura, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 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."

Nota-se que, para inverter o ônus da prova em caso de dano ambiental, o Tribunal fez uma interpretação bastante ampla a respeito da inversão do ônus da prova, nos casos de ação civil pública, para além das relações de consumo.

No caso, a decisão que determinou a inversão do ônus fundou-se nesta questionável interpretação do Código de Defesa do Consumidor, na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e também os princípios da precaução e *in dubio pro natura*[244].

Ora, se segundo o entendimento daquela Corte já haveria previsão legal para a inversão do ônus da prova na lei consumeirista – sem entrar no mérito da decisão –, ou mesmo outros

[244] Estes princípios decorrem da Convenção sobre Biodiversidade Ecológica, da qual o Brasil é signatário, tendo sido incorporada ao ordenamento pelo Decreto nº 2.519, de 1998, e que atribui aos signatários a responsabilidade de assegurar a preservação de sua biodiversidade, o uso sustentável dos recursos naturais e a justa repartição dos benefícios da exploração econômica dos recursos genéticos. Não existe, contudo, qualquer previsão expressa sobre responsabilidade objetiva ou distribuição do ônus da prova.

princípios de direito ambiental aplicáveis ao caso, torna-se desnecessária e até mesmo incorreta a aplicação de outros fundamentos para se atingir a mesma finalidade de atribuir o ônus da prova à empresa que teria causado o dano.

Outrossim, deve-se ter extrema cautela na inversão do ônus da prova nos casos de dano ambiental, para não criar a situação de prova diabólica reversa. Nem sempre a prova de um fato negativo – como por exemplo a de que um fato não ocorreu – é possível ou de fácil obtenção. Esta cautela é ainda mais importante enquanto não há previsão legal do ônus dinâmico, pois na ausência de regras específicas sobre o modo e os limites de sua aplicação, pode haver decisões extremamente injustas decorrentes de sua má aplicação.

7.7.3. CUSTOS COM A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

Em ação proposta contra o estado de Minas Gerais, para o fornecimento de medicamento para tratamento de uma doença grave, o autor, beneficiário da justiça gratuita, não tinha meios para custear a produção da perícia médica, e a perita não aceitou receber os honorários apenas ao final. O Tribunal de Justiça aplicou a teoria do ônus dinâmico para atribuir o ônus da prova e as despesas de sua produção ao estado de Minas Gerais, que poderia produzir a prova, requerendo ao autor que se submetesse a consulta por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS.

> **TJMG - Agravo de Instrumento nº 10024101975951004, 7ª Câmara Cível, Relator: Wander Marotta, Julgado em 02/04/2013.**
>
> Ora, a aplicação rígida do Código de Processo Civil, em casos como o presente, inviabiliza a pretensão do autor/agravado, já que não possui condições financeiras de arcar com o custo da perícia requerida por ele e o perito nega-se a recebê-la ao final do julgamento, devendo ser considerada ainda a urgência da realização da prova, uma vez que o médico que acompanha o tratamento do menor afirma que a ausência dos medicamentos pleiteados afeta o desenvolvimento psicológico e escolar da criança.

> Na verdade, o que se tem aqui, é a incidência da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, a qual consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade para suportar o ônus, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do feito. Esta teoria permite ao magistrado, em razão da insuficiência da regra geral prevista no artigo 333 do CPC, atribuir o ônus probatório àquele que melhor tem condições de fazê-lo.
>
> No presente caso, o agravante nega-se a fornecer os medicamentos pleiteados e a saúde do agravado vem se agravando, tendo ele anexado aos autos relatório emitido por médico particular, o qual é contestado pelo réu. Assim, impõe-se a incidência da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, já que a prova é de fácil realização pelo réu/agravante, haja vista que ele pode requerer que o menor submeta-se a consulta por médicos do SUS, de maneira a comprovar a necessidade e/ou imprescindibilidade dos medicamentos pleiteados.
>
> A inversão do ônus da prova no caso específico dos autos é perfeitamente possível, pois em caso contrário estar-se-ia ferindo o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste caso em particular, certamente seria conveniente se nas ações intentadas por pessoas naturais contra o Estado – em qualquer de suas esferas – o ônus da prova fosse sempre do ente público, já que este sempre terá maior facilidade na produção da prova, por meio de seus órgãos ou empresas conveniadas. Todavia, esta, por enquanto, não é a opção legislativa, que seria extremamente custosa à sociedade, como um todo, na medida em que os custos lhe seriam repassados.

Existem diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se aplica a inversão do ônus da prova aos casos em que a parte onerada carece de condições financeiras para arcar com as despesas da prova pericial[245]. Todavia, como já comentado anteriormente[246], a distribuição dinâmica do ônus da prova para inverter a responsabilidade pelo custeio da prova seria uma incorreta aplicação da teoria, ao menos enquanto não houver expressa previsão legal sobre a forma de sua aplicação, na medida em que a lei já prevê outros mecanismos para o auxílio da parte que não tem condições de suportar os custos da prova.

---

[245] Como se observa, por exemplo, nos seguintes julgados: STJ, AgRg no REsp 1412664 - SP, Relator Raul Araújo, 4ª Turma, j. 11/02/2014; STJ, REsp 883.656 - RS, Relator Ministro Herman Benjamin, 3ª Turma, DJe 28/02/2012; STJ, REsp 1.098.876 – SP, Relator Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 08/09/2011; STJ, REsp 1.042.919 – SP, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 05/03/2009; STJ, AgRg no Ag 648.625 – MG, Relator Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 26/10/2006.

[246] Cf. capítulo 7.2.

7.7.4. RELAÇÕES DE CONSUMO

Existem diversos julgados envolvendo relações de consumo em que a distribuição dinâmica vem incorretamente utilizada para fundamentar a inversão do ônus da prova[247], como por exemplo:

> **TJMA – Agravo nº 1.180.520-10, Relator Jorge Rachid Mubárack Maluf, j. 12/07/2010**
>
> III - constatada a situação de hipossuficiência do autor na produção probatória, deve ser aplicada a regra da inversão do ônus da prova, em observância à atual doutrina que defende a Teoria Dinâmica de Distribuição Processual do Ônus da Prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC.
>
> **TJDFT – Apelação Cível nº 2007.0111008407, 4ª Turma Cível, Relator Arnoldo Camanho de Assis, j. 07/05/2014**
>
> A autora assegura que não realizou os referidos saques. Por sua vez, o banco sustenta que a autora foi quem efetivou os saques nos seguintes estabelecimentos comerciais: Vânia Calçados, Guará/DF, no valor de R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), às 12:05h; Star Burg Conveniência, Taguatinga/DF, de R$ 21,00 (vinte e um reais), às 20:16h; Star Burg Conveniência, Taguatinga/DF, de R$ 78,00 (setenta e oito reais), às 20:18h; Estabelecimento JLM, Taguatinga/DF, de R$ 5,00 (cinco reais), às 20:23h; Auto Posto Peter Pan, Taguatinga/DF, de R$ 21,00 (vinte e um reais), às 20:31h (fls. 07).
>
> Levando em conta os fatos narrados, caberia ao banco demonstrá-los, chamando para si o ônus processual de comprovar o fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito da autora (art. 333, inciso II, do CPC).
>
> Não se trata de empregar a inversão do ônus da prova, que exige a presença dos requisitos da verossimilhança das alegações ou hipossuficiente da consumidora, mas de se aplicar a distribuição dinâmica dos ônus da prova, que segue regra lógica em que, como mencionado, aquela parte do processo que tem a melhor possibilidade de provar o fato chama para si o ônus probatório.
>
> Assim, se o banco afirma que a consumidora realizou as compras nos estabelecimentos citados acima, deve comprovar que isso de fato ocorreu. Todavia, não há qualquer prova nesse sentido que pudesse demonstrar que a autora compareceu a tais estabelecimentos comerciais, ou qualquer pessoa ligada a ela, no local e na data das compras. Nem mesmo há

[247] Como, por exemplo: TRF5, Apelação Cível nº 368148 – AL, 3ª Turma, Relator Leonardo Resende Martins, j. 06/08/2009; TJRS, AC 70055475800, 19ª Câmara Cível, Relator Dilso Domingos Pereira, j. 05/06/2014; TJRS, Apelação Cível nº 70061219945, 9ª Câmara Cível, Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 10/09/2014.

> provas de que a consumidora entregou seu cartão de crédito para terceira pessoa ou lhe repassou a senha.
>
> **TJAM – Recurso Inominado nº 0703154035.2012.8.04.0015, 1ª Turma Recursal, Relator Sanã Nogueira Almendros de Oliveira, j. 04.11.2013**
>
> A relação de consumo importa inversão do ônus probatório, tanto pela proteção favorável à parte hipossuficiente no vínculo consumeirista, como porque a ré detém melhor condição de produzir a prova, conforme a teoria da carga dinâmica do suporte probante.
>
> Exigir do autor, nessa circunstância, 'contraprova', significa forçá-lo a produzir suporte negativo (não-consumo), ou praticamente impossível. Competia à demandada realizar, tanto pela inversão do conteúdo probatório como porque, em tais pontos, o tema verteria prova positiva, ou possível de ser efetivada.
>
> Todavia, diante de situação de dúvida levantada pelo consumidor, parte hipossuficiente na relação, o contrário deveria vir consubstanciado pela empresa.

O Código de Defesa do Consumidor já prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, se o juiz verificar a verossimilhança dos fatos ou a hipossuficiência do consumidor. Seria desnecessária a aplicação de outro critério de distribuição do ônus da prova – guardado para situações excepcionais de dificuldade probatória – se já existe previsão expressa que viabilize o mesmo resultado almejado pelos juízes no caso concreto.

Outrossim, nota-se que no julgado acima apresentado do Distrito Federal o Tribunal afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por entender que não estariam presentes os requisitos para tanto, ou seja, as alegações não eram, no seu entender, verossimilhantes e/ou o consumidor não era hipossuficiente. Não havendo aparência de veracidade em suas alegações – o que parece ser uma conclusão no mínimo equivocada, pois se sabe que ocorrências assim acontecem todos os dias –, e tendo o consumidor meios de produzir a prova em questão, não haveria qualquer motivo para que fosse desincumbido do ônus. Errou-se ao afastar a inversão autorizada pelo código consumeirista, para se aplicar desnecessariamente a teoria do ônus dinâmico

Destaca-se ainda um interessante caso de indenização por danos morais e materiais[248] proposta por consumidora em face de companhia aérea, por ter adquirido passagem de ida e volta no trecho Maceió/São Paulo e São Paulo/Maceió, em data a escolher, dentro de um determinado período de tempo. O trecho de ida transcorreu sem problemas, mas na volta não conseguiu embarcar, tendo sido informada que a passageira já havia voado aquele trecho em outro período. A autora juntou prova documental do período que esteve em São Paulo, arrolou uma testemunha em Maceió e tentou a oitiva por carta precatória de um funcionário da companhia, sem ter obtido êxito. As custas foram recolhidas a menor e posteriormente a autora desistiu da oitiva por não ter condições financeiras de arcar com os valores remanescentes.

A ação foi então julgada improcedente por falta de provas, mas em segunda instância o Tribunal de Justiça, aplicando a teoria da distribuição dinâmica, inverteu o ônus da prova e, sem ter dado oportunidade à companhia aérea para dele se desincumbir, condenou-a ao pagamento da indenização.

Não se pode dizer que a teoria da distribuição dinâmica tenha sido incorretamente aplicada em si, pois diante da ausência de previsão legal, não existem parâmetros para pautar a conduta do juiz. Todavia, sendo um dos objetivos desta teoria possibilitar a efetiva produção da prova por quem tem mais facilidade, a oportunidade para a parte se desincumbir é de fundamental importância, para que a regra não tenha apenas um caráter de sanção, mas também seja uma medida que viabilize a melhor investigação dos fatos. O erro em sua aplicação seria, assim, ter produzido situação de cerceamento de defesa no caso concreto, não em razão da dinamização em si, mas do momento em que foi aplicada.

Pelos julgados ora comentados, nota-se que, na maioria dos casos, houve aplicação desnecessária ou incorreta da distribuição dinâmica do ônus da prova, principalmente pelo fato de já haver outras soluções previstas no ordenamento para solucionar a dificuldade de produção da prova, mas também por haver casos em que não foi observado o contraditório e o direito de defesa, dando à outra parte a oportunidade para desoneração do ônus que lhe foi atribuído.

---

[248] TJAL, Apelação Cível nº 001.80426420038020001, 2ª Câmara Cível, Relatora Elisabeth Carvalho Nascimento, j. 21/02/2013

8. CONCLUSÃO

A proposta deste estudo foi oferecer uma análise crítica da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma teoria que se apresenta como alternativa à regra fixa de distribuição do ônus da prova e que procura minimizar o risco de injustiça das decisões nos casos em que a prova seria mais facilmente obtida pela parte que não foi originalmente onerada com a sua produção.

As provas, ou os meios de prova, são instrumentos de investigação pelos quais o juiz irá verificar se os fatos controversos alegados pelas partes ocorreram. Ocorre que nem sempre a investigação permite a reconstituição dos fatos, sendo necessário estabelecer um limite à atividade probatória, a partir do qual o juiz deverá proferir uma sentença de mérito, ainda que não tenha plena certeza sobre a veracidade dos fatos. Esta circunstância de dúvida pode ocorrer em diversas situações nas quais a produção da prova é impossível ou excessivamente difícil – mesmo porque, a dificuldade é um critério também subjetivo, que se altera aos olhos de cada um.

Já o ônus processual pode ser definido como um encargo legal endereçado às partes para praticar determinados atos, como condição para que obtenham uma vantagem processual ou imperativo do próprio interesse. Sua principal característica é a de uma liberalidade à parte onerada para se desincumbir do ônus, não podendo ser obrigada a fazê-lo e nem sancionada caso não o faça. A única consequência de não atender o ônus será a perda do benefício que aquele ato traria à parte onerada.

O ônus da prova representa um encargo legal que atribui a uma das partes a responsabilidade pelas consequências, caso as provas nos autos não sejam suficientes para a convicção do juiz. Sendo um direito mas não uma obrigação das partes, estas podem optar por deixar de produzi-las, hipótese em que a única consequência será a perda da oportunidade de demonstrar a veracidade do fato alegado. Não se convencendo o juiz ao final do processo sobre fato essencial ao desfecho da lide, aplicará as regras de distribuição do ônus da prova segundo o direito local.

Os conceitos de prova, ônus processual e ônus da prova formam o alicerce para a compreensão da distribuição do ônus da prova. O estudo das formas como este ônus é distribuído entre as partes nas diferentes sociedades, inclusive no processo civil brasileiro, permite compreender o seu mecanismo e o modo como o ônus da prova contribui para a formação do processo decisório pelo juiz, no caso da ausência ou insuficiência de prova.

Deriva do direito romano a regra fixa e predeterminada por lei, aplicada até os dias atuais, com algumas adaptações, em muitos sistemas de *civil law*, inclusive no processo brasileiro. De acordo com este modelo, o ônus da prova é fixo e atribuído por lei conforme a posição da parte no processo e a natureza dos fatos por ela alegados, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Diversos doutrinadores se debruçaram sobre os fundamentos da distribuição do ônus da prova, procurando extrair regras gerais que pudessem ser aplicadas satisfatoriamente a todos os casos. Buscava-se um raciocínio lógico e justificável, que foi aos poucos sendo aperfeiçoado com a incorporação de ideias de novos pensadores do processo.

Além de orientar a atividade probatória das partes, em seu aspecto subjetivo, o ônus da prova também auxilia o juiz caso as provas venham a faltar ou sejam insuficientes para a formação de seu convencimento. Assim, ao decidir, levará em consideração não apenas a ausência das provas que deixaram de ser produzidas, mas também qual das partes teria a responsabilidade por sua produção.

Desde os primórdios do desenvolvimento da legislação processual brasileira, o Brasil sempre adotou a forma fixa de distribuição do ônus da prova, derivada do direito romano, e que está atualmente prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, no século XX, este modelo, de características preponderantemente liberais, marcado por uma maior responsabilidade das partes na obtenção da prova, e que tem no juiz uma figura mais passiva e menos participativa, foi dando espaço a um processo em que se observa uma maior preocupação com a verdade na prestação jurisdicional.

O acesso à justiça, hoje ampliado a boa parte da população, não poderia mais ser entendido apenas como o direito de demandar e de se defender, sendo necessário também assegurar

às partes a possibilidade de litigarem em igualdade de condições e de produzirem as provas necessárias à comprovação daquilo que consideram seu direito, independentemente de sua condição social ou econômica.

Nessa mesma época, notou-se um aumento no exercício dos poderes pelo juiz, uma das formas encontradas para proporcionar este salto no processo, inclusive com relação aos poderes instrutórios. Os juízes passam a exercer de fato os poderes instrutórios que a lei já lhes assegurava, passando efetivamente a contribuir com as partes na instrução, para promover uma investigação mais aprofundada e melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, produzindo uma sentença baseada em fatos que tenham sido satisfatoriamente investigados.

Ocorre que esta maior atividade instrutória dos juízes ainda se mostrou insuficiente para eliminar as hipóteses em que, diante da prova inexistente ou insuficiente, o juiz se encontra na posição de ter que decidir com base na distribuição do ônus da prova, mesmo estando incerto quanto aos fatos controversos.

Nesta nova realidade, a distribuição fixa do ônus da prova passou a ser alvo de severas críticas, pois poderia levar a situações de injustiça, especialmente nos casos em que a parte com maior facilidade para a produção da prova não tiver interesse em produzi-la, seja por não ter a incumbência legal, seja porque o resultado poderia lhe ser desfavorável.

Para tentar resolver problemas desta natureza decorrentes da aplicação do modelo fixo, os doutrinadores argentinos Jorge Peyrano e Julio O. Chiappini desenvolveram a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que teve grande aceitação em seu país de origem e também em outros como o Brasil e a Espanha, tendo este sido o primeiro país a positivá-la em sua *Lei de Enjuiciamiento Civil*, no ano de 2000.

Esta teoria propõe a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova em determinados casos, atribuindo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, na tentativa de evitar situações de extrema injustiça a uma das partes, ou mesmo proporcionar a *probatio diabolica*. A identificação da condição da parte em relação à prova é feita pelo juiz segundo sua percepção individual sobre a facilidade de sua produção. Esta

solução tem agradado muito mais àqueles que sustentam que o processo deva se afastar do modelo liberal, em prol de uma interpretação mais social.

No Brasil, a teoria se difundiu rapidamente e passou a ser acolhida por parte da doutrina e também aplicada pelos tribunais, antes mesmo de qualquer previsão legal. Primeiramente, passou a ser utilizada apenas para os casos de responsabilidade por erro médico e, mais recentemente, sua aplicação foi ampliada a outras situações, ainda que nem sempre seja aplicada da maneira mais adequada, como se teve oportunidade de demonstrar pela análise de alguns julgados.

Os doutrinadores favoráveis defendem a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova do modo como, em entendimentos individuais. Exatamente por isso, observa-se uma pluralidade de opiniões a respeito deste mecanismo: há quem entenda que não possa ser aplicada sem expressa previsão legal, outros que defendem parcimônia em sua aplicação e até mesmo os defensores de uma ampla aplicação, o que poderia acarretar certo caos processual e uma situação de grande insegurança aos jurisdicionados.

Esta falta de sincronia decorre da ausência de previsão legal estabelecendo os critérios e limites para aplicação da teoria em casos concretos. É lamentável que se tenha uma regra tão importante relativa à distribuição do ônus da prova sendo defendida e aplicada às cegas, sem quaisquer critérios. Há julgados, por exemplo, que determinam a distribuição dinâmica do ônus da prova em situações para as quais o ordenamento já prevê uma solução igualmente eficaz para o problema da dificuldade da parte na produção da prova, como por exemplo os casos envolvendo relações de consumo, em que poderia ser simplesmente aplicado o Código de Defesa do Consumidor para justificar a inversão do ônus.

A sua positivação é importante para eliminar incertezas no momento de sua aplicação, aumentando a segurança jurídica dos jurisdicionados, que poderão passar a ser onerados pela produção da prova, apenas nos termos e limites da lei. Além disso, é primordial para estabelecer as regras que deverão ser observadas pelo juiz em sua aplicação.

Discute-se atualmente a sua recepção pelo projeto do novo Código de Processo Civil, que tramita pelas casas legislativas. A proposta normativa sugere a adoção de um modelo misto em relação à autoridade que distribui o ônus da prova, pois combina as regras do ônus fixo

e do dinâmico. Segundo a redação atual[249] que aguarda votação pelo plenário do Senado, nos casos previstos em lei, ou se o juiz verificar impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes para cumprir o ônus probatória, poderá atribuir o ônus da prova de forma distinta, mediante decisão fundamentada e dando oportunidade à parte contrária dele se desincumbir.

Em um modelo em que as regras são exclusivamente fixas, a distribuição do ônus da prova é definida previamente por lei, cabendo a cada uma das partes a comprovação dos fatos que alegar. Por outro lado, no modelo ideal pensado por Bentham[250], a decisão sobre a distribuição do ônus da prova caberia unicamente ao juiz, que o atribuiria, no caso concreto, à parte que estivesse em melhores condições de produzir a prova.

O modelo proposto para o novo Código de Processo Civil é uma combinação destes dois, tendo a distribuição fixa como regra geral, que pode ser flexibilizada em determinadas situações, sendo o ônus atribuído à parte em melhores condições de produzir a prova. Via de regra, o autor continua responsável pela prova dos fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Esta proposta, contudo, mais se assemelha a uma inversão do ônus da prova do que a uma distribuição dinâmica propriamente dita, pois o juiz não efetua uma livre distribuição do ônus conforme a facilidade na prova do fato controverso, mas sempre parte da regra geral e, *se* identificar a dificuldade ou impossibilidade na obtenção da prova pelo autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito, ou pelo réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, poderá determinar que a prova seja trazida pela outra parte, invertendo, assim, o ônus da prova.

Levando-se em consideração a redação atual do projeto do novo Código de Processo Civil, alguns pontos merecem destaque.

---

[249] A versão do projeto do novo Código de Processo Civil utilizada neste trabalho é aquela constante do relatório do Senador Vital do Rego, aprovada no dia 4 de dezembro de 2014, e que foi enviada para votação no plenário do Senado, por ser a versão mais atualizada no momento de sua conclusão. Esta versão foi consultada no dia 14 de dezembro de 2014 no *site* http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141204-04.pdf

[250] Cf. capítulo 4.3.1.

A exigência de fundamentação da decisão que altera a distribuição dinâmica do ônus da prova é essencial para se conhecerem os motivos que levaram à aplicação do ônus dinâmico, viabilizando eventuais recursos, e também como medida de controle da atividade jurisdicional, evitando ou minimizando a arbitrariedade nas decisões.

Igualmente relevante é a previsão de que se dê à parte que passou a ser onerada oportunidade para se desincumbir do ônus probatório. Esta medida tem por objetivo a proteção do contraditório e da ampla defesa e evita que a parte seja surpreendida, ao final do processo, com uma decisão desfavorável pela não produção de uma prova cuja responsabilidade lhe foi atribuída apenas no momento da sentença. O ônus dinâmico não pode ser uma penalidade aplicada à parte ao final do processo, deve ser, antes, uma medida para estimular a efetiva produção da prova no caso concreto.

Não é demais reforçar que, no tocante ao ônus da prova, o ordenamento processual brasileiro já estabelece mecanismos para lidar com problemas relativos à dificuldade probatória das partes. Por se tratar de uma regra excepcional, importante que, se o ônus dinâmico vier efetivamente a ser incorporado ao ordenamento, deverá ter aplicação excepcional, e apenas se a regra geral efetivamente não viabilizar a produção da prova e se não couber outra regra de distribuição do ônus da prova positivada, evitando-se, assim, sua generalização e banalização.

Pelos julgados aqui apresentados foi possível notar que, na prática, alguns juízes têm aplicado equivocadamente esta teoria em situações para as quais o ordenamento já previu outra solução legal à dificuldade probatória, como por exemplo nos casos de clara incidência Código de Defesa do Consumidor, que levaria a um resultado semelhante, mas fundado em uma norma legitimamente positivada.

A incorreta aplicação do ônus dinâmico pelos juízes, além de gerar uma situação de insegurança, poderá ainda estimular o abuso do direito de demandar e incentivar a litigância descompromissada. Não se pode ignorar a possibilidade de demandantes mal intencionados tentarem ganhar a simpatia dos juízes, já esperando que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja aplicada, para que o ônus da prova seja transferido ao

adversário, que dele poderá não conseguir se desincumbir[251] - ou poderá fazê-lo a um custo superior ao que suportaria em decorrência de uma procedência injusta, o que é igualmente ruim.

Esta mudança no foco da distribuição do ônus da prova deve ser apreendida e aplicada com cautela, para evitar a criação de um sistema arbitrário e completamente aberto às influências sociais dominantes da época, causando situações de incerteza, decisões arbitrárias e, a longo prazo, prejuízo aos jurisdicionados. É necessário cuidado ao modificar uma regra, que sempre funcionou na *maioria* dos casos, para outra que, ao tentar corrigir um erro relativo a algumas situações, não crie problemas mais graves.

O modelo de distribuição fixa do ônus da prova privilegia a segurança jurídica, a previsibilidade e a litigância compromissada, na medida em que permite às partes – e à própria sociedade – antecipar os riscos que ocorrem em uma determinada demanda, o que pode, inclusive, pesar na decisão do autor de propor a ação ou do réu em oferecer um acordo para evitar um litígio com risco considerável de perda, visto que, sabendo antecipadamente de que provas de dispõem para a demanda, as partes poderão melhor prever como o juiz deverá decidir a demanda.

Esta previsibilidade não existe, ao menos até o término da fase postulatória, com o ônus dinâmico, pois no momento do saneamento, ou mesmo antes de proferir a sentença, o juiz poderá atribuir o ônus da prova à outra parte, casuisticamente, caso constate a dificuldade relativa das partes para a produção da prova em questão. A aplicação deste modelo poderá, inclusive, representar em determinadas situações um desestímulo à composição – prévia ou no curso do processo – preferindo a parte aguardar um eventual benefício decorrente da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O fato de o projeto de lei utilizar definições genéricas transfere ao juiz a atribuição de preenchê-las no caso concreto, segundo sua percepção individual e subjetiva, de quais seriam as "circunstâncias da causa", as "peculiaridades do fato a ser provado", ou mesmo o

[251] Esta hipótese não é de todo descabida, pois infelizmente a prática mostra que muitos jurisdicionados consumidores propõem ações de má-fé, especialmente nos Juizados Especiais Cíveis, já contando com o fato de que o fornecedor – via de regra instituições de grande porte e que sofrem ações repetidas de mesma natureza (bancos, sistemas de telefonia) – embora tenha o ônus da prova, não terá condições de produzi-la no tempo requerido ou com custos que compensem tal produção.

grau de dificuldade de uma parte e de facilidade da outra parte na produção da prova, para justificar a dinamização. Isso poderá inclusive levar à aplicação de decisões distintas a situações análogas, o que, embora comum, certamente não seria desejado e nem recomendável.

A uniformização das decisões judiciais recebeu grande importância nos últimos anos, tendo motivado reformas no Código de Processo Civil atual, para garantir que situações idênticas sejam julgadas do mesmo modo pelos tribunais, com as súmulas impeditivas de recurso, súmula vinculante, julgamento uniforme de recursos repetitivos, etc. Este movimento reflete uma das vertentes do princípio da legalidade; caso contrário o estabelecimento de condutas aos indivíduos estaria sempre sujeito à interpretação do juiz, e não à vontade da lei.

Quanto mais abertas as cláusulas sujeitas à interpretação do juiz, maiores as chances de genuíno inconformismo e de recurso aos graus superiores. Da forma como prevista na lei vigente, a discussão sobre a má distribuição do ônus da prova (violação do artigo 333 do atual Código de Processo Civil) pode ser levada até o Superior Tribunal de Justiça – ao menos em tese e segundo alguns precedentes – em decorrência de expressa violação de dispositivo normativo infraconstitucional. A decisão, em última instância, irá analisar a possível violação da lei pela atribuição do ônus a quem não cabia. Entretanto, a substituição de critérios objetivos – fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo – por subjetivos, ligados a *peculiaridades da causa*, irá suprimir a possibilidade de discussão da questão pela instância máxima, eis que a análise dos requisitos dependerá da casuística e das circunstâncias do fato concreto, não sujeitas às instâncias superiores.

Por outro lado, também não se pode deixar de considerar que, como os desembargadores estão mais afastados das partes, das provas e das situações de fato, podem não estar aptos ou encontrarem dificuldades de avaliar qual das partes estaria efetivamente em melhores condições de produzir a prova, o que desaconselha a fixação de critérios predominantemente subjetivos para a distribuição do ônus da prova.

O Estado tem chamado para si a responsabilidade pela busca da verdade nas relações privadas, impulsionando movimentos de aumento dos poderes do juiz, inclusive por meio do ônus dinâmico. Todavia, não se pode perder de vista que a verdade nem sempre é

atingida no processo, seja porque os juízes não têm condições de promover investigações aprofundadas em todos os casos que lhes são submetidos, seja porque as provas não foram produzidas, ou ainda porque as provas disponíveis não levam à inequívoca confirmação dos fatos. A própria ciência tem aberto mão da pretensão de encontrar a verdade absoluta, substituindo-a pela busca de modelos coerentes, previsíveis e – embora desejosos da verdade – falseáveis.

Uma norma introduzida com o propósito de diminuir a desigualdade entre as partes, ao submeter à opinião subjetiva do juiz a verificação de qual parte estaria em melhores condições de produzir a prova, poderá comprometer gravemente a sua imparcialidade, a segurança jurídica e outras garantias fundamentais tão duramente conquistadas nas últimas décadas. A legalidade ainda é uma das maiores garantias e seguranças para os jurisdicionados contra decisões arbitrárias e subjetivas, e não seria prudente deixar o direito simplesmente à mercê da ideologia reinante em determinada época.

A opção de introduzir o ônus dinâmico no ordenamento pode reduzir os critérios técnicos e abrir as portas do processo para critérios sociais e políticos particulares, que embora adotados com as melhores intenções e até nobreza de objetivos, nem sempre são logicamente justificáveis ou levam às decisões mais corretas.

Não importa o modo de distribuir o ônus da prova, ou que haja total autonomia do juiz na investigação dos fatos, sempre poderá haver situações de dúvida. A inclusão de outro modelo de distribuição do ônus da prova, com o aumento do poder de investigação do juiz nas relações privadas, poderá não levar ao efeito pretendido com esta modificação e ainda possibilitará uma maior interferência do Estado em matérias privadas envolvendo direitos disponíveis, inclusive em substituição à vontade e à liberdade das partes.

Se utilizado corretamente, o ônus dinâmico poderá ser um instrumento de colaboração para a melhoria da investigação dos fatos no processo e da melhor qualidade das sentenças. Porém, havendo má aplicação ou abuso, os problemas decorrentes de seu uso poderão ser ainda maiores do que aqueles que se propõe a resolver, comprometendo seriamente a segurança jurídica, a ampla defesa e o contraditório.

A simples mudança com a justificativa de que o modelo atual seria insuficiente ou inadequado não afasta a possibilidade de que a alternativa também não resolva estes problemas. Se o ônus dinâmico é inevitável, como o estado da discussão do projeto do novo Código de Processo Civil parece demonstrar, é preciso então compreendê-lo e trabalhar sua técnica, para que seus benefícios sejam realmente superiores aos problemas que pode causar.

O tema é por demais relevante e sensível, e merece ser plenamente compreendido – para além de boas intenções ou da insatisfação com as soluções atuais – para que seja devidamente acomodado no sistema processual brasileiro, dentro dos limites da legalidade e dos princípios e garantias de direito.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena. **Abuso do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do Juiz e tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ASCARELLI, Tulio. Clausole di esonero da responsabilità nel transporto maritimo e inversione convenzionale dell'onere della prova. **Il foro italiano**. V. LXI, Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

ARAGÃO, Egas Moniz. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1981.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil.* **Revista de Iberoamericana de Derecho Procesal** , v. 7, Madrid: Clemares, p. 71 a 109, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil *In* **Revista de Processo**, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**, 12ª ed., Vol. 2 (Processo de Conhecimento), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Reflexões sobre o ônus da prova. *In* **Revista de Processo 76**, out.-dez. 1994, p. 141-145.

ARISTOTLE. **The organon, or logial treatises of Aristotle**. Traduzido por Octavius Freire Owen, M.A. London: Henry George Bohn, 1853.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BACON, Francis. On Truth. In: _____. Bacon's Essays. London, Adam & Charles Black, 1912.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho.** São Paulo: USP, 2013. 235 p. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de são Paulo, São Paulo, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *In* **Temas de Direito Processual**. São Paulo, Saraiva, 1977.

_____. *Os novos rumos do processo civil brasileiro. In* **Revista de Processo**, n. 78. Rio de Janeiro, abr/1995, p. 133 a 144.

_____. *Por um processo socialmente efetivo. In* **Revista de Processo**, n. 105. Rio de Janeiro, jan/2002, p. 183 a 190.

_____. *O neoprivativismo no processo civil. In* **Temas de Direito Processual - Nona série.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87 a 101.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBERIO, Sergio José. *Cargas Probatorias Dinámicas: Que debe provar el que no puede probar? In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.); **Cargas Probatorias Dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 99 a 107.

BARINETTI, Pietro. **Diritto Romano** – Parte Generale. Milano: Francesco Vallardi, 1864.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENTHAM, Jeremy. Introductory view of the rationale of evidence for the use of non-lawyers as well as lawyers. *In* **The works of Jeremy Bentham published under the superintendence of his executor John Bowring**. Edimburgh: Simpkin, Marshall & Co.,

1843. O trabalho original deste autor pode ser consultado no *site* http://oll.libertyfund.org/titles/1923. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

_____. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1879. O trabalho original deste autor pode ser consultado no *site* http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-an-introduction-to-the-principles-of-morals-and-legislation. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

_____. **A fragment on government**. Oxford: Clarendon Press, 1891. O trabalho original deste autor pode ser consultado no *site* http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. *In* **Revista Forense**, Rio de Janeiro, pp. 68-69, jun. 1939.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro *In*: **Revista de Processo**, n. 190. São Paulo: RT, dez/2010. p. 210 a 230.

BORTOWSKI MOREIRA, Marco Aurélio. A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor. *In* **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 101 a 117.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento ordinário e sumário**. v. 2. t. 1. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BURKE, Edmund. **Selected works of Edmund Burke: a new imprint of the Payne edition: foreword and biographical note by Francis Canavan.** Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da Prova. *In* **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, jul./ago. 1961, p. 5 a 24 .

_____. A elaboração do Código de Processo Civil. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAETANO, Marcello. **História do direito português (sécs. XII – XVI)**. São Paulo: Verbo, 2000.

CALAMANDREI, Piero. Premissas políticas do projeto de novo código processual civil italiano. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, maio, 1939.

_____. **Studi sul processo civile**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *In* **Revista dos Tribunais**, ano 32, nº 153, nov. 2007, p. 33 a 46.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, v. 1 e 2.

_____. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959.

_____. **A prova civil**. São Paulo: LEUD, 2003.

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

CASTRO, Daniel Penteado de. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica.** São Paulo: USP, 2010. 300 p. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de são Paulo, São Paulo, 2010.

CAVALLONE, Bruno. *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*. *In* **Rivista di Diritto Processuale**, 2009, p. 861 a 873.

CHASE, Oscar Gottfried. **Law, Culture, and Ritual**. Nova Iorque: New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Processal Civil**, Tomo II. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, 2ª edição. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, 1998.

_____. **Le prove civili**. Torino: Utet Giuridica, 2010.

COSTA, Mário Julio de Almeida. **História do Direito Português**. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO, Camilo José D`Avila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática.** São Paulo: USP, 2011. 179 p. Tese (Doutorado) – Pós Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Estudio de Derecho Procesal Civil**, Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1978.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *In* **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 788, 2001, p. 92 a 107.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** Salvador: Podivum, 2008.

_____. *O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In* **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, Ano 4, Vol. VI, jul/dez 2010.

_____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *In* **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 198, ago/2011, p. 213 a 225.

DIDIER JR., F.; SARNO, P.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**, vol. 2. Salvador: Podium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, v. III.

_____. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento.** São Paulo: USP, 2007, 266 p. Tese (Doutorado) – Pós Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**, Tomo I, Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1970.

EDWARDS, Paul. **Encyclopedia of Philosophy**. New York: Macmillan, 1967.

FRANCE, Anatole. **Le lys rouge**. Paris: Calmann-Lévy, 1906.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRINOVER, A. P. et al., O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Daniel Dias Carneiro. **Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro**. 2009. 84 p. Monografia (trabalho de conclusão do curso de direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

HAYEK, Friedrich. **Law, legislation and liberty, vol. II: the mirage of social justice.** London: Routledge and Kegan Paul, 1976.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Da publicização do processo civil.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 2ª edição. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KENNEDY, Duncan M. **From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's consideration and form.** Columbia Law Review, nr. 94, 2000.

KISCH, Wilhelm. **Elementos de Derecho Processual Civil**, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

KNIJINIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____ *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 diabolica*. In FUX, Luiz et all. (coord.) **Processo e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942 a 951.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento? *In* **Revista de Processo**. São Paulo, nº 138, ago. 2006, p. 278.

LEGUISAMÓN, Hector E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.); *In* **Cargas Probatorias Dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 109-124.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LESSONA, Carlo. **Trattato delle prove in materia civile.** Firenze: Casa Editrice Livraria Fratelli Cammelli, 1922.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Notas sobre a *litis contestatio* e sua sobrevivência no processo civil canônico. *In* **Revista de Processo**. São Paulo, nº 187, set. 2010, p. 343 a 356.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. *In* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 4, vol. 716, jun. 1995, p. 41 a 47.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. O trabalho original deste autor pode ser consultado no *site* http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_06/ebooks/a_logica_das_provas_em_materia_criminal.pdf. Data da consulta: 14 de dezembro de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no código de defesa do consumidor**. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 1993.

MAXWELL, Nicholas. Induction and Scientific Realism: Einstein versus van Fraassen Part Three: Einstein, Aim-Oriented Empiricism and the Discovery of Special and General Relativity. **The British Journal for the Philosophy of Science**, Oxford, v. 44, n. 2, p. 275-305, Jun. 1993.

MCCORMICK, Charles Tilford, et. al. **McCormick on evidence**. Saint Paul: West Group, 1999.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame**. Revista Forense, Rio de Janeiro, 361/47, mai./jun. 2002.

_____. **Teses estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 v. 1.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1961, 39 v. Colección ciencial del processo. Versão em espanhol de Santiago Sentis Melendo do original italiano.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. 7th edition. London: Longmans, Green & Co., 1979.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert Ed., 1879.

MORAES, José Rubens de. **Sociedade e verdade – evolução histórica da prova**. São Paulo: USP, 2008, 505 p. Tese (Doutorado) – Pós Graduação *stricto sensu,* Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo.

MUELLER, C. B.; KIRKPATRICK, L. C. **Evidence**. Nova Iorque: Aspen, 2003.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: Lex, 2000.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR THE HUMAN RIGHTS; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers.** New York e Geneva: United Nation, 2003.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. **Primeiras linhas sobre o processo civil**: **accomodadas ao fôro do Brasil até o ano de 1877**, Tomo VI. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1880.

PEYRANO, Jorge Walter. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.); **Cargas Probatorias Dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008a, p. 13 a 18.

_____. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008b, p. 19 a 24.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008c, p. 75 a 98.

_____. De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008d, p. 169 a 173.

PHILLIMORE, John George. **The history and principles of the law of evidence as illustrating our social progress.** London: William Benning &Co., Law Booksellers, 1850.

PHILLPAPERS. The Phillpapers survey. Disponível em <http://philpapers.org/surveys/results.pl?affil=Philosophy+faculty+or+PhD&areas0=0&areas_max=1&grain=medium>. Acesso em 14 de dezembro de 2014.

PINA, Rafael de. **Tratado de las pruebas civiles**. Ciudad del Mexico: Editorial Porrúa, 1975.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

POPPER, Karl. Los comienzos del racionalismo. In: MILLER, David (Comp.). Popper: escritos selectos. México: FCE, 1995.

_____ Verdad y aproximación a la verdade. In: MILLER, David (Comp.). Popper: escritos selectos. México: FCE, 1995.

PUGLIESE, Giovanni. Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano per formulas. **Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei**. Volume terzo, Diritto Processual, Padova: CEDAM, 1958.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. *In*: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.); **Cargas Probatorias Dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 25 a 34.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, **O ónus da prova no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

REALE, Miguel, **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, 5ª edição.

RIBEIRO, Débora de Oliveira. **Inversão do ônus da prova no código de direito do consumidor.** São Paulo: USP, 2005. 173 p. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação *stricto sensu*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2005.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

RUSHEFSKY, Mark E. **Public policy in the United States at the down of the twenty-first century.** New York: M.E. Sharp, 2008.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 1.

_____. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUZA, Zilda Carolina Véras de. **Ônus da prova: regras de aplicação.** Brasília: Rede LFG de Ensino Telepresencial, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *in* **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2007, p. 207.

_____. **La semplice verità**. Bari: Laterza, 2009.

_____. **La prueba, artículos y conferencias.** Santiago: Editorial Metropolitana, 2009b.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

_____. *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).* **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, Síntese, n. 3, 1999.

_____. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

TRIMMER, John D. The present situation in quantum mechanics: a translation of Schrödinger's "Cat Paradox" Paper. **Proceedings of the American Philosophical Society**, Philadelphia, v. 124, n. 5, p. 323-338, Oct 1980.

TUCCI, José Rogério Cruz &, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Precedente judicial como fonte de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Lições de história do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel proceso civile**. Napoli: Jovene, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, T. A. A.; Medina, J. M.G. **Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge Walter (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Org.); **Cargas Probatorias Dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 35-65.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. *In* **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/2012, pp. 115-159.