

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Artur Thompsen Carpes

**PROVA E PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: A DINAMIZAÇÃO DOS
ÔNUS PROBATÓRIOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Porto Alegre
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Artur Thompsen Carpes

**PROVA E PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: A DINAMIZAÇÃO DOS
ÔNUS PROBATÓRIOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2008

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto das experiências de uma vida não só acadêmica. Por tal razão, muitas pessoas colaboraram firmemente para que as idéias aqui expostas fossem assim desenvolvidas. À minha mãe Conceição, meu pai Artur e ao meu irmão Rafael pelo apoio irrestrito e amor incondicional. Ao amigo Daniel Mitidiero, não apenas pela imensa e devotada amizade, mas pela inspiração e franco debate destas e de tantas outras idéias.

Aos professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Danilo Knijnik, por todo o aprendizado aqui ilustrado, pelos ensinamentos, intenso diálogo e segura orientação.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial a Daisson Flach, Gabriel Pintaúde Hermes Zaneti Júnior e Juliana Leite Ribeiro do Vale. À secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialmente à Rosane, Denise, Elisângela e Fabiani.

À biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde realizei a maior parte da pesquisa bibliográfica, em especial à bibliotecária Lúcia Aickel e ao funcionário Nilo Machado. Aos amigos Abraham Luis Vargas, Fernanda Toazza Chechi, Fernando Augusto Silveira Alves, José Linneu Crescente, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Antônio Müller e Paulo Antônio Uebel.

Aos meus alunos.

“No dia que se descobre
um céu sem esquadrias
assusta o tamanho
da vida.”¹

“La realidad – como la vida – no está trazada de una vez y para siempre ni de manera uniforme. El querer abrazar a todos los casos y manejarlos en rígidas reglas se ve que es imposible y si se fuerza eso, esa compleja realidad se vengará de las doctrinas y de las normas.”²

¹ SILVEIRA, Heitor. *Porto dos retornos*. Porto Alegre, 1993, p. 46.

² MORELLO, Augusto M. Morello. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 98.

RESUMO

A presente dissertação aborda o problema da distribuição dos ônus probatórios no processo civil brasileiro. Partindo do exame das relações entre processo e cultura, especialmente no que se refere aos modelos de prova e de procedimento probatório, modelos de Estado e às fases metodológicas do formalismo processual, busca-se revelar a importância da repartição do *onus probandi* na teia do formalismo processual. Visualiza-se o ônus da prova à luz dos direitos fundamentais, especialmente quanto à importância da participação das partes para a formação do juízo de fato – isto é, através de sua dimensão subjetiva – e, por via de consequência, à realização da justiça.

Questiona-se quanto à viabilidade da regra contida no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro ser apta a proporcionar, em todo e qualquer caso concreto, a observância do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição). Mediante a análise dos direitos fundamentais à igualdade substancial e à prova no processo, propõe-se a adoção da técnica da dinamização dos ônus probatórios, como forma de otimizar os esforços das partes em torno da prova, conformando, assim, o procedimento probatório à Constituição e aos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of allocation of the burden of proof in Brazilian civil procedural law. Through the initial assessment of the relationship between procedural law and culture, especially with regards to the types of evidence and their relevant procedures, types of States and the phased methodology of procedural formalism, this study seeks to reveal the importance of sharing the *onus probandi* in the context of procedural formalism. The burden of proof is analyzed in the realm of the fundamental rights, particularly with regards to the importance of the participation of the parties for the construction of the factual judgment – that is, through its subjective dimension – and, hence, for the proper achievement of justice.

This paper further questions the viability of the rule contained in section 333 of the Brazilian Procedural Code of being, in any and all factual cases, in observance with the fundamental right of the right of access to fair judicial order (section 5, XXXV, LIV and LV of the Brazilian Federal Constitution). By analyzing the fundamental rights of substantial equity and procedural evidence, this study defends the adoption of a technique to dinamize the burden of proof as a means to optimize efforts from the parties dealing with evidence and, thus, conform the evidence procedure with the Brazilian Federal Constitution and the fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – PROCESSO E CULTURA	13
1. Introdução	13
2. O <i>ordo judicarius medioevale</i> e o modelo argumentativo de prova	16
3. O processo no Estado liberal e o modelo demonstrativo de prova	21
4. O processo no Estado Constitucional e o modelo contemporâneo de prova.....	27
4.1 <i>Em especial: A teoria dos direitos fundamentais no Estado Constitucional</i>	37
PARTE II – DO ÔNUS DA PROVA	42
1. Introdução	42
2. A “teoria das normas” como modelo de distribuição do ônus da prova	44
3. A natureza jurídica da disposição que distribui os ônus probatórios	47
4. A dupla função dos ônus probatórios. Função subjetiva e função objetiva.....	50
5. As presunções e a disciplina do ônus da prova	544
6. Deveres de cooperação e ônus probatórios.....	600
PARTE III – A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	655
1. O art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro	655
2. A dinamização dos ônus probatórios no direito brasileiro	700
2.1 <i>O direito fundamental à ordem jurídica justa</i>	766
2.1.1 O direito fundamental à igualdade substancial.....	810
2.1.2 O direito fundamental à prova	89
2.2 <i>A probatio diabolica como obstáculo ao direito fundamental à ordem jurídica justa</i>	93
2.3 <i>A inviabilidade da prova por fato da contraparte e dinamização dos ônus probatórios</i> ..	97
3. A indevida confusão entre modelos de constatação e dinamização do ônus da prova	102
4. Matizes pragmáticos da dinamização como técnica de conformação constitucional do procedimento probatório do direito brasileiro: o caso do dano ambiental e do erro médico	105
5. Legislação e dinamização	110
6. O equívoco da expressão “inversão” do ônus da prova	118
7. Da responsabilidade civil objetiva e a sua relação com a distribuição dos ônus probatórios	120
PARTE IV – A APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO	125
1. Introdução	125
2. O controle difuso de constitucionalidade brasileiro	126
3. A motivação judicial e as bases constitucionais da dinamização	131

4. Aspectos pragmáticos: o procedimento da dinamização 135
4.1. O momento da decisão que opera dinamização dos ônus probatórios..... 136
4.2. O recurso cabível da decisão sobre a dinamização dos ônus probatórios..... 144

CONCLUSÕES..... 149

REFERÊNCIAS 153

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar a legitimidade e funcionalidade da dinamização dos ônus probatórios no direito processual civil brasileiro como técnica destinada a propiciar, em determinados casos e sob determinadas bases, o efetivo acesso à ordem jurídica justa. A partir do realce que adquire o diálogo no processo, do advento do Estado Constitucional e do marco teórico representado pelo formalismo-valorativo, trabalha-se especialmente na perspectiva da função subjetiva desempenhada pelos ônus probatórios e da sua aptidão para colaborar com o alcance da decisão justa.

O trabalho vai estruturado em quatro partes distintas.

A primeira cuida de estabelecer a íntima conexão existente entre processo e cultura. Trabalha-se principalmente a existência de três modelos de prova e procedimento probatório – argumentativo, demonstrativo e contemporâneo –, bem como as indeléveis e recíprocas influências que tais modelos exercem e sofrem da cultura de cada época, que vão encartadas especialmente nos modelos de Estado, nos modelos de formalismo processual e nos modelos de lógica jurídica.

Na segunda parte, passa-se à análise do problema do ônus da prova. Cuida-se de analisar seus caracteres gerais, dentre os quais se situa o estudo da base teórica fundamental da disciplina brasileira, sua respectiva natureza normativa, suas funções, sua relação com as presunções e, finalmente, seu nexos com o dever de cooperação entre os sujeitos do processo.

Na terceira parte, cuida-se de analisar propriamente a legitimidade e a funcionalidade da dinamização dos ônus probatórios no sistema constitucional processual brasileiro. O enfoque volta-se para as bases da aplicação da técnica, através de uma perspectiva direcionada para os direitos fundamentais. Com a atenção na função subjetiva do ônus da

prova, busca-se questionar a aptidão da disposição estática prevista no art. 333 do Código de Processo Civil para propiciar, em todo e qualquer caso, o direito fundamental ao processo justo. Considerando que a escorreita distribuição dos ônus probatórios é indispensável para a formação do juízo de fato e, por via de conseqüência, à tutela dos direitos e à realização da justiça, objetiva-se trabalhar as bases da dinamização, visando a alcançar tais escopos.

Na quarta e última parte, cuida-se de estabelecer o modo de aplicação da dinamização dos ônus probatórios. Trabalham-se as noções envolvendo o controle de constitucionalidade pelo juiz singular brasileiro, a indispensabilidade da motivação da decisão que dinamiza o ônus da prova, o adequado momento em que esta deve ocorrer no processo bem como o recurso destinado a sua respectiva impugnação.

Neste trabalho, de um modo geral, busca-se sedimentar a compreensão da importância e significado da disciplina dos ônus probatórios no processo civil brasileiro da contemporaneidade e, por via de conseqüência, da necessidade de sua conformação constitucional, mediante a efetivação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. A perspectiva adotada se manifesta em dois pontos essenciais: o primeiro, por considerar a função subjetiva dos ônus probatórios, aquela destinada a conformar a atividade probatória das partes, a mais importante dimensão do problema; o segundo, intimamente ligado ao primeiro, por adotar a compreensão de que apenas distribuindo-se os ônus probatórios em conformidade à Constituição alcança-se o escopo do processo contemporâneo, qual seja, o de realizar justiça.

A visualização dos três modelos de prova é indispensável para a constatação de que existem polaridades, isto é, endereços culturais que vão sendo percorridos pelo trem da humanidade. O modelo argumentativo de prova, baseado na lógica retórica, na arte do diálogo, é o que vigorou na ordem do medievo: a atividade das partes era fundamental para a formação do juízo de fato e, assim, para a justiça da decisão. A substituição pelo modelo demonstrativo ocorre concomitantemente com o Iluminismo e o advento do Estado Liberal. Em tal endereço histórico, o direito reduz-se à lei e o processo converte-se em ciência, bem ao gosto das inovações alcançadas nas ciências da natureza. O alcance da verdade, que deveria ser absoluta, por sua vez, não dependeria do diálogo dos sujeitos processuais.

No terceiro modelo, o qual denominamos *contemporâneo*, observa-se uma significativa aproximação ao modelo argumentativo: os movimentos em torno da concepção tópica-retórica e do direito como sistema propõem uma revitalização do diálogo no processo. O contraditório passa a ter não mais feição meramente defensiva, mas também uma feição ativa, fundamental para a construção da decisão justa. Os direitos fundamentais incrementam seu significado e importância nesse período e o processo, enquanto instrumento de sua respectiva proteção, ganha o devido relevo, razão pela qual se reforça a atenção em torno da participação das partes, não apenas em atenção ao valor da democracia, mas à própria dignidade da pessoa humana³.

A partir de tal perspectiva, voltada para a consideração de que o processo, hoje essencialmente dialético, serve à tutela dos direitos fundamentais, trabalha-se a técnica da distribuição dos ônus probatórios, sua importância, suas características no direito brasileiro, suas funções – regra de juízo e regra de estruturação da atividade das partes – e suas respectivas e inevitáveis relações com as presunções e com os deveres de cooperação, outra marca indissociável do modelo contemporâneo de procedimento probatório. Consta-se – ademais como já se destaca desde o advento do Código de Defesa do Consumidor – que a distribuição positivada na lei processual não responde necessariamente, em todos os casos concretamente considerados, aos anseios de um processo no qual se deve observar a igualdade e que deve propiciar o efetivo acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição).

A proposta pela dinamização dos ônus probatórios pressupõe necessariamente critérios para sua aplicação. Tais critérios são buscados na Constituição. A análise da aplicação, por obra do juiz, é objeto de análise na parte final do trabalho, ocasião em que se proporá uma forma de manusear tal técnica de conformação constitucional do procedimento probatório.

³ Como bem aponta C.A. Alvaro de Oliveira, “a faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu dever de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 234.

Dessa forma, proposta a dinamização do ônus da prova sob o contexto cultural que, no que toca ao processo civil, vai encartada no método do formalismo-valorativo, cumpre destrinchar o polêmico problema da sua legitimidade e funcionalidade no direito brasileiro.

PARTE I – PROCESSO E CULTURA

1. Introdução

O ponto de partida para todo aquele que deseja compreender o direito processual na atualidade é entendê-lo como um fenômeno cultural. É através do exame da história que se vai constatar que o processo sempre esteve moldado à cultura de sua época. As “marchas e contramarchas”⁴ do desenvolvimento formalismo processual são marcadas por doutrina de relevo, da mesma forma com que se caracteriza o direito processual – ramo do direito “mais rente à vida”⁵ - como verdadeiro “espelho de uma cultura” ou “índice de uma civilização”⁶.

Compreender o processo como um produto da cultura do homem e não apenas como mera técnica, pois, é o primeiro passo a ser dado para aquele que se dedica a interpretar o fenômeno na contemporaneidade. Entender que o processo não vive alheio à cultura de seu tempo, mas, pelo contrário, respira os ares do momento histórico em que está inserido é, pois, de todo fundamental.

Muito embora tal modo de visualizar o processo civil possa passar por evidente, a este continuam imunes muitos operadores do direito, fator que colabora, necessariamente, para equívocos não apenas na sua compreensão, mas, por via de consequência, na própria interpretação e aplicação das normas processuais⁷. O imanente caráter cultural do processo

⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

⁵ A expressão, sempre convém lembrar, pertence a Pontes de Miranda. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t 1, p. XV e p. XLVII).

⁶ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-96, 1962, Não se pode deixar de mencionar, também, as fundamentais obras de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006, e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, além de, mais recentemente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷ Conforme Hans-Georg Gadamer, “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma mais explícita de compreensão. [...] Mas a íntima fusão entre compreensão e interpretação acabou expulsando totalmente do contexto da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica: a aplicação. [...] Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido, nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação”. A aplicação “é um momento tão essencial e integrante

passa, ainda nos dias de hoje, à margem da imensa maioria dos operadores do direito da atualidade, circunstância que decorre, inevitavelmente, das influências do *paradigma racionalista*, ou seja, dos marcantes efeitos que o período histórico da Idade Moderna fixou na cultura ocidental⁸.

Sem embargo da influência ditada pelos pressupostos das filosofias liberais, a possibilidade de surpreender o desenvolvimento do processo em fases metodológicas, que diferem entre si especialmente por força de peculiares características de seu respectivo formalismo⁹, derivadas, à evidência, do momento histórico em que se encontram encartadas, é aspecto que, inegavelmente, vem a reforçar e ilustrar o caráter cultural enroupado no direito processual.

Nessa quadra, doutrina de relevo faz perceber a existência de rupturas históricas no desenvolvimento do formalismo processual, dividindo-as em quatro principais endereços culturais: o *praxismo*, o *processualismo*, *instrumentalismo* e, finalmente, o *formalismo-valorativo*.¹⁰ Quase que em paralela simetria a tais etapas metodológicas do formalismo

do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação. [...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem da salvação – isto é, compreende-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre aplicar”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. 1, p. 406-408).

⁸ Como se verá adiante, a concepção do processo como mera técnica continua a povoar a mentalidade da grande maioria daqueles que praticam o direito, dificultando que se logre compreendê-lo com base na cultura de seu tempo e, por via de consequência, como um instrumento adaptado à sua realidade social. A respeito do assunto, ver BAPTISTA DA SILVA, *Processo e..., passim*, na qual o jurista se dedica a analisar os efeitos que a cultura iluminista continua exercendo sobre nossa legislação, nossa jurisdição e nossas universidades: “o ensino jurídico, com seu terrível anacronismo metodológico, permanece temporalmente congelado, servindo-se de critérios concebidos pelas filosofias racionalistas, em seu grandioso projeto de transformar o Direito em uma ciência exata, destinada a resolver as complexas questões humanas como quem resolve teoremas geométricos”, p. 50.

⁹ Na esteira do que leciona C. A. Alvaro de Oliveira, “o formalismo, ou forma em sentido amplo [...] mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, na tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 6-7).

¹⁰ Daniel Mitidiero, em tese de fôlego, invoca tais quatro fases metodológicas do fenômeno processual: o *praxismo*, “pré-história do direito processual”, quando este ainda se revelava mero apêndice do direito material; o *processualismo*, momento marcado pela necessidade de conferir autonomia científica ao direito processual, o que acabou causando o rompimento de sua relação com o direito material e sua concepção como mera técnica, despido que estava de valores; o *instrumentalismo*, que muito embora tenha atentado para a indispensável relação entre direito material e processo ainda sofre os influxos da supremacia da lei herdado do Estado legislativo e, finalmente, o *formalismo-valorativo*, momento no qual se revela um aprimoramento das

processual, surpreendem-se, não por acaso, diferentes modelos de prova e procedimento probatório. A existência de evidentes conexões entre os problemas lógicos, gnosiológicos e metodológicos, de todo identificáveis nos modelos de prova, claramente se imbricam no processo civil¹¹, residindo nesse aspecto a eleição do método da abordagem inicial, a pressupor a recíproca influência de tais fatores na compreensão, interpretação e aplicação do direito processual¹².

A prova está ligada à tentativa de reconstrução dos fatos no processo. Por essa razão, apenas através de uma investigação a respeito dos modelos de prova e de procedimento probatório é que se tornará possível a constatação do “fator típico de todo o modelo cognoscitivo em vigor no mundo exterior”¹³. Em outros termos, passa-se a descobrir as diferentes “formas aceitáveis de *conhecer a realidade* que variam de um período histórico para outro, e não são fungíveis”¹⁴. A idéia da *verdade*, aliás, não se refere apenas ao *conhecimento*, mas também à conduta do homem, mediante implicações não apenas lógicas como éticas que acabam precipitando na caracterização dos métodos.¹⁵ Não por outra razão se afirma que “o direito probatório pode ser considerado um capítulo da história político-

relações entre processo e Constituição e a observância do simples processo legal cede às exigências do devido processo constitucional. MITIDIÉRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, pp. 18-32. Em outra obra, o processualista anota, quanto à singular experiência brasileira, que “desde nossas mais fecundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual (...) quadro que apenas veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou, entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade. MITIDIÉRO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 37-38.

¹¹ PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987, v. 36, p. 110; VERDE, Giovanni. Prova (dir. proc. civ.), b) teoria generale e diritto processuale civile. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988, v. 38, p. 576 e C. A. Alvaro de Oliveira, ao sustentar que “ponto extremamente sensível ao formalismo concerne à valorização do material fático recolhido para a prova das alegações das partes, matéria que no curso da história tem sido objeto de regulação ora mais ora menos rigorosa, de molde a restringir ou facilitar a liberdade do órgão judicial no desempenho de tal tarefa, em consonância quase sempre com a confiança nele depositada e os valores imperantes na época”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 156).

¹² Não por acaso, aliás, se sustenta que “abrir o Código de Processo Civil no capítulo da prova é acessar um importante referencial dos modelos cognoscitivos de uma dada sociedade”. Cabe advertir, no entanto, que estes não se desenvolvem de maneira pura, mas configuram “tendências que se pronunciam aqui e ali”, não se podendo delimitar “um modelo epistemológico definido, unitário”. Conforme KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, tributário e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10-11.

¹³ MENNA, Mariano. *Logica e fenomenologia della prova*. Napoli: Jovene, 1992, p. 7 apud *Ibidem*, p. 7.

¹⁴ *Ibidem*, p. 9.

¹⁵ GIULIANI, Alessandro. L’ordo iudicarius medioevale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 43, [s.d.], p. 602. Embora examinando o paralelismo entre os modelos de prova e os sistemas processuais da *civil law* e do *common law*, Michele Taruffo também acusa existência de uma “complexa e articulada relação” (TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, 1990, p. 448).

constitucional de uma determinada época”¹⁶. O formalismo processual, em maior ou menor escala, acaba se relacionando com o modo pelo qual o sujeito encara a prova judiciária, o que torna instigante e proveitosa uma abordagem conjunta entre os modelos de formalismo processual, de prova, procedimento probatório e de lógica jurídica¹⁷.

O esforço inicial deste trabalho tem por escopo traçar uma melhor compreensão, interpretação e aplicação das normas que circundam a distribuição dos ônus probatórios à luz dos dias atuais, aspecto que ocupará nossa atenção a partir da segunda parte da pesquisa.

2. O *ordo judicarius medioevale* e o modelo argumentativo de prova

A tentativa de uma reconstrução do conceito clássico de prova não se oferece, mesmo nos dias atuais, como valor de pura erudição filológica¹⁸. Próprio do terreno da processualística medieval italiana – que representa o veículo de uma tradição tópico-retórica¹⁹ –, o modelo dominou principalmente durante os séculos XII a XV, embora já se insinuasse no processo justinianeu²⁰. A época era a do particularismo jurídico, que era caracterizado pela falta de unidade e de coerência no conjunto das normas vigentes em uma dada esfera espaço-temporal²¹, sendo que o modelo probatório de então acabou pontuado, necessariamente, por tais peculiares características.

Importa ressaltar, quanto ao momento em voga, a predominância do *praxismo*, postura metodológica que se situa na “pré-história” do direito processual civil e é anterior, portanto,

¹⁶ GIULIANI, Alessandro. Prova. I – Prova in generale. a) Filosofia del Diritto. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988, v. 38, p. 522.

¹⁷ Não surpreende que tenha sido especialmente através do estudo da prova que se basearam grandes filósofos e juristas para sustentar suas teorias em torno do conhecimento humano. Chega-se ao ponto de delimitar a complexa problemática envolvendo as relações entre lógica, retórica e técnicas do processo justamente através do conceito de prova. Afinal, revela-se irrefutável que filosofia e lógica acabam tendo seu esteio de demonstração através do raciocínio do juiz. Sobre o tema, ver, por dentre outros, GIULIANI, Alessandro. *Concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972. Na doutrina brasileira, consulte-se ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 68.

¹⁸ GIULIANI, Concetto..., p. XIII.

¹⁹ Assim, Ibidem, p. XIV.

²⁰ Ibidem, p. XIII.

²¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 33.

ao aparecimento daquilo que se convencionou denominar “ciência processual”²². Nessa época o processo é compreendido como *iudicium* e não como *processus*, podendo considerar-se aquele termo, aliás, como “palavra chave” da processualística até o final do medievo²³

Característica elementar desse momento cultural da experiência jurídica se encontra na circunstância de que o direito processual não era estatal, mas, sim, obra da doutrina e da praxe dos tribunais. Tal extra-estatalidade do processo no medievo, todavia, não significa dizer que a jurisdição não ostentava caráter público. Embora a fonte normativa não fosse pública, sua aplicação pelos juízos e tribunais tinha tal característica²⁴. O processo representa a Magna Carta dos direitos dos cidadãos: o primado do *ordo* é na sua extra-estatalidade, enquanto os seus princípios não dependem da vontade do legislador, mas da retórica e da dialética.

A lógica que dominava o processo no medievo era a lógica aristotélica, baseada na dialética – a arte do diálogo, da discussão e da persuasão – e na tópica-retórica, que pressupõe um pensamento orientado para a resolução do problema concreto posto em juízo. Os conflitos apenas poderiam ser resolvidos mediante o diálogo entre os sujeitos processuais, em um ambiente de plena isonomia.

A dialética é a lógica do provável, sendo que o provável, em tal esquema lógico, decorre do confronto de opiniões e do debate, é aquilo que parece aceitável a todos ou à grande maioria. O brocardo *probatio quidem est rei dubiae et per argumenta iudici faciens fidem* ilustrava bem a estreita relação entre a prova e o processo²⁵. A passagem de um sistema de provas irracionais²⁶ ao *ordo iudiciarius* não seria possível sem a assimilação da lógica do

²² MITIDIERO, Daniel. *Elementos...*, p. 17.

²³ PICARDI, Processo..., p. 102. Nesse endereço também se encontram o processo civil romano, em qualquer um dos seus três períodos (*legis actiones, per formulas e cognitio extra ordinem*), e o processo civil comum. A postura que informava o período era a sincrética, a partir da qual o processo era compreendido como direito adjetivo, isto é, mero apêndice do direito material, “algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo”. Conforme MITIDIERO, op. cit., p. 17.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo iudiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85.

²⁵ GIULIANI, Prova. I..., p. 530.

²⁶ Vale lembrar que as ordálias, ou julgamentos de Deus, consistiam em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida ou sem sinal evidente, se não dissesse a verdade ou fosse culpado. Eram provas de caráter eminentemente religioso, numa época em que tudo, o lar, a família, a cidade, o governo, a justiça, era presidido por uma figura divina. Um dos exemplos era a “prova das águas amargas”, imposta à mulher suspeitada de adultério, e consistia na ingestão, pela mulher, de bebida oferecida por sacerdote. Se depois de haver tomado a bebida, seu rosto se contraía e os olhos se lhe injetavam de sangue, era reputada culpada. (AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. 1, p. 25).

provável, legado da tradição tópica-retórica, que oferecia um fundamento lógico à questão fundada em toda a teoria da prova: o *onus probandi*²⁷.

Concebido como um princípio retórico que encontrava sua confirmação nos textos do direito romano (*semper necessitas probandi incubit illi qui agit*), o ônus da prova introduziu na teoria do processo um outro nível de racionalidade e de moralidade²⁸. Representou um salto de qualidade, ao proporcionar um reforço à teoria das presunções, baseada sobre uma lógica do provável axiologicamente orientada. A presunção, assim, constituiu um conceito chave na doutrina do ônus da prova, elaborada no quadro da teoria retórica, derivando daí alguns corolários: a) a mudança a respeito de que a idéia de normal deve ser provada e o risco recai sobre quem afirma; b) nenhum raciocínio presuntivo é tão evidente que seja capaz de dispensar a verificação pelo contraditório (as presunções, portanto, não configuram um meio legal de prova, mas um critério orientador da sua pesquisa); e c) o juiz não pode mediar presunções ou substitutos de prova, e preencher lacunas gnosiológicas do fato, sendo permitido a ele decidir como um *non liquet*²⁹.

A íntima ligação entre a atividade das partes e os ônus probatórios encontrava-se ilustrada no tardio direito comum alemão especialmente porque a sua respectiva distribuição era realizada na *Beweisinterlocut*, isto é, na sentença interlocutória de prova. Distribuídos os ônus probatórios em tal momento processual, as partes partiam para a instrução probatória sabendo, de antemão, o que necessitariam provar para se desincumbir de tal encargo³⁰.

Como a ordem era isonômica, e baseada justamente nas condições lógicas e éticas da dialética aristotélica, o contraditório tinha a função de reitor da igualdade no procedimento probatório. O problema da ordem, aliás, era fundamental na denominada “lógica da controvérsia”, seja no raciocínio retórico (que privilegia o momento persuasivo, justificativo e contestatório peculiar ao advogado), seja no raciocínio dialético (orientado do ponto de vista da verificação e do controle por parte do juiz)³¹.

²⁷ GIULIANI, op. cit., p. 533. Justamente por tal motivo, Rosenberg é enfático ao sustentar que os tratadistas do direito comum movem-se exclusivamente “no mundo imaginário do ônus subjetivo da prova”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 17).

²⁸ GIULIANI, Prova. I..., p. 533.

²⁹ Conforme Ibidem, p. 533.

³⁰ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 51.

³¹ GIULIANI, L'ordo..., p. 605. No mesmo sentido, MICHELI, op. cit, p. 28 e p. 37.

A suplência do juiz na formação do juízo de fato era vedada (*iudex non potest in facto supplere*). Isso poderia significar uma violação à igualdade entre as partes, notadamente por interferência ao contraditório, e também servir para tornar confusa a distinção entre a figura juiz e da testemunha ou do acusador³². O juiz não se colocava superpartes, a exemplo do que viria a ocorrer a partir da época moderna, restando flagrante a idéia de indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado³³.

Como a prova era tida como argumento da discussão e sua valoração pressupunha o debate entre os sujeitos processuais, a verdade que se procurava atingir era apenas a verdade “provável”, que poderia ser, assim, verdadeira ou falsa, fator que permitiu o desenvolvimento de estudos em torno da *patologia da argumentação*³⁴.

Nesse sentido é que se verificou na estrutura do *ordo iudiciarius* a existência de diversas técnicas no sentido de evitar o erro. Pela obra de Giovanni de Salisbury recolhe-se, por exemplo, a existência do chamado “juramento de calúnia”, que ocorria no momento introdutório do processo e obrigava partes e advogados a jurar não desenvolver matérias capciosas, fraudulentas ou dilatórias que redundassem em abuso do processo³⁵. Os estudos em torno da *patologia da argumentação* visavam a evitar que a dialética se transformasse na erística³⁶, ou seja, uma discussão velenosa e distante da confiança e do espírito de lealdade dos participantes da controvérsia³⁷.

A *patologia da argumentação* tinha por pressuposta a noção de que o homem era limitado na apreensão da matéria de fato, face à consciência em torno da falibilidade do próprio conhecimento humano. Tem-se, pois, por onipresente a hipótese do erro e, por via de consequência, da injustiça. Dessa forma, admitindo-se a falibilidade do conhecimento humano e a possibilidade deste errar, revelava-se indubitável que a proposta do modelo clássico de

³² GIULIANI, Prova. I..., p. 533.

³³ MITIDIÉRO, *Bases...*, p. 11.

³⁴ GIULIANI, Alessandro. Logica (teoria dell'argomentazione). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1975, v. 25, p. 25.

³⁵ GIULIANI, op. cit., p. 532.

³⁶ Sobre a dialética erística, ver SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

³⁷ GIULIANI, Prova. I..., p. 532.

prova era *fornecer as bases para que o erro fosse evitado*³⁸. Uma dessas bases, pois, constituía-se em evitar a “*perversão da ordem*” e, assim, reduzir ao máximo as possibilidades de erro.

Ostentando o silogismo judicial um corte dialético, os procedimentos lógicos tinham opiniões como pontos de partida e opiniões como pontos de chegada. Afinal, se a dialética é, essencialmente, “arte do diálogo, da discussão e da persuasão, a verdade que se poderia atingir é apenas uma verdade ‘provável’ (que pode ser, assim, falsa)”.³⁹

O contraditório exercia-se mediante a *ars apponendi et respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que tinha por escopo assegurar a reciprocidade e igualdade entre as partes⁴⁰: tal princípio era o “cardeal” da *forma probandi* no raciocínio retórico-dialético, na medida em que “a verdade emergia em termos negativos, através da exclusão das inferências argumentativas irrelevantes”⁴¹. O interesse das partes serve, de maneira inconsciente, à pesquisa da verdade *prática*, irreduzível a uma verdade necessária, como seria peculiar às ciências demonstrativas⁴².

É de frisar o ponto: nesse modelo o contraditório representava o instrumento de pesquisa dialética da única verdade que seria possível atingir: a verdade provável. Trata-se de uma verdade que não se pode conhecer, portanto, em sua totalidade, dado ao método tópico de pesquisa, com a objeção recíproca das partes, circunstância que amplia o campo das informações e favorece – ainda que, por vezes, contrariamente à intenção das próprias partes – a efetiva descoberta da verdade⁴³.

Outra característica marcante do modelo examinado é a impossibilidade de se estabelecer uma separação entre questão de fato e questão de direito. A ordem isonômica é “baseada em questões mistas”, cujo espectro central é a “controvérsia judiciária”⁴⁴. Os fatos

³⁸ KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

³⁹ PICARDI, Processo..., p. 107.

⁴⁰ Ibidem, p. 115.

⁴¹ GIULIANI, L’ordo..., p.606.

⁴² Ibidem, p.606.

⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 229.

⁴⁴ GIULIANI, op. cit., p. 606. No mesmo sentido, KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 78, para quem “a experiência medieval não consentia com a separação ou ruptura do fático perante o jurídico, ou seja, a *quaestio factii*

não são reduzidos a simples fatos empíricos, porque a dimensão do tempo constitui um obstáculo a separar o fato do valor, ou seja, as questões de fato das questões jurídicas. *O procedimento probatório, com efeito, resta intimamente ligado à argumentação, não à demonstração, sendo estranha ao raciocínio dialético a confiança na possibilidade de uma “evidência” que justifique, de antemão, a supressão do contraditório*⁴⁵.

O diálogo era fundamental para a construção do juízo de fato e do juízo de direito, razão pela qual a separação radical dessa ordem era descartada. Tudo passava, portanto, pela atividade das partes, derivando de tal contexto a importância dada à disciplina dos ônus probatórios, não essencialmente como regra de formalização do litígio, mas especialmente como vetor de estruturação e ordenação do diálogo em torno da prova: ao fim e ao cabo, esta configurou a própria essência da ordem medieval.

3. O processo no Estado liberal e o modelo demonstrativo de prova

A passagem do modelo clássico (argumentativo) ao modelo demonstrativo de prova corresponde à passagem do *iudicium*, ou *ordo iudiciarius* medieval, ao *processus*⁴⁶. Essa transformação do modelo probatório encontrou um terreno favorável para seu desenvolvimento no contexto cultural da Europa dos séculos XVII e XVIII, principalmente em face da desordem na administração da justiça.

A derrocada do modelo de prova baseado na argumentação é correlato ao fenômeno das *litis immortales*, isto é, da expressiva demora na conclusão das demandas judiciais, que foi resultado, indubitavelmente, do abuso da tradição dialética. Seja mediante a lógica da relevância, que através do mecanismo das questões incidentais proporcionava o surgimento de

estava implicada na *juris*”, sendo que “havia toda uma teoria para estabelecer as quantidades e as qualidades requeridas para ter-se provado determinado fato”.

⁴⁵ GIULIANI, L’ordo..., p. 606.

⁴⁶ PICARDI, Processo..., p. 113. Anota o jurista que, embora o termo *processus* tenha sido utilizado pelos canonistas desde o século XIII, vai refletir na estrutura do juízo apenas mais adiante, a partir dos séculos XVII e XVIII, com sua adoção pelos processualistas alemães, na medida em que, anteriormente, sua utilização era restrita apenas à prática, à gíria forense, não sendo adotada sequer pela doutrina italiana, que era dominante no cenário europeu. No mesmo sentido, ZANETTI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, jan./mar. 2004, p. 36.

várias ramificações do processo, seja pelo abuso da argumentação, que acabava por transformar a dialética em um estéril jogo de palavras⁴⁷, o modelo argumentativo passou a cair em descrédito, não somente pela imensa demora na resolução dos conflitos, mas pela desconfiança quanto à sua efetividade.

As novas correntes lógicas vieram a representar um momento de ruptura para com a tradição medieval.

O afloramento do Iluminismo e do Racionalismo influenciou os estudos científicos, determinando o surgimento de toda a gama de descobertas, tudo ao cabo das conhecidas conquistas obtidas no campo da astronomia, da física e da matemática.

A conseqüência foi o fascínio causado junto aos processualistas da época, que se sentiam na necessidade de abandonar a tradição tópica, considerada ultrapassada, e para expelir da lógica seja a retórica (já transformada em uma *teoria da forma adornada*), seja a sofisticada (com seus problemas da teoria da argumentação)⁴⁸. Nesse sentido, o raciocínio do tipo matemático aparece como apto a resolver as demandas judiciais de forma eficiente, bem como a reduzir o tempo de sua duração⁴⁹.

Dentre os pontos mais relevantes do contraste, no que tange à caracterização da ruptura entre a concepção medieval e a moderna, pode-se extrair a passagem de uma concepção extra-estatal para uma concepção estatal e publicística do processo⁵⁰, com a conseqüente apropriação do processo pelo soberano e, posteriormente, a conotação do processo como ciência.

O absolutismo determinou a decadência do modelo da pluralidade de fontes, através da tentativa de sua respectiva aglutinação nas mãos do *Príncipe*. Era a tentativa de “unificação” e “racionalização” do direito, que tem início a partir do século XVII, quando a legislação passa a ser concebida como “expressão da vontade do soberano”⁵¹. Com a

⁴⁷ PICARDI, op. cit., p. 113.

⁴⁸ PICARDI, Processo..., p. 113.

⁴⁹ Ibidem, p. 114.

⁵⁰ Ibidem, p. 102.

⁵¹ TARELLO, *Storia...*, p.48-51. Importante frisar, ainda com Tarello, que existe uma diferença de aproximadamente cem anos entre o desenvolvimento do perfil da centralização do poder e da organização absolutista do Estado entre a França e a Alemanha. Com relação ao caso italiano, a transformação não foi, por

formação dos Estados Modernos e a reivindicação, pelo soberano, do monopólio da legislação em matéria processual, vêm a lume os dois primeiros códigos de processo, o saxão (1622) e o francês (1667), que surgiram com o efeito de ab-rogar toda a praxe de outrora⁵².

As transformações também foram operadas no contexto da lógica. A passagem do *iudicium* para o *processus* acompanha a passagem da dialética para ramística. Em semelhante ambiente cultural, portanto, a distinção dos lógicos passou a ser realizada entre aristotélicos e ramicistas, sendo o nome de *Petrus Ramus*, ou Pierre de la Ramée, considerado um sinônimo da ruptura com o conceito clássico de lógica recolhido de Aristóteles⁵³.

A partir da Revolução Francesa, a cristalização da Escola da Exegese e o desenvolvimento do liberalismo, a marcha de distanciamento da lógica escolástica prossegue, reforçando-se o abismo decorrente da ruptura com a ordem medieval⁵⁴. A estatalidade do direito, embora preservada, sofre uma transformação: a partir do acolhimento da tese da tripartição dos poderes do Estado, firmada por Montesquieu, o poder de legislar é retirado da mão do soberano e é passado ao legislador, que então logra ostentar a condição de “representante da vontade do povo”⁵⁵. Além do Poder Legislativo e do Executivo, determina-se o Poder Judiciário, ilustrado na figura do juiz.

Esse modelo de Estado institucionalizou a “vontade geral”, já que o Parlamento seria o povo reunido em Assembléia (através de seus representantes) e a sua vontade, prescrita em forma de lei, a própria expressão da vontade geral⁵⁶. A lei, enquanto norma que a sociedade civil outorgava a si mesma, e fundada na sua vontade geral, era simples e *exclusivamente* o direito. As leis, positivadas nos códigos, serviram para determinar a norma aplicável ao caso –

assim dizer, tão radical, pois diversos Estados já apresentavam um sistema jurídico relativamente unitário, conforme p. 92.

⁵² PICARDI, op. cit., p. 114.

⁵³ PICARDI, Processo..., p. 108.

⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: João Abrantes, 1971-72, p. 62.

⁵⁵ Conta Mauro Cappelletti que já ao final do *ancien régime* borboulhava um profundo sentimento de repulsa popular contra o abuso da função jurisdicional exercido pelas altas Cortes de Justiça. Tais tribunais, ironicamente denominados Parlaments, tinham competência para rever atos do soberano, recusando-se a aplicar os incompatíveis com as chamadas “leis fundamentais do reino”. Todavia, os cargos eram hereditários e podiam ser, inclusive, comprados e vendidos. (CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 20, [s.d.], p. 25).

⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 62.

em verdade, para todos os casos descritos na hipótese legal -, assim como um teorema matemático serve à solução de determinada equação algébrica.

Dessa forma, sedimenta-se um positivismo jurídico de corte formalista, marcado pelo princípio da legalidade, cujas bases se encontravam, portanto, no *abstracionismo* e na *generalidade* da lei, e através do qual se expulsava qualquer justificativa para pensar o processo como um produto da cultura do homem. As leis são consideradas perenes e integralmente aptas a resolver as questões que lhe sejam submetidas. A história, a evolução social, a dinâmica da vida, portanto, em nada alterariam a compreensão do direito, mormente do direito processual, na medida em que os códigos, *símbolos da exatidão matemática do direito*, conteriam todas as respostas necessárias. Semelhante doutrina não se preocupava com o conteúdo da norma, estando a validade da lei condicionada exclusivamente na observância do procedimento estabelecido para sua criação⁵⁷.

Assim, Estado e Direito se identificavam na lei: o princípio da legalidade é reconhecido como supremo princípio. O direito está circunscrito à lei ditada pelo legislador, sendo defeso aos juízes interpretar a lei. A estes cabia, tão-somente, aplicar o seu enunciado. Nesse sentido, aliás, é que ficou conhecida a célebre frase de Montesquieu, de que o juiz seria “la bouche de la loi”, isto é, a boca que pronuncia as palavras da lei.

Considerava-se um virtuosismo da lei a conjugação das qualidades de “clarividente e cega”, na medida em que serviria de atestado à igualdade entre os cidadãos; ainda que tais qualidades fossem acarretar crueldades em determinados casos concretos não seria dado ao juiz interferir⁵⁸. A produção do direito, portanto, não passava pelo juiz. Era obra exclusiva do legislador, “que se supunha um homem-iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”. O código – sistema fechado - era a única fonte do direito, por onde emanava a solução para a totalidade dos casos. O que está dentro dos códigos é direito e o que está fora é o “não-direito”.

A lei geral e abstrata serve, nesse aspecto, ao propósito de consagrar a liberdade e a igualdade formal dos cidadãos. Afinal de contas, a norma “não poderia tomar em

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

consideração alguém específico ou ser feito em determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia da imparcialidade frente aos cidadãos – que, por serem ‘iguais’, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico”⁵⁹.

Com a totalidade do ordenamento jurídico sendo espelhada nos Códigos, sendo vedado ao juiz qualquer esforço de interpretação – pois todas as respostas eram dadas pela lei – engessou-se qualquer movimento de adaptação do direito à dinâmica da vida.

Não surpreende, portanto, que no encaço da consolidação desse contexto cultural tenha surgido a necessidade de definir o processo civil como ciência autônoma, o que levou os estudiosos da época a expulsar da compreensão do fenômeno qualquer resíduo do direito material⁶⁰.

A influência da revolução científica fez despontar o avanço as ciências da natureza e tocou a sociedade como um todo, sem excepcionar o direito, fazendo com que este passasse a ser compreendido também como um dado objeto, neutro com relação a valores, e que via na lei sua única expressão de significado⁶¹. Ressalte-se o ponto: “o racionalismo procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica. Leibnitz dizia que a moral era uma ciência capaz de demonstração, como qualquer teorema matemático. Este foi um dos pressupostos de que se valeu o Iluminismo para eliminar a instância judiciária qualquer hipótese de veicidade de criação jurisprudencial do direito”⁶². O tecnicismo a que restou acometido o direito no período decorre de diversos acontecimentos culturais, políticos e jurídicos, mas, principalmente, do movimento em torno de enfatizar a exigência de *certeza do direito*, através de intervenções legislativas⁶³.

⁵⁸ Conforme Mauro Cappelletti, “Aos juízes incumbe o dever de aplicar a lei cegamente, uma vez que os juízes não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar, quer a força, quer o vigor da lei”. CAPPELLETTI, Repudiando..., p. 26.

⁵⁹ MARINONI, op. cit, p. 27.

⁶⁰ Como refere Daniel Mitidiero, “é nesse ambiente cultural, comprometida com essas condicionantes, que nasce a ciência processual. Os séculos XVII e XVIII preparam em termos políticos, lógicos e ideológicos o nascimento do processualismo no século XIX: o processo deixa de ser *procedura*, como observa Salvatore Satta, e passa a ser propriamente *processus*. O processo deixa de ser *iudicium*, em que a preocupação com a descoberta do jurídico grava todos os seus estádios, passando a atenção dos processualistas ao processo como forma abstrata, enfim, como uma relação jurídica processual autônoma [...]. (MITIDIERO, A lógica..., p. 85).

⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, *Curso...*, p. 66-68.

⁶² BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 24.

No que toca ao modelo de prova, evidentemente que este também vai influenciado pelas transformações narradas. Assim, a lógica ramística, que tinha na matemática o protótipo sobre o qual se deveria modelar toda e qualquer forma de conhecimento, serviu de base teórica para o procedimento probatório. O traço comum dos pensadores dessa época pode ser sintetizado, dessa forma, nos seguintes pontos: a) o refuto à metodologia clássica que, àquela época, se assimilava mais a um mero “jogo de palavras”; b) a difusão da lógica apodídica e c) impositação dos temas e das características que são típicas da moderna lógica formal⁶⁴.

Um dos primeiros exemplos é indubitavelmente representado por Althusio, quem trata, em sua obra *Dicaelogia*, o direito processual a partir de critérios racionalísticos-matemáticos e procura estabelecer uma representação panorâmica e esquemática de todas as suas respectivas matérias. O discurso processualístico apanha os movimentos da lógica ramística. A partir da *dicaeocrítica*, vêm individuados dois “membros” - pessoas e questões - sendo aquelas divididas entre partes e o juiz e estas, depois de examinadas a ação e a exceção, eram divididas segundo uma ordem rigorosamente formalizada⁶⁵.

Por decorrência direta dessa forma de compreender o fenômeno processual, fica erradicada a possibilidade do erro. A confiança na ciência e na reconstrução do fato através do método científico é tanta que o erro se revela manifestamente impossível. A verdade buscada no processo, portanto, passa a ser a objetiva, absoluta, não havendo mais lugar para a denominada verdade “provável”, consoante se tinha por ocasião do modelo argumentativo.

Tal aspecto decorre da confiança de que os fatos podem ser reconstruídos na sua inteireza, justamente porque o método científico proporciona tal desiderato com perfeição matemática, que não admite a possibilidade de erro⁶⁶. Essa é a razão pela qual a norma do ônus da prova perde seu sentido, na medida em que o diálogo judicial não mais serve ao escopo de elucidar o juízo de fato. A prova, portanto, passa a ser entendida como um

⁶³ TARELLO, *Storia...*, p. 68-69.

⁶⁴ PICARDI, *Processo...*, p. 109.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁶ A pretensão era de garantir rapidamente, e em todo o caso, uma decisão sobre a incerteza do fato. O contraditório, nessa seara, coloca-se como um obstáculo à pesquisa da verdade. No processo não há lugar para a comunicação e o diálogo, mas para a informação e o cálculo. O ideal de uma *forma probandi*, constituída pela legislação processual, cujas regras são imperativas para o juiz, é o que garante a legitimidade do procedimento.

instrumento demonstrativo, cunhado através do conhecimento “científico” da verdade dos fatos relevantes para a decisão⁶⁷.

Sob um plano geral, “esta prova e este procedimento probatório se colocam tipicamente dentro de um modelo complicado de processo, que vem definido como *assimétrico*”⁶⁸, sendo que todo o processo era pensado de modo a possibilitar observância do direito estatal, “sendo o juiz superpartes o centro do processo, apoucando-se o papel das partes na definição do jurídico”.⁶⁹

Ao contrário do modelo argumentativo, aqui se revela clara a divisão entre a questão de fato e a questão de direito.

Sintomaticamente, a questão de fato passa a não pertencer mais ao domínio jurídico, ficando adstrita aos sentidos, isto é, à ciência. *Justamente por tal razão, o modelo moderno caracteriza-se pela inexistência de um direito probatório estruturado, já que as provas ficam relegadas ao exame da ciência.* Conseqüência natural desse sistema de prova é a atribuição de modestas funções à dogmática jurídica, na medida em que uma eventual aproximação entre as questões de fato e as questões de direito importaria em uma negação da sua premissa fundamental, qual seja, o exame puramente científico dos fatos.

4. O processo no Estado Constitucional e o modelo contemporâneo de prova

Os modelos argumentativo e demonstrativo são as bases, respectivamente, do *iudicium*, ou *ordo iudicarius medioevale* e do *processus* no senso moderno. Se os princípios do *ordo medioevale* dependem da retórica, os “*principia processus iudicari*”, conexos ao *Ordnungsprinzip* do processo prussiano do século XVIII, dependem da lógica ramística. A

⁶⁷ TARUFFO, Modelli..., p. 421.

⁶⁸ TARUFFO, Modelli..., p. 421. No mesmo sentido, confira-se ZANETI JÚNIOR, O problema..., p. 44 e MITIDIERO, A lógica..., p. 84.

⁶⁹ Ibidem, p. 87.

partir da análise dos dois modelos, percebe-se que uma mesma terminologia possui diversos significados, a refletir a distância nas soluções das questões fundamentais⁷⁰.

As principais características dos modelos probatórios servem, a um só tempo, para confirmar o estabelecimento do processo como um fenômeno da cultura do homem, na medida em que se fazem latentes as diferentes formas de pensar o procedimento probatório, bem como para buscar o estabelecimento dos critérios em que se deve basear o modelo probatório dos dias atuais.

Aliado a tal contexto vão os métodos de pensar o processo civil. O *praxismo*, método de todo afeito às particularidades culturais do medievo dá lugar ao *processualismo*, decorrente da necessidade de compreender o processo civil como ciência autônoma, bem ao gosto do racionalismo da época, a ligar a razão e a lógica jurídica às ciências matemáticas ou apodíticas. O processo fica eminentemente técnico. Especialmente no caso brasileiro, o *processualismo* chega com bastante atraso, particularmente em face de nossas origens legislativas, dando lugar, ao depois, ao instrumentalismo, que pretendeu corrigir a aludida intempestividade e assim proporcionar uma melhor compreensão acerca das finalidades do processo civil⁷¹.

Atualmente, no entanto, e essencialmente após o advento da nossa Constituição, em 1988, adverte-se a compreensão do formalismo processual através de outro marco teórico – o formalismo-valorativo⁷² –, o que necessariamente irá determinar a descoberta de um modelo de prova para a contemporaneidade.

Embora para certa doutrina não seja faz possível surpreender a existência de um modelo de prova judiciária diferente daquele típico da modernidade, sendo que somente através do modelo demonstrativo de prova é que se poderia exercer, ainda nos dias de hoje,

⁷⁰ GIULIANI, L'ordo..., p. 600-601. A propósito, tem-se que, “no ordo medioevale, a suplência constituía uma violação à neutralidade e à imparcialidade do juiz; na ordem isonômica, portanto, baseada que era no contraditório, as partes tinham um paritário ônus da prova, assim como o ônus de argumentação. No processus, ao contrário, é dado ao juiz dirigir o processo segundo o ideal leibniziano do juiz ‘*advocatus partium generalis*’: aqui, a ordem assimétrica legitima a suplência do juiz (*iudex potest facto supplere*)”.

⁷¹ MITIDIERO, *Bases...*, *passim*.

⁷² Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, *passim*; e Daniel Mitidiero, para quem “O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição”. (MITIDIERO, *op. cit.*, *passim*).

um controle eficiente da reconstrução da verdade⁷³, esta não parece configurar a solução mais adequada do problema. Não há como deslocar a compreensão da prova judiciária, imanente à formação do juízo de fato – parte indispensável do processo de compreensão, interpretação e aplicação do direito – dos avanços obtidos em sede de teoria geral do direito que, por sua vez, determinam outro método de compreender o processo.

Nesses termos, difícil não enxergar a ruptura da concepção de prova judiciária que se observou na época dominada pelas filosofias liberais e aquele que é marcado pelo selo do Estado Constitucional. Ainda que se possa admitir a existência de um movimento pendular⁷⁴, não se pode evitar a constatação de uma ruptura com o modelo demonstrativo, que, justamente por basear-se nas ciências apodícticas, não se coaduna com atual método de compreender o significado e função da prova judiciária no processo civil, método esse informado pela evolução obtida no âmbito da teoria do direito e, por via de consequência, no terreno da teoria geral do processo civil.

O primeiro fator de ruptura, como foi mencionado, encontra-se na própria constatação da natureza histórico-cultural do direito. Toma-se a consciência de que o direito “pertence a uma categoria de realidades dadas pela paulatina evolução das sociedades”⁷⁵. Nessa quadra, “sua configuração apresenta-se, pelo menos ao atual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais”⁷⁶. O direito, pois, não deve ser encarado como um objeto dado, isto é, como um objeto do conhecimento, mas sim, estruturado mediante um sistema⁷⁷ e compreendido, na via processual, através do diálogo entre os seus respectivos sujeitos.

⁷³ Conforme Antônio Carrata, “a função da prova judiciária não parece poder se distinguir – do ponto de vista epistemológico – da função desenvolvida pela prova em outros setores do conhecimento humano”. Sua função seria, ao fim e ao cabo, “demonstrar, sobre a base de um procedimento do tipo científico ou matemático ou, em suma, racional, se determinados enunciados são verdadeiros ou não e, depois, de verificar – sempre e de qualquer modo – alguns enunciados factuais”. (CARRATA, Antônio. *Funzione dimostrativa della prova. Rivista di Diritto Processuale*, v. 56, n. 1, gen./mar. 2001, p. 75-77).

⁷⁴ Consoante bem apanha KNIJNIK, *A prova...*, p. 11.

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Introdução à edição portuguesa da obra de Claus Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. XVIII-XX.

⁷⁶ *Ibidem*, p. XVIII-XX.

⁷⁷ Consoante bem anota Robert Alexy, “Sem uma consideração sistemático-conceitual do direito, não é possível a ciência do direito como disciplina racional”. (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 45).

O segundo fator da evidente ruptura que se está a observar reside na incapacidade do formalismo jusracionalista em lidar com a riqueza dos casos concretos. Evidente: a separação radical entre fato e norma, entre o fático e o jurídico, ou entre o *ser* e o *dever ser*, posicionava o fato, em si mesmo, enquanto fenômeno do mundo do ser, em estado de nenhuma significação para o direito, concebido como norma⁷⁸. Com efeito, “todas as construções formais assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas”.⁷⁹

Marca indelével da ruptura com o modelo demonstrativo de prova está, portanto, no realinhamento da relação entre questão de fato e questão de direito. Não há como negar, nesse sentido, que uma “das conseqüências mais evidentes do abandono do modelo [subsuntivista] está, justamente, na queda da ‘heterogeneidade’ e ‘independência’ das duas questões de que nos ocupamos (fato-direito). [...] É que o abandono da idéia subsuntivista reclama, como contrapartida necessária, a reposição de um novo instrumental, pois, vinculadas agora as questões, a ‘separação’ e a ‘neutralidade’ recíproca fato-direito, base do *discrímen* tradicional, não mais se pode sustentar”.⁸⁰

Para o bem da verdade, o modelo contemporâneo está muito mais afinado com o argumentativo do que aquele que o antecedeu na história. É inegável, especialmente diante dos avanços logrados na teoria do direito, que a pêndulo que vai de uma polaridade à outra, isto é, do modelo argumentativo ao demonstrativo, hoje está a pender para o primeiro, embora através de uma realidade substancialmente distinta⁸¹.

A renovada atenção destinada à tópica-retórica⁸² realça a tendência em torno de que a compreensão do direito se dá não de forma abstrata e generalista, mas a partir do exame do

⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 192.

⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, Introdução..., p. XVIII-XX.

⁸⁰ KNIJNIK, *Recurso...*, p. 37-38.

⁸¹ Mesma opinião é defendida por PINTAÚDE, Gabriel. Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelacional e no revisional/cassacional. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 108-109.

⁸² Em especial a partir da obra de VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, *passim*, na qual o jurista alemão invoca a tópica e a dialética aristotélica para caracterizar o pensamento jurídico como um pensamento essencialmente problemático.

caso. O conceito de sistema e o pensamento sistemático em torno do direito⁸³, principalmente em torno das idéias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica – que se complementa ao pensamento tópico⁸⁴ –, também acabam por decretar uma ruptura para com o modo de pensar o direito na modernidade: a compreensão do direito passa a não estar baseada apenas na lei, mas se dar especialmente a partir do problema, por meio dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais: “os valores jurídicos se deixam facilmente reformular nos correspondentes princípios e que, por isso, as delimitações são fluídas – tratando-se apenas de diversos graus de um processo de concreção em si contínuo (que, na sua fase seguinte, prossegue do princípio para norma e, aí, aparenta de novo delimitações fluídas)”.⁸⁵

Não surpreende, nesse sentido, o anúncio de um resgate à dialética na compreensão do fenômeno jurídico, sendo através dos estudos em torno da linguagem é que esta ganha espaço em sede de teoria do direito. Surge a idéia de espiral ou círculo hermenêutico, no qual se explica que, no direito, há uma particular relação entre o problema e a resposta: perante um problema, portanto, o intérprete-aplicador terá de efetuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. O pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se em questões e pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais-concretos⁸⁶.

⁸³ “O sistema cumpre sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte de um conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação das ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas. Por seqüência, o significado do sistema pode reconhecer-se em todos os graus da obtenção do Direito: na ‘complementação de lacunas e na interpretação criativa sistemáticas’ não menos do que na ‘interpretação sistemática’”, conforme CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 283-284. Sobre o tema, consulte-se também FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38, para quem “a validade do sistema jurídico, ou sua conformidade com eventuais regras de conhecimento (Hart), funda-se, em última instância, sobre valores, mostrando-se inegável a concorrência de múltiplos elementos axiológicos em todas as construções jurisprudenciais, justificando-se a multiplicidade como sinal de pluralismo democrático. [...] E o sistema não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, máxime porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras irremovíveis”.

⁸⁴ CANARIS, *Pensamento...*, p. 273.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 86-87, nota 147.

⁸⁶ Assim, MENEZES CORDEIRO, Introdução, p. LV-LVI. Explica Karl Larenz, nesse sentido, que “a imagem do ‘círculo’ não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então tratar-se-ia de uma tautologia –, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este vem a revelar ao intérprete no

O pré-entendimento, portanto, ao implicar que o intérprete-aplicador, quando manuseie os modelos de decisão, já tenha uma pré-visão do problema, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem⁸⁷, faz com que o processo do compreender não tenha apenas uma direção, linearmente, como uma demonstração matemática ou uma cadeira lógica de conclusões. Pelo contrário: através de passos alternados, que têm por objetivo o esclarecimento recíproco de um mediante o outro. Tal modo de pensamento, “que é estranho às ciências ‘exatas’ e que descurado pela maioria dos lógicos, é na Jurisprudência de um grande alcance”, não se manifestando apenas no propósito da interpretação de textos, mas também no processo de aplicação da norma a uma determinada situação fática⁸⁸.

As leis, antes rígidas e determinadas, abrem espaço a formulações em torno dos conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e às cláusulas gerais⁸⁹. Decorre desse contexto o reforço paulatino aos métodos de desenvolvimento judicial do direito⁹⁰, circunstância que, no plano do formalismo processual, remete a um incremento dos poderes do juiz, a evidenciar a vocação do nosso tempo para a

decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que retificar a sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete havia conjecturado, este rectifica então sua conjectura. O processo de olhar pra frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo só uma frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se conforme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou idéia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o caráter de uma hipótese, que vem sendo confirmada mediante uma interpretação conseguida”.

⁸⁷ Ibidem, p. CIX.

⁸⁸ LARENZ. Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 287.

⁸⁹ Conforme anota Judith Martins-Costa, revela-se indispensável “discernir entre o significado histórico da Codificação oitocentista – como fenômeno da ruptura que foi, como manifestação de uma determinada opção política, como instrumento de uma nova realidade, a do capitalismo, construído sob a hegemonia de uma única classe social – a burguesia – e o significado que podem adquirir outrora no século XXI, os novos Códigos civis concretamente considerados, pois, de modo geral, nestes é diverso o relacionamento com as demais instâncias do todo social e com os diversos *loci* nos quais se manifesta o fenômeno jurídico, sendo, em consequência, também diverso o modelo de sistema que espelham”. Em tal medida, e como não poderia ser diferente, passou-se a observar um fenômeno da *descodificação*, que acabou redundando Códigos vistos não sob uma moldura estática e fechada, mas sob o panorama de um sistema aberto, móvel, baseado em cláusulas gerais. (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, 2001, p. 229). Sobre o tema, confira-se também, por todos, ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 205 et seq.

⁹⁰ Conforme, por todos, LARENZ, op. cit., p. 519 et seq.

jurisdição⁹¹, sem olvidar a sua vinculação ao que foi debatido nos autos, de sorte a não surpreender as partes⁹².

Especialmente no contexto brasileiro, o advento do Estado Constitucional marca tal “imagem de ductibilidade”⁹³, que acaba por delinear o formalismo-valorativo, novo marco teórico do processo civil brasileiro.

A Constituição, centro normativo onde tudo deve convergir⁹⁴, por onde toda a ordem jurídica “deve ser lida e compreendida”⁹⁵, acaba dando nova formatação ao princípio da legalidade: interessa não mais apenas a legalidade em sua dimensão formal, mas, sim, na sua dimensão *substancial*, isto é, no sentido de que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais⁹⁶. A lei passa, portanto, a depender de sua adequação com os princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais⁹⁷. A função do juiz, para muito além de mero aplicador da lei, passa a ser a de *empreendedor da justiça do caso concreto*, especialmente mediante a conformação constitucional do processo, empreendimento que restará baseado nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais⁹⁸.

⁹¹ Conforme PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo por la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, 2004.

⁹² ZANETI JÚNIOR. *Processo...*, p. 108.

⁹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 14.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista do Ministério Público*, n. 46, jan./mar. 2002, p. 63.

⁹⁶ MARINONI, *Teoria...*, p. 46. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, para quem “a constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, *Fundamentos...*, p. 63).

⁹⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 45. Aliás, como bem alvitra C. A. Alvaro de Oliveira, “do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evolui-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais, de modo a coloca-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3). Ingo Wolfgang Sarlet, a seu turno, acaba confirmando a assertiva, ao apontar a “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”. Nessa quadra, os direitos fundamentais podem ser considerados *conditio sine qua non* do Estado Constitucional democrático: “Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio de direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode-se afirmar com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.70).

⁹⁸ Justamente por tal razão, C. A. Alvaro de Oliveira enfatiza o caráter principal de tal normatividade, em que se encontra contida “autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito”. Segundo o jurista, a particularidade dos princípios em relação a outros tipos de normas jurídicas “é que a competência para a descoberta mesma do direito do caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 6).

A Constituição de 1988 marca um divisor de águas. O processo, a jurisdição, a ação e a defesa passam a ser vislumbrados sob a ótica do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), considerado este um verdadeiro direito fundamental à igualdade, e à adequada e efetiva tutela jurisdicional, ou melhor, “como um direito à pré-ordenação de procedimentos hábeis para dar resposta ao direito material”⁹⁹. O órgão judicial passa a encampar a tarefa de fazer fluir o processo no ambiente próprio do Estado Constitucional, adequando o procedimento à luz dos princípios e valores encampados pela Constituição. O processo, nesse sentido, passa a ser compreendido através do método do formalismo-valorativo, “movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual”¹⁰⁰: o direito processual não é mais considerado de forma isolada, mas sim englobado nas idéias e concepções predominantes, em que a ordem constitucional se apresenta como “desaguadouro natural dessas condicionantes”¹⁰¹.

A democracia, um dos cânones do Estado Constitucional, é vertida no processo através do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição), funcionando não apenas como penhor da legitimidade da decisão judicial, mas como condição inexorável de sua justa construção. A partir desse novo método de compreender o processo, e sendo informado o contraditório justamente pela noção de democracia, este passa a ser também entendido como *direito fundamental* de participação na decisão final.

É justamente em torno da importância do contraditório é que se realça a proximidade do modelo contemporâneo ao modelo argumentativo de prova¹⁰². O diálogo passa, novamente, a ser elemento indispensável para a construção da sentença, numa “clara tendência de retorno ao juízo, ao comprometimento do juiz com os debates e com a influência real exercitada pelas

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 61.

¹⁰⁰ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 19-20.

¹⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 83. Ainda sobre o formalismo-valorativo como método de compreensão do processo civil na pós-modernidade, consulte-se, além de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003; O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista da Ajuris*, n. 104, dezembro de 2006, pp. 55-77; MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁰² Essa a posição de C. A. Alvaro de Oliveira, quando alude a uma revitalização do sentido problemático do direito, o que faz recuperar “o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste para com as partes”. ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 231. No mesmo sentido, amplamente, ZANETI JÚNIOR, *Processo...*, p. 67-111.

partes na decisão”¹⁰³, não apenas no que toca à formação do juízo de direito, mas especialmente no que se refere à formação do juízo de fato .

O contraditório, assim, deixa de ser visualizado meramente através de sua feição passiva, não se esgotando, portanto, “na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los”, mas, também, em sua feição ativa, configurando indispensável fator na construção dos provimentos judiciais. Assim, para que contraditório seja efetivamente observado, revela-se “imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial”, o mesmo ocorrendo no que concerne à formação do juízo de direito, “nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores”¹⁰⁴.

Releva-se, pois, o que se pode denominar de retorno ao caráter isonômico¹⁰⁵ entre os sujeitos processuais, no processar da causa, tudo espelhado no diálogo judicial. A igualdade que se detém principal e essencialmente no diálogo, na paritária possibilidade de efetivamente colaborar para a construção da decisão justa, empreendimento que cada vez mais está a depender da participação de todos os sujeitos do processo, mormente em face da crescente complexidade da vida atual. Através do diálogo que se possibilitará dar a devida atenção às importantes peculiaridades de cada caso levado ao conhecimento do Poder Judiciário e, por

¹⁰³ Ibidem, p. 108.

¹⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, A garantia..., p. 283. Em nota de rodapé da passagem citada, o professor ainda lembra a recente reforma do Código de Processo Civil português, “em que se afirmam como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação” e “como dimensão do princípio do contraditório, prescreve-se envolver a proibição de prolação de decisões-surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de fato ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente tenha sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (CPC português, art. 3º, n. 3)”. Em ensaio mais recente (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, número 1, dez. 2004, p. 97-98), o jurista menciona a reforma do processo civil francês, inspirada pelo relatório Coulon, de 1997, que ressalta o equilíbrio e o diálogo. Nesse mesmo sentido, enfatiza Daniel Mitidiero que o magistrado também vai submetido ao contraditório judicial, ao diálogo, “fomentando-se a dialética no processo que, ao fim e ao cabo, é mesmo o método mais adequado para a reconstrução do direito na incerteza indissociável do cenário processual”. (MITIDIERO, *Elementos...*, p. 55). Para uma análise do contraditório judicial especialmente no âmbito da reforma da Constituição italiana, ver TARZIA, Giuseppe. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, jul./ago. 2004, p. 129.

¹⁰⁵ Conforme anota Daniel Mitidiero, “O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa”. (MITIDIERO, *Bases...*, p. 75).

via de consequência, propiciar adequação do processo em torno não apenas da igualdade substancial entre as partes, mas também ao redor das necessidades do direito material a ser tutelado.

Precipita-se, nesse contexto, o reforço dos deveres de colaboração. No ambiente processual, em que o diálogo é fundamental para o conhecimento da realidade e para a descoberta do direito aplicável à espécie concreta, a colaboração entre os sujeitos que do processo participam revela-se curial para que a justiça seja alcançada de forma mais segura e efetiva. A bem da verdade, se o processo deixa de cumprir função de instrumento ligado exclusivamente ao interesse privado das partes para cumprir a função pública de pacificar com justiça, tanto as partes como principalmente o órgão judicial passam a ter de colaborar intensamente para que tais fins sejam atingidos. A justiça da decisão judicial – interesse que concerne a todos – decorrerá de uma estruturação justa do procedimento em prol da segurança e da efetividade, tornando-se realidade tão-somente mediante a cooperação de todos aqueles que participam do processo.

Por fim, a ruptura entre o modelo moderno e o contemporâneo também vai marcada na concepção de verdade. No primeiro, havia a confiança na possibilidade de se encontrar, através do processo, uma verdade absoluta. Afinal, a verdade era como a lógica¹⁰⁶: acreditava-se ser possível a reconstrução do fato em sua inteireza, na medida em que os postulados empíricos e racionais do Iluminismo assim condicionavam. Hoje, no entanto, tem-se consciência que a verdade absoluta no processo civil jamais pode ser atingida, podendo-se alcançar, no máximo, um juízo de probabilidade, isto é, uma verdade provável¹⁰⁷.

A prova judiciária jamais terá o condão de reconstruir com exatidão o fato ocorrido na realidade da vida, porque tal trabalho decorrerá, sempre, das inferências retiradas de documentos, testemunhas, perícias, inspeções¹⁰⁸: “os fatos não se provam; os fatos existem; o

¹⁰⁶ GIULIANI, Prova I..., p. 526.

¹⁰⁷ Assim, TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 8 et seq.; KNIJNIK, A *prova...*, p. 14, ZANETI JÚNIOR, O problema..., p. 38 e Guilherme Rizzo Amaral, para quem “a relatividade da verdade está ligada à condição humana, limitada em diversos aspectos, não obstante os avanços da ciência, pois esta também é humana. A verdade absoluta é inatingível, dentro e fora do processo. (AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133-134).

¹⁰⁸ Conforme anota Rosenberg, “não existe uma contemplação incondicional dos fenômenos da realidade”, sendo que “o artista descreve um acontecimento real de outra maneira que o sociólogo, o jurista o vê de modo diferente que o economista, o médico distintamente do pedagogo”. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 61).

que se provam são afirmações, que poderão referir-se a fatos”¹⁰⁹. O máximo que se conseguirá é uma aproximação da verdade, uma “verdade provável”, uma “verdade relativa”, extraída do diálogo entre os sujeitos do processo. Jamais, porém, a verdade absoluta, tal qual se idealizava no modelo demonstrativo.

A distribuição dos ônus probatórios necessariamente vai influenciada por tal contexto.

O reforço do método dialético, decorrente do pensamento problemático do direito, abre as portas para um reforço de significado para o estudo em torno dos ônus probatórios. Sendo impossível reconstruir os fatos em sua inteireza, a verdade no processo exsurta do debate judiciário. Dessa forma, *recoloca-se no centro das atenções o problema da importância dos ônus probatórios no que se refere à ordem do diálogo judiciário com vistas a mais adequada formação do juízo de fato.*

Nesse sentido, a estruturação da atividade das partes, especialmente aquela voltada à aquisição da prova, será fundamental para a descoberta da verdade no processo. Com efeito, revela-se inegável a constatação de que *a disciplina dos ônus probatórios, na esteira do que acontecia no medievo, retoma seu papel de importância para o processo.* Nada obstante a necessidade de pacificar o litígio diante da insuficiência do material probatório, será através da repartição do ônus da prova que cada parte estruturará sua atividade de busca da otimização na formação do juízo de fato. A correta administração dessa tarefa, pelo órgão judicial, é que incrementará, substancialmente, as chances de uma decisão justa.

4.1 Em especial: A teoria dos direitos fundamentais no Estado Constitucional

Considerada a nova concepção de direito no Estado Constitucional, a submeter a lei à força normativa da Constituição¹¹⁰, revela-se indispensável mirar o formalismo processual na

¹⁰⁹ SENTIS MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, abr. 1974, p. 13.

¹¹⁰ Segundo sustenta Jorge Miranda, as relações entre a Constituição e lei se operam em uma evolução composta de três fases: a primeira, até a primeira guerra mundial e a Constituição de Weimar de 1919; a segunda entre esta e as novas Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, mormente a de Bona, 1949; e a terceira, aquela que sucedeu estas Constituições – no caso a de Portugal de 1976 e a do Brasil de 1988. Para o constitucionalista português, “a mudança de paradigma consiste na passagem da centralidade jurídico-positiva

perspectiva dos direitos fundamentais¹¹¹. Tais direitos configuram não apenas um suporte para o controle das atividades do Poder Público, mas também “um arsenal destinado: i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos a prestações sociais); ii) a proteger direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos a proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação de seus direitos (direitos à participação)”¹¹².

Em síntese, os direitos fundamentais são aqueles que “criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana”. São os direitos inerentes “à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu atual nível de dignidade”¹¹³. Intrínseca à noção de direitos fundamentais está sua “fundamentalidade” que aponta para a especial dignidade e proteção de tais direitos em um sentido formal e material¹¹⁴. À luz do direito constitucional pátrio, revela-se inviável a sustentação da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado no art. 5º, § 2º, da Constituição aponta para a existência de “um

da lei na primeira fase para a centralidade jurídico-positiva da Constituição na terceira, com um período intermédio de recondução das normas constitucionais a preceitos programáticos sem aplicação imediata. E ela torna-se patente e decisiva no quadro dos direitos fundamentais”. (MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, 2003, p. 63).

¹¹¹ Conforme anota C.A. Alvaro de Oliveira, “reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeções, a natureza de ‘máximas processuais’, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 83).

¹¹² MARINONI, *Teoria...*, p. 63.

¹¹³ ALVARO DE OLIVEIRA. O processo..., p. 3-4.

¹¹⁴ “A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que se possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais [...]”. Conforme SARLET, *A eficácia...*, p. 88-90.

sistema dos direitos fundamentais aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”¹¹⁵.

Existe uma íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado Constitucional. Podem-se considerar os direitos fundamentais como base e fundamento da idéia de um Estado que, no exercício do seu poder, está condicionado aos limites fixados na Constituição. Mas não apenas isso: para além da sua função limitativa de poder, os direitos fundamentais constituem critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional. Assim, os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo que expressam os fins últimos que norteiam o Estado Constitucional¹¹⁶.

Nesse quadrante, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm dupla dimensão: uma *subjetiva*, que garante direitos subjetivos, e outra *objetiva*, que funda princípios orientadores do ordenamento jurídico. Portanto, as normas de direitos fundamentais, a par de poderem ser subjetivadas, “afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos [...]”, implicando em uma “valoração de ordem *objetiva*”¹¹⁷. O valor contido nas normas de direitos fundamentais, nessa perspectiva, “espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico”¹¹⁸.

Nada obstante a existência dessas duas perspectivas, os direitos fundamentais possuem inúmeras funções. Trata-se da *multifuncionalidade dos direitos fundamentais*, a serem conjugadas com o papel desempenhado pelo Estado diante de tais direitos. Ao passo que à época do Estado Legislativo os direitos fundamentais eram vistos apenas como o direito do indivíduo impedir a ingerência do Poder Público em sua liberdade e propriedade, ou seja, tão-somente como direitos de defesa¹¹⁹, hoje, à luz do Estado Constitucional, passam a ter outra

¹¹⁵ Ibidem, p. 85-86.

¹¹⁶ Conforme Ibidem, p. 70-71.

¹¹⁷ MARINONI, *Teoria...*, p. 69.

¹¹⁸ Ibidem, p. 69.

¹¹⁹ SARLET, *A eficácia...*, p. 197.

moldura, considerados mais enfaticamente como direitos a prestações, ligando-se nessa medida às novas funções exercidas pelo Estado diante da sociedade¹²⁰.

Com efeito, uma classificação dos direitos fundamentais, à luz das suas respectivas funções, parte da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos *direitos prestacionais*), divide-se igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos *direitos a prestações em sentido amplo* (no qual se inclui os direitos de proteção e os *direitos à participação na organização e procedimento*) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais)¹²¹.

Na Constituição de 1988, os direitos a prestações obtiveram uma grande receptividade¹²². Dentre estes, exalta sua dimensão organizacional e procedimental, isto é, os direitos fundamentais à participação e organização do procedimento. A importância de tal aspecto do problema remonta, aliás, a início da Década de 70 do Século XX, quando o procedimento e o processo começaram a ser considerados como verdadeiros postos avançados dos direitos, liberdades e garantias: a sugestão do *status activus processualis* assenta-se na idéia de que a participação no procedimento de decisão constituía, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais¹²³. A participação no procedimento passa a ser considerada, pois, o exercício de um direito fundamental: Estado, democratização através da participação, liberdade através do procedimento, representam *topoi* de argumentação ou de referência de uma compreensão dos direitos fundamentais¹²⁴. A pessoa, “ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar direitos, garante a

¹²⁰ MARINONI, op. cit., p. 70.

¹²¹ Os direitos fundamentais de defesa “se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”. Os direitos fundamentais a prestações, a seu turno, “se encontram vinculados à concepção de Estado ao qual incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa”, a tarefa de “colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”. Objetivam, em última análise, “a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também a liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”. (SARLET, *A eficácia...*, p. 195-197 e p. 217).

¹²² Ibidem, p. 72-74.

¹²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos para um curso de mestrado em direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, p. 154.

¹²⁴ Ibidem, p. 154.

si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade”¹²⁵.

Tal raciocínio tem por pressuposto lógico, por óbvio, a existência de uma “relação recíproca de interdependência relacional entre direitos fundamentais (direito material) e procedimento (direito procedimental e processual)”¹²⁶. Portanto, não apenas “a organização e o procedimento, nas suas repercussões sobre o direito material, devem ser perspectivadas sob a luz dos direitos fundamentais”, mas também “o direito material, na sua irradiação sobre a organização e procedimento, não deva divorciar-se da importância do *due process* para a garantia ou proteção jurídica dos direitos fundamentais”.¹²⁷

Em outros termos, “a participação *no e através* do procedimento” representa “uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material”¹²⁸. Há, verdadeiramente, uma influência recíproca entre as noções de organização, procedimento e direitos fundamentais: tanto os direitos fundamentais são dependentes da organização e do procedimento para sua efetivação quanto constituem “parâmetro para a formatação de estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”¹²⁹

À luz de tais ponderações, o direito de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição), passa também a ser compreendido como direito fundamental. *Não se cinge, portanto, a enunciar a inafastabilidade da jurisdição, mas a consagrar o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, gerando, em contrapartida, um autêntico dever do Estado em prestar jurisdição com idênticos predicados*. O núcleo de tal direito, portanto, está em “predispor a todos aqueles que se afirmam titulares de dada situação de vantagem meios adequados não só para efetivação do direito material, mas também para a perseguição dessa situação de vantagem em juízo”.¹³⁰ Tal direito fundamental tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição), impondo não apenas ao legislador infraconstitucional a criação de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam esse direito, mas também ao próprio juiz que, diante da omissão do legislador, tem o *dever* de cumprir com esse encargo, lançando

¹²⁵ Ibidem, p. 155.

¹²⁶ Ibidem, p. 157.

¹²⁷ Ibidem, p. 157.

¹²⁸ Ibidem, p. 158.

¹²⁹ SARLET, *A eficácia...*, p. 225.

mão de técnicas procedimentais que possibilitem o acesso adequado e efetivo à ordem jurídica justa¹³¹.

Em outras palavras, pensar o processo civil à luz dos direitos fundamentais, proporciona a compreensão do direito ao processo justo como o mais fundamental dos direitos, na medida em que imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais materiais. Inviável, portanto, conceber que tal direito possa ficar de qualquer forma mitigado, e em virtude disso não cumprir com sua função, pela ausência de técnica processual não prevista pelo legislador. Afinal, “se a técnica processual é imprescindível para a tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer”¹³².

PARTE II – DO ÔNUS DA PROVA

1. Introdução

O ônus da prova é instituto há muito estudado. São diversos autores a se debruçarem sobre o tema, diversas teorias que buscaram traçar uma melhor compreensão a seu respeito, a demonstrar a tentativa dos juristas de empreender, cada um no seu respectivo contexto cultural, uma resposta mais adequada ao problema¹³³.

¹³⁰ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 48-49.

¹³¹ Conforme MARINONI, *Técnica...*, p. 224-225, e MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

¹³² Conforme MARINONI, op. cit., p. 224.

¹³³ Como atesta Alfredo Buzaid, ainda nos idos de 1961, “há mais de um século a ciência procura rever-lhe o conceito, dando lugar a uma floração de teorias, que se esforçam a explicar o instituto à luz do direito positivo, preconizando soluções ideais para os complexos problemas que ele sugere”. (BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961, p. 5-6). O idealizador de nosso Código de Processo Civil, aliás, procede em proveitoso apanhado histórico acerca das raízes do instituto, a partir do período formular romano, ainda dotado de poucas regras a respeito, passando pelo direito germânico, na qual o jurista aponta a existência das ordálias, e pelo renascimento do direito romano por influência da Escola de Bolonha e as peculiaridades atinentes ao particularismo jurídico da sociedade medieval, chegando ao antigo direito português. pp. 7-12.

Esboço histórico específico sobre o ônus da prova já foi objeto de estudos bastante proveitosos na doutrina nacional e estrangeira¹³⁴, razão pela qual evitaremos aqui um novo tratamento, especialmente em sendo considerados os objetivos de nossa abordagem. Para o que importa nesse momento, impõe-se esclarecer como se dá a distribuição do ônus da prova no atual estágio de desenvolvimento do processo civil brasileiro, obviamente considerando as rupturas existentes entre os modelos de prova e procedimento probatório, justamente porque a questão está, ao fim e ao cabo, intrinsecamente conectada com formalismo processual.

Essa a razão, aliás, pela qual a doutrina considera a repartição dos ônus probatórios “a espinha dorsal do processo civil”¹³⁵, notadamente pelo papel fundamental que desempenha a prova judiciária no que se refere ao atingimento das finalidades do processo¹³⁶.

A disposição contida no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro¹³⁷ é semelhante àquela disposta no art. 2697 do Código Civil italiano¹³⁸, assim como a que pode ser encontrada no art. 377 do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina¹³⁹ e no art. 342º do Código Civil português¹⁴⁰. O ordenamento alemão não dispõe de normas específicas acerca dos ônus probatórios, por entender-se que a incorporação dos fatos no processo civil alemão decorre a partir da base do princípio dispositivo, do que deriva que o ônus da prova implica em regra abstrata que estabelece a distribuição normativa do risco de esclarecimento dos fatos a ser suportado pelas partes no processo¹⁴¹.

¹³⁴ Assim, BUZUID, *Do ônus...*, p. 7-12; SANTOS, *A prova...*, p. 93-127; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38-75; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77-97. Na doutrina alienígena, ver, por todos, MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1942.

¹³⁵ ROSENBERG, *La carga...*, p. 55.

¹³⁶ Sobre o tema, ver KNIJNIK, *A prova...*p. 6-7.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Art. 2697. Onere della prova. Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115). Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

¹³⁹ Art. 377. - Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

¹⁴⁰ Art. 342º. 1. Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

¹⁴¹ Conforme PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: PÉREZ RAGONE, Alvaro J.; ORTIZ PADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 59. Micheli aponta fatores históricos, especialmente decorrentes do desenvolvimento do dogma do ônus da prova no tardio

Tal contexto chama a atenção para dois aspectos: o primeiro, a indisfarçável identidade das disposições que disciplinam a distribuição dos ônus probatórios. O segundo, a razão pela qual, em alguns diplomas, a referida repartição se encontra disposta na lei material – como nos exemplos dos casos do direito italiano, português e alemão – e, em outros, na lei processual – como nos exemplos dos casos do Brasil e da Argentina. Ambos os aspectos centralizam a abordagem nos tópicos seguintes.

2. A “teoria das normas” como modelo de distribuição do ônus da prova

A semelhança na redação da disciplina nos ônus probatórios decorre da incorporação da “teoria das normas” (*Normentheorie*), concepção que ganhou prestígio no plano doutrinário pela pena de Leo Rosenberg e acabou por influenciar a redação da maioria dos diplomas modernos¹⁴².

Segundo a teoria das normas, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito¹⁴³. Pressupõe nitidamente, portanto, a separação entre questão de fato e questão de direito, ao predispor que sua regulação decorre da configuração da sintaxe entre o fato e a

direito comum alemão, para a ausência de uma fórmula na lei acerca da distribuição do ônus da prova. Um deles seria a sentença interlocutória de prova (*Beweissinterlocut*), na qual vinham indicados os fatos relevantes aduzidos pelas partes e pela qual se determinava a parte que deveria provar. Especialmente quanto a esse aspecto, o processo comum alemão tendia a confundir a fase de valoração com a distribuição do ônus, segundo regras pré-constituídas, de maneira que a sentença da prova, ao passo que determina a relevância ou não dos argumentos lançados nas demandas propostas com base nos elementos produzidos, decide ao mesmo tempo a questão da distribuição do ônus da prova. Lembra Micheli, ainda, que no projeto preliminar do BGB tinham sido formulados dois parágrafos no sentido de regulamentar o ônus da prova, mas acabaram não incluídos na redação final por serem considerados inúteis face aos princípios retirados do conjunto de normas positivas substanciais. (MICHELI, *La carga...*, p. 50-53).

¹⁴² Anota Pedro Ferreira Múrias, nesse sentido, que “dentre os múltiplos modelos gerais de distribuição do ônus da prova, vai se destacando, pela já sua longa conservação, pelo majoritário e, nalguns ordenamentos, pela consagração legal mais ou menos explícita, a chamada “teoria das normas”, que, separando “normas” ou “fatos” “constitutivos”, por um lado, e, por outro, “impeditivos”, “excludentes” ou “extintivos”, e talvez ainda, “modificativos” do “direito”, faz pender o risco de *non liquet* probatório, respectivamente, ora contra uma, ora contra outra das versões disputadas. (MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 17). No mesmo sentido, de que o art. 333 do CPC brasileiro bebe da fonte da teoria das normas rosenberguiana, KNIJNIK, *A prova...*, p. 174.

¹⁴³ ROSENBERG, *La carga...*, p. 91.

norma: aquele que pretende lograr o efeito decorrente da aplicação da norma tem correlato o ônus de provar sua premissa menor, qual seja, o fato a ela subjacente.

Com efeito, a distribuição do ônus da prova baseia-se diretamente nas normas de direito material invocadas na demanda e, pois, nos elementos que correspondem ao seu respectivo suporte fático. A base da distribuição se dá, como em nosso CPC, em fatos *constitutivos*, por parte do autor em relação ao direito por ele alegado, e fatos *impeditivos*, *modificativos* ou *extintivos* por parte do réu. O autor tem o ônus de provar as alegações fáticas que pressupõem a aplicação das normas nas quais se funda sua pretensão. O réu, em contrapartida, em admitindo os fatos constitutivos do direito do autor, tem o ônus de provar os fatos que determinam a aplicação de norma que impedirá, modificará ou extinguirá o direito do autor¹⁴⁴.

A teoria do ônus da prova, enquanto “parte da teoria da aplicação do direito”, revelaria ao juiz civil a tarefa de examinar se as afirmações das partes fundam o pedido do autor de condenar o réu segundo o direito material e se tais afirmações, quando feitas pelo demandante e negadas pelo demandado, restaram comprovadas mediante a recepção da prova¹⁴⁵.

Para Rosenberg, não há nem pode haver outra solução do problema do ônus da prova que o princípio por ele defendido, segundo o qual “cada parte suporta o ônus do preceito jurídico cujo efeito faz valer no processo”, sendo que “somente mediante a interpretação do direito material é possível acertar o alcance dos fatos que devem ser provados”. Aliás, justamente por tais razões é que se rechaça na teoria das normas a possibilidade de uma regulação *in concreto* acerca da distribuição do *onus probandi*, isto é, segundo o modo em que as alegações foram apresentadas pelas partes ou segundo a possibilidade de demonstrá-las no processo. A teoria das normas transplantaria a controvérsia sobre a distribuição do ônus da prova do modo de ver “subjetivo”, que leva em conta o processo singular, ao domínio objetivo do direito material, ou seja, “da área tumultuosa do litígio ao éter puro do

¹⁴⁴ Ibidem, p. 97-98. Assim, caso o réu simplesmente negue a existência dos fatos constitutivos do direito do autor, caberá a este demonstrar sua veracidade. Todavia, caso o réu admita os fatos narrados pelo autor, mas excepcione algum direito seu que leve à impedir, modificar ou extinguir o direito do autor, suportará o encargo de provar os fatos que compõem o suporte fático de tal norma, consonte disposição contida no inciso II do art. 333 do nosso CPC. Importante estudo acerca da natureza de tais fatos por ser encontrada em CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 7 et seq.

¹⁴⁵ ROSENBERG, *La carga...*, p. 103.

ordenamento jurídico”¹⁴⁶, em flagrante prestígio à segurança jurídica e à previsibilidade do procedimento.

O *iter* lógico-procedimental a respeito da distribuição do ônus da prova seria, dessa forma, o mesmo da sentença: examinar em um primeiro momento quais são os pressupostos dos preceitos jurídicos aplicáveis à afirmação concreta do direito que faz o demandante; depois, se o demandante alegou todos estes pressupostos e se o demandado fundou sua defesa apenas negando as alegações que fundam a demanda ou se afirmou fatos independentes que motivam a aplicação de outros preceitos e, finalmente, se foram provados tais afirmações em caso de serem controvertidas¹⁴⁷. Daí porque seria até desnecessária, segundo Rosenberg, a regulação legal do ônus da prova, pois esta encontraria-se contida na regulação legal das próprias relações jurídicas¹⁴⁸.

Diante de tais delineamentos, revela-se inegável a influência exercida pela teoria das normas na regulação dos ônus probatórios em diversos ordenamentos, sendo essa a razão pela qual as regras acabam se identificando. Quando o CPC brasileiro refere que incumbe o ônus da prova ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito, nada mais está do que preconizando a solução rosenberguiana: deve o autor produzir a prova das circunstâncias que compõem a sintaxe fático-normativa do direito por ele invocado, a fim de que este possa ser reconhecido e, enfim, objeto de tutela jurisdicional.

Pode-se afirmar que tal critério para a distribuição do ônus da prova se revelou e ainda se revela o mais apto a disciplinar o problema. Afinal de contas, de um modo geral, quem se lança em juízo, pretendendo tutela jurisdicional de determinado direito, deve se encarregar de demonstrar a existência dos pressupostos necessários para a verificação da existência do alegado direito. Estando a norma jurídica assentada em um suporte fático, nada mais adequado que aquele que reclama a tutela do direito seja o onerado na sua demonstração em juízo. Afinal, observado abstratamente o problema, não haveria racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 107.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 107.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 109.

Com efeito, a semelhança entre as disposições que regulam a disciplina dos ônus probatórios no Brasil e em diversos países toma em linha de conta o sucesso que acabou granjeando a *Normentheorie* como critério balizador da distribuição dos esforços de prova entre as partes¹⁵⁰. A bem da verdade, embora não seja isenta de contundentes críticas¹⁵¹, não há como negar sua aptidão para regular a maioria dos casos litigiosos.

3. A natureza jurídica da disposição que distribui os ônus probatórios

A circunstância que difere a inserção das disposições ora nos diplomas materiais, ora nos diplomas processuais, decorre, à toda evidência, da concepção quanto à natureza das normas ligadas à distribuição dos ônus probatórios.

Muito embora as disposições relativas à repartição do ônus da prova sejam articuladas em torno da regulação do procedimento, pois serão fundamentais para a estruturação da atividade probatória das partes e, eventualmente, para a sentença, essas se valem de critério tomado do direito material. Exsurge, pois, a dúvida a respeito da natureza das disposições que respeitam a disciplina dos ônus probatórios¹⁵².

Aqueles que entendem que as normas ligadas à distribuição dos ônus probatórios têm natureza material sustentam que essas se caracterizam, essencialmente, por estarem entre aqueles preceitos jurídicos que determinam o conteúdo da sentença judicial no processo civil¹⁵³.

Assim, “as normas relativas ao ônus da prova pertencem ao mesmo setor do direito que o preceito jurídico cujos pressupostos devem resultar dos fatos controvertidos; pois em se

¹⁴⁹ MARINONI; ARENHARDT, *Manual...*, p. 275.

¹⁵⁰ Bem porque, como bem anota Echandía, não há diferenças significativas entre a teoria proposta por Rosenberg e as que se seguiram, especialmente quanto àquela assinada por MICHELI, Gian Antonio. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.], v. 1, p. 482-490.

¹⁵¹ Como, por exemplo, a que estabelece Pedro Ferreira Múrias, muito embora exclusivamente na perspectiva da função objetiva desempenhada pelos ônus probatórios. (MÚRIAS, *Por uma distribuição...*, *passim*).

¹⁵² Dúvida que surpreendeu o próprio Rosenberg que, inicialmente, na primeira edição de sua obra, atestou a disciplina dos ônus probatórios como sendo coisa do direito processual para, ao depois, sustentar que esta é pertinente ao direito material. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 70-81).

¹⁵³ Por todos, *Ibidem*, p. 72.

cumprindo os pressupostos de seus preceitos o setor do direito que determina o conteúdo da sentença judicial também deve responder à questão de como tem de decidir o juiz quando a existência de um pressuposto de seus efeitos jurídicos não foi provado”¹⁵⁴. Com efeito, “as normas relativas ao ônus da prova pertencem ao mesmo setor do direito que o preceito jurídico cujos pressupostos devem resultar dos fatos litigiosos”, configurando um “raciocínio falso” a concepção processual das normas sobre ônus da prova¹⁵⁵.

Todavia, tal perspectiva deixa de visualizar pelo menos dois aspectos significativos do problema.

O primeiro aspecto está em considerar apenas uma das funções das normas que regem a distribuição dos ônus probatórios, qual seja, a de regra de julgamento, quando se sabe que a disciplina dos ônus probatórios exerce ainda outra função, ligada à estruturação da atividade probatória das partes¹⁵⁶.

Em sendo a atividade probatória das partes elemento imprescindível nos contornos do processo civil contemporâneo – feição ativa do contraditório – não há razão para descurar tal aspecto da análise do problema. Portanto, ligar a natureza de tais normas à função que exercem quando da sentença significa olvidar papel fundamental que realizam no que se refere à participação das partes que, ao fim e ao cabo, configura-se condição de validade da própria sentença (legitimação pela democracia participativa), além de fundamental para a construção do conteúdo desta (dimensão ativa do contraditório)¹⁵⁷.

O segundo aspecto reside na assertiva de que o direito material é inserido no processo *in status assertionis*, e será dele retirado, quando da sentença, necessariamente em outro nível qualitativo.

Afinal, a sentença, “embora certamente se apóie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque além de representar o resultado de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exhibe o selo da autoridade estatal,

¹⁵⁴ Ibidem, p. 71-72.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 72. Tal posicionamento, como já referido, foi adotado apenas a partir da terceira edição da aludida obra.

¹⁵⁶ Ver *infra*, ponto 4.

proferida a decisão com as garantias do devido processo legal”¹⁵⁸. Em outros termos, jamais se pode olvidar que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado”¹⁵⁹.

Inegável, pois, que o direito material, quando declarado na sentença, vai influenciado pelo processo no qual foi inserido, inicialmente, apenas em linha de afirmação. Afinal, “reconhecer que a estrutura do procedimento influi sobre a regra de juízo, que dá ao juiz o modo de pronunciar em todos os casos, significa admitir que os princípios dominantes em um determinado processo sejam fatores determinantes da regra mesma, a qual por tanto se manifesta como perfeitamente aderente ao processo concreto”¹⁶⁰. Nesse sentido, em sendo a disciplina dos ônus probatórios ponto nevrálgico no processo, não há como solapar, da sua natureza, a índole processual¹⁶¹.

Seja como for, não há como negar que o problema dos ônus probatórios é daqueles em que mais se percebe o diálogo entre o direito material e o processo. *Tanto o direito material como o direito processual exercem marcada influência na distribuição dos esforços probatórios*¹⁶², *pelo que compreendemos que sua natureza seja mista*¹⁶³, *muito embora, pelos argumentos traçados, sua essência seja preponderantemente processual*. Aqueles que negam

¹⁵⁷ Do que não se percebeu Rosenberg ao anotar que “o direito processual indica como deve se encontrar a sentença, mas nada diz a respeito do seu conteúdo”. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 72).

¹⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 50.

¹⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167.

¹⁶⁰ MICHELI, *La carga...*, p. 211.

¹⁶¹ No mesmo sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.], v. 1, p. 425 e RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 195.

¹⁶² Valentín Silva Melero, quando da análise da natureza jurídica dos ônus probatórios, acaba também concluindo no sentido de que, caso se chegasse à conclusão de que as normas sobre o ônus da prova sejam extraprocessuais, o “problema não seria apenas teórico, mas também teria inegáveis conseqüências práticas”. (SILVA MELERO, Valentin. *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, v. 1, p. 21). O próprio Rosenberg não deixa de reconhecer que sua posição não acarreta “expulsar o direito processual da doutrina do ônus da prova”, sendo que “apenas pode [-se] tratar adequadamente do problema do ônus da prova quem tenha plena compreensão da missão e dos fins do processo, assim como experiência enquanto à sua marcha e desenvolvimento, além de um conhecimento suficiente dos preceitos jurídicos que o regulam”. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 75). No mesmo sentido, de que o direito processual cobra indispensável participação na compreensão quanto à natureza das normas de ônus da prova, LENT, *Friedrich. Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, p. 205 e MILHÔMENS, Jônatas, *A prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 117.

¹⁶³ No mesmo sentido, RANGEL, op. cit., p. 201-202.

tal compreensão do problema, evidentemente acabam por não enxergar sua relação com o contraditório e com os deveres de colaboração que devem permear a conduta dos sujeitos do processo.

4. A dupla função dos ônus probatórios. Função subjetiva e função objetiva

Longe de ser conceituado como dever jurídico, na medida em que constitui imperativo de interesse próprio da parte¹⁶⁴, a disposição relativa ao ônus da prova pode sintetizar-se como “a exigência feita pelo legislador, a um, ou a ambos os litigantes, de que demonstrem a verdade dos fatos por eles alegados”¹⁶⁵. Através da distribuição dos ônus probatórios é que se discrimina a quem tocará os esforços de prova e a qual das partes tocará o facho da sucumbência, caso o contexto probatório seja insuficiente para a formação da convicção do órgão judicial.

Bem se observa, portanto, que a repartição dos ônus probatórios consubstancia não apenas *regra de julgamento*, a ser utilizada quando as provas não são suficientes para a formação da convicção judicial, mas também *regra de organização da atividade probatória das partes*, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato¹⁶⁶. Vale dizer: a

¹⁶⁴ Com Pontes de Miranda, “a diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 217. No mesmo sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203 e, mais amplamente, Gian Antonio Micheli, *L’Onere della prova*. Padova: Cedam, 1966, pp. 59-95, para quem era natural que a noção ônus encontrasse vasto campo de aplicação no processo civil, onde a iniciativa das partes tem notável importância na dinâmica do procedimento, sendo um dos “elementos essenciais da dogmática do processo” e a que se deve o esclarecimento de muitos fenômenos jurídicos, e DEVÍS ECHANDIA. *Teoria...*, p. 393-421, com amplo recolhimento doutrinário. Tal distinção é apoiada, outrossim, por LENT, Friederich. *Obblighi e oneri nel processo civile*. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova: v. 9, n. 1, p. 150-158, 1954, para quem “no processo civil os ônus são mais importantes que as obrigações” e por PELLEGRINI, José Francisco. Do ônus da prova. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16, jul. 1979, p. 44-45.

¹⁶⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 162.

¹⁶⁶ Assim, BUZUID, Ônus..., p. 17; PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, v. 4, p. 217; TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12; MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48-49; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual. São

distribuição do ônus da prova exerce *dupla função*: a um, desempenha importante e significativo papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (*função subjetiva*); a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a formar o convencimento judicial, sentença contrária aos interesses da parte que não se desincumbiu de seu encargo (*função objetiva*), na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*.

Muito embora não se negue em doutrina o estabelecimento de tal duplicidade de funções exercida pelos ônus probatórios no processo, à função subjetiva sempre se reservou marginal importância em relação à função objetiva. Prestigia-se até hoje a dimensão objetiva do ônus da prova, consistente em subministrar ao órgão julgador um meio de pôr fim ao litígio ainda que na ausência de elementos para a formação de sua convicção em torno do juízo de fato¹⁶⁷.

Nada obstante a visível inclinação da doutrina e da própria jurisprudência pela natureza objetiva, não nos parece acertada a marginalização da função subjetiva. A partir do advento do Estado Constitucional e do formalismo-valorativo, e especialmente em face do significado da *participação* no processo contemporâneo, revela-se equivocada qualquer aceção que se destine a minimizar o papel desempenhado pelos ônus probatórios enquanto regra de participação das partes no material probatório¹⁶⁸.

Consoante bem pontua Alvaro de Oliveira, “a partir dos anos cinquenta do século XX, com a renovação dos estudos de lógica jurídica e a ênfase emprestada ao sentido

Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-82; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317; PELLEGRINI, Do ônus..., p. 46; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, jul./set. 1993, p. 49; MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 1994, p. 75. Na doutrina alienígena, por todos, ROSENBERG, *La carga...*, p. 11-38, MICHELI, *La carga...*, p. 105-116, DEVIS ECHANDÍA. *Teoria...*, p. 424-425, LOPEZ MIRÓ, Horácio G. *Probar o sucumbir*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p.35. Contra, por todos, por não enxergar sentido no delineamento da função subjetiva, MÚRIAS, *Por uma distribuição...*, p. 23.

¹⁶⁷ Pode-se encontrar, com facilidade, aceções como “É certamente exato que esta atividade processual da parte onerada com a prova não constitui a essência da nossa doutrina”, como faz Leo Rosenberg (ROSENBERG, Leo. *La carga...*cit., p. 18), ou no sentido de que “descabe a alegação de nulidade do feito por inversão do ônus da prova na sentença, pois que o ônus da prova é regra de julgamento dirigida ao juiz, que dela deve se utilizar se, após a análise da prova, estiver em dúvida” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70002685022. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Julgada em: 01 dez. 2005).

¹⁶⁸ Para uma abordagem da distribuição dos ônus probatórios à luz do formalismo-valorativo, consulte-se o nosso A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. In: *Ajuris*, n. 104, dezembro de 2006, pp. 9-18.

problemático do direito, resgata-se em certa medida a dimensão retórica e dialética do processo. Tal fenômeno ocorreu exatamente quando – já prenunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornaram os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos. *Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.* Essa conseqüência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma *democracia mais participativa*, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Ora, a idéia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação mais ativa das partes. *O diálogo assim estimulado substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso de atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.* Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua *participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão*, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”¹⁶⁹.

Com efeito, no Estado Constitucional a democracia reflete-se no processo através do contraditório, por onde as partes desempenham sua imprescindível atividade em torno da construção da decisão justa. Tal participação dar-se-á, pois, especialmente mediante a efetiva oportunidade não apenas de alegar, mas de requerer e produzir provas, isto é, em toda a atividade de formação do juízo de fato¹⁷⁰. Revela-se evidente, nesse sentido, que a estruturação procedimental dessa atividade, função desempenhada pelos ônus probatórios, é de curial importância para os contornos de um processo que tem por finalidade a tutela dos direitos e a realização da justiça.

Portanto, justamente na ênfase que se dá ao diálogo no processo civil contemporâneo, no qual a própria legitimidade da decisão tem esteio no contraditório judicial¹⁷¹, não há mais como negar prestígio à dimensão subjetiva do ônus da prova, como

¹⁶⁹ Efetividade e processo de conhecimento. In: *Do formalismo...*, p. 253. Os grifos são nossos.

¹⁷⁰ Como refere Taruffo, o contraditório, na condição de um dos “elementos fundamentais do processo civil”, manifesta uma série de implicações, e, entre elas, assume particular importância aquelas que se “vinculam à aquisição e valoração das provas aos efeitos da decisão sobre o fato”. (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordí Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 428).

¹⁷¹ Conforme Hermes Zaneti Júnior, “o Estado Democrático Constitucional necessita abrir espaço para a participação dos destinatários finais nos atos de decisão que emanam do poder instituído. Aqui representa o

que a deixando à margem da dimensão que concebe a sua condição de “regra de julgamento”. Se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva.

Com efeito, ao contrário do que enunciava Rosenberg ainda no primeiro quartel do século passado, o problema dos ônus probatórios não se apresenta apenas quando a prova *não* se produziu¹⁷², mas, pelo contrário, muito antes disso, ou seja, ao longo de toda a atividade probatória¹⁷³. Pode-se ir mais além: *a distribuição do ônus da prova serve justamente para evitar a ausência de prova, na medida em que serve de estimulante para que as provas sejam produzidas*¹⁷⁴.

Com isso não se quer antepor os poderes instrutórios do juiz com a disciplina dos ônus probatórios¹⁷⁵. Seja na sua dimensão objetiva, seja na sua função subjetiva, a repartição do *onus probandi* não impede que o juiz determine, de ofício, a produção de alguma prova necessária para a formação do juízo de fato. Todavia, é inegável que as partes é que se colocam em posição de maior proximidade com a prova, sendo incontestável a importância que a função subjetiva do ônus da prova revela na busca pelo esclarecimento dos fatos que circundam a atmosfera do litígio.

papel principal o princípio do contraditório, só incluído como garantia constitucional, no âmbito do processo civil e administrativo, na Constituição de 1988 (art. 5º, LV). Trata-se de inversão fundamental do conceito de processo, que passa a ser melhor entendido como ‘procedimento em contraditório’, abandonando as vestes formais da ‘relação jurídica processual’ que lhe caracterizavam e distinguiam, servindo a qualquer facção ideológica, e aderindo ao compromisso democrático dos direitos fundamentais de quarta dimensão (direito fundamental de participação no procedimento). (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo...*, p. 62-63).

¹⁷² ROSENBERG. *La carga...*cit., p. 19.

¹⁷³ “O momento do ônus da prova apresenta-se a partir da pergunta: quem é que deve provar? E aí observamos um desdobramento: o ônus da prova, por um lado, representa um guia para as partes, para estabelecer quando e como lhes convém usar determinado meio ou lograr determinada demonstração; por outro, é uma regra para o juiz, que aparece no momento de sentenciar, permitindo-o sancionar com a ausência da prova aquele que tinha o ônus de provar”. Assim, FALCÓN, Enrique M. *Cómo se ofrece y se produce la prueba: la audiencia preliminar*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 11-12.

¹⁷⁴ Se, com C.A. Alvaro de Oliveira, “A vontade e atividade das partes tendem [...] a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 114), não há como deixar de reconhecer a importante função subjetiva desempenhada pelos ônus probatórios no formalismo processual.

¹⁷⁵ No mesmo sentido, MATTOS, *Da iniciativa...*, p. 52-56; e BEDAQUE, José Roberto Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 86-87.

Vale dizer: é preciso que fique clara a importância e o significado da função subjetiva dos ônus probatórios no Estado Constitucional. Não se pode mais compreender que tais “regras só interessam ante a ausência de prova eficaz para suscitar certeza ao juiz”¹⁷⁶ ou que “somente são aplicáveis quando uma circunstância de fato [...] não se aclarou”¹⁷⁷, como ainda insiste grande parte da doutrina, quiçá de maneira acrítica. A função subjetiva dos ônus probatórios é tão ou até mais importante que a função objetiva¹⁷⁸: dada a devida atenção àquela, afasta-se o perigo de formalização da decisão judicial e, por via de consequência, aumenta-se a probabilidade de se alcançar a justiça material.

5. As presunções e a disciplina do ônus da prova

A íntima relação que a disciplina dos ônus probatórios tem com o direito material colore o estudo da sua relação com o fenômeno das presunções. Certa doutrina chega a sustentar, inclusive, que a distribuição dos ônus probatórios nada mais seria senão um “reflexo das presunções de direito”, ou uma mera espécie de “guia” para ajudar na atividade das partes e do juiz¹⁷⁹. Em outros termos, a distribuição do ônus da prova seria, assim, mera consequência do sistema de presunções: “nos casos de prova insuficiente, escassa ou inexistente, a sentença definitiva não deve estar motivada pela distribuição dos ônus probatórios – processuais – mas que deve buscar um fundamento de fundo e não de forma, como são as presunções do direito material, nascidas no Direito Romano, e que dão fundamento aos ônus probatórios mencionados”¹⁸⁰.

Todavia, embora o sistema das presunções possa ter relação com a distribuição dos ônus probatórios, sustentar que, no caso de insuficiência de prova, a sentença sempre deva se

¹⁷⁶ VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto. La prueba de la culpa y la relación causal en la responsabilidad civil medica. *Procedimiento Probatorio*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana, [s.d.], p. 309.

¹⁷⁷ KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, jan./mar. 1980, p. 51.

¹⁷⁸ Opinião que, aliás, é compartilhada por Echandía, ao sustentar que, sempre que se fala em ônus da prova se contempla a noção de que esta é uma “regra de conduta para as partes”, aspecto tão importante como o da regra de juízo. (DEVIS ECHANDÍA, *Teoria...*, p. 425).

¹⁷⁹ GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 59.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 56.

basear em supostas “presunções” do direito material, significa confundir as funções dos ônus probatórios com aquelas exercidas pelos modelos de constatação. Não é possível confundir a funcionalidade exercida pelos ônus probatórios com aquela dos *standards* de prova, como se, em todo o caso de insuficiência de prova, se pudesse reduzir o módulo probatório a título de “buscar um fundamento de fundo” para a sentença¹⁸¹. Nada obstante, como também já observamos, os ônus probatórios cumprem muito mais que a função de uma mera regra de decisão, mas principalmente como guia de estruturação da atividade probatória das partes.

A presunção é produto de um processo lógico, de um raciocínio através do qual da existência de um fato reconhecido como certo se deduz a existência de um fato que se desejaria provar. Estabelece probabilidade quanto à existência ou inexistência de um fato indispensável aos contornos da lide, mas “probabilidade que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer a convicção judicial quanto à existência, ou inexistência, do fato presumido”¹⁸². Para que o fato desconhecido possa reputar-se provado por presunção, “não basta apresentar-se como conseqüência possível ou mais ou menos provável do fato conhecido”, mas que esteja em um “grau de probabilidade tal que induza o convencimento racional que o fato desconhecido tenha realmente ocorrido”, pois é “no grau da relação da inferência, entre o fato conhecido e o desconhecido, que repousa a força demonstrativa deste meio probatório”¹⁸³. O fato conhecido se denomina *indício*. Ao fato deduzido graças aos indícios se denomina *presunção*.

As presunções podem se dividir em simples ou judiciais (*praesumptiones hominis*), que decorrem das máximas de experiência¹⁸⁴, e legais ou de direito (*praesumptiones iuris*). A

¹⁸¹ Assim, diante de um caso que se faz necessária uma prova clara e convincente, por exemplo, a insuficiência probatória relativamente a tal modelo de constatação não faz reduzir o módulo de prova para permitir que se possa julgar com base no modelo da mera preponderância de prova. A decisão irá se basear na disciplina dos ônus probatórios, recaindo a sucumbência nos ombros da parte que não se desincumbiu do ônus de provar o suporte fático da norma invocada. Sobre os modelos de constatação na doutrina brasileira, ver KNIJNIK, *A prova...*, esp. p. 25-48. Sobre a impossibilidade de se confundir ônus probatórios e modelos de constatação, ver *infra*, parte III, ponto 3.

¹⁸² AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 5, p. 409.

¹⁸³ MANZONI, Ignazio. *Potere de accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 188. apud KNIJNIK, *A prova...*, p. 49.

¹⁸⁴ Sobre as máximas de experiência, indispensável a leitura da clássica obra de STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción de Andrés de La Oliva Santos. [s.l.]: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, *passim*. Na literatura nacional, ver, por todos, a excelente monografia de ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

diferença entre as presunções legais e as judiciais é que nestas o juiz faz o raciocínio e estabelece a presunção e naquelas o raciocínio judicial é substituído pelo texto da lei: é a lei que “faz” o raciocínio e estabelece a presunção¹⁸⁵. As presunções legais, por sua vez, ainda podem ser divididas em absolutas (*iuris et de iure*), que não admitem prova em contrário, e relativas (*iuris tantum*), que, por sua vez, admitem prova em contrário. Ainda se alude à espécie das presunções mistas, as quais admitem prova em contrário apenas através de meios tipificados pela própria lei¹⁸⁶.

No que se refere especialmente às presunções de direito, não se pode negar que possuem natureza substancial, dizendo respeito ao direito material¹⁸⁷. O legislador, ao predispor a presunção – seja ela absoluta, mista ou relativa –, nada mais faz senão alterar os pressupostos fáticos para a incidência da norma de direito material. Em outras palavras, a inserção da presunção pelo legislador (presunção legal) realiza algo como uma “alteração” na sintaxe normativa originária, não exigindo mais a incidência de determinado elemento fático para que seja possível a aplicação da norma. A bem da verdade, não se trata propriamente de uma “alteração”, mas sim da existência de *outra norma* no direito material que, para ser aplicada, por conseguinte, estipula outro modo de distribuição do ônus da prova¹⁸⁸.

Exemplo de presunção legal pode ser encontrada no art. 322 do Código Civil, cuja redação não se distanciou da previsão contida no art. 943 do Diploma de 1916: “Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. A liberação do devedor fica condicionada, em tais casos, à prova da quitação da última parcela. É o direito material que assim dispõe, ao estabelecer a presunção de quitação das parcelas anteriores. Não há falar, portanto, em modificação do arquétipo legal dos ônus probatórios¹⁸⁹: para a incidência da norma prevista no

¹⁸⁵ Com Francisco Rosito, pode-se afirmar que “a caracterização das presunções simples permite constatar que não se trata de um meio de prova, mas sim de uma atividade intelectual ou um procedimento de prova consistente em inferir, a partir de um fato provado (indício) e de uma regra de experiência, a existência de um fato desconhecido. (Ibidem, p. 950).

¹⁸⁶ AMARAL SANTOS, *Prova...*, 3. ed., v. 5, p. 414.

¹⁸⁷ MICHELI, *La carga...*, p. 196-197. Na doutrina nacional, por todos, ROSITO, op. cit., p. 95.

¹⁸⁸ Essa parece ser a opinião de Micheli, quando afirma que “as presunções influem a distribuição do ônus da prova”. (MICHELI, *La carga...*, p. 197-198). No mesmo sentido, LÉGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: LÉPORI WHITE, Inés (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 113 e LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, p. 207.

¹⁸⁹ Para Hernando Devis Echandia, “os casos em que existam presunções de lei não constituem nenhuma exceção às regras do ônus da prova, porque o fato presumido não forma parte do pressuposto fático da norma substancial de cuja aplicação se trata; ao passo que os fatos que formam esse pressuposto são os únicos que

art. 322, bastará ao réu provar que quitou a última parcela, sendo este, precisamente, o *fato impeditivo* do direito do autor em cobrar as demais¹⁹⁰.

Outro caso bastante ilustrativo encontra espaço na Lei nº 4.717/65, que disciplina a ação popular: “O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art.4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade –, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular”¹⁹¹. Temos o caso, pois, em que, dependendo da norma de direito material invocada, o ônus de provar “nascerá” distinto. O direito material é que assim estipulará, mediante a estipulação da presunção legal acerca da lesão do ato ao patrimônio público, bastando provar o indício nas hipóteses previstas no art. 4º da comentada lei.

As presunções judiciais já possuem uma estruturação diferente, porque não estão previstas no direito material; são construídas no processo e decorrem das máximas de experiência comum. Neste caso, não há falar na presunção como algo presente na sintaxe normativa da regra, pois ela é construída à luz do caso concreto, mediante a observação do que normalmente acontece.

formam esse pressuposto e por tal motivo deve provar-los quem os invoque”. DEVIS ECHANDÍA, *Teoria...*, v. 2, p. 701-702. No mesmo sentido, LEONARDO, *Imposição...*, p. 246-247.

¹⁹⁰ DIREITO CIVIL. ART. 943 DO CÓDIGO CIVIL. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM A FAVOR DO DEVEDOR. ÔNUS DE ILIDIR A PRESUNÇÃO ATRIBUÍDA AO CREDOR. DOUTRINA, PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO PROVIDO. O art. 943 do Código Civil, ao dizer que "quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores", estabelece uma presunção relativa em favor do devedor, incumbindo ao credor, uma vez por aquele demonstrado o pagamento das parcelas posteriores, produzir prova que desconstitua tal presunção, não havendo de invocar-se a inaplicabilidade dessa norma às verbas condominiais, posto que se refere ela às obrigações em geral. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 70.170/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 18 abr. 2000. *DJ* 12 jun. 2000, p. 112).

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma REsp 802.378/SP. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em: 24 abr. 2007. *DJ* 04 jun. 2007, p. 312.

Parte-se do indício ou de um conjunto deles para presumir a ocorrência de um fato. Não se está falando da sintaxe da norma, mas sim de um processo lógico que se desenvolve no próprio processo, mediante indícios que se alocam em torno da causa e servem à construção em torno da presunção de veracidade da alegação a ser provada. Por tal razão é que, no âmbito das presunções simples ou judiciais, é possível perceber verdadeiro deslocamento dos ônus probatórios: transfere-se o ônus de provar as alegações que venham a derruir a presunção construída no processo, normalmente através das máximas de experiência comum¹⁹².

Caso de presunção judicial bastante comum é a da culpa do motorista que colide na traseira. Trata-se de presunção não prevista em lei, mas construída à luz do caso concreto, mediante a análise das circunstâncias que envolveram o acidente. Muito embora o autor da demanda indenizatória possa ser beneficiado por tal presunção, inegável que, no momento em que ingressa em juízo, tem o ônus de provar a culpa do demandado. Especialmente porque terá o ônus de provar o fato certo – colisão na traseira –, indício que permitirá a construção da presunção judicial que transferirá o ônus da prova, *apenas quanto ao elemento culpa*, ao demandado, porque decorre de uma máxima de experiência comum que aquele que colide na traseira normalmente é culpado.

A presunção, portanto, é construída no decorrer do feito, ainda que decorra de uma máxima de experiência comum. Ocorre, a partir da prova da colisão na traseira, a transferência dos ônus probatórios especificamente quanto a um dos elementos da responsabilidade civil: passa o réu a ter o ônus de provar que agiu sem culpa¹⁹³, muito embora o autor permaneça com o ônus de provar o nexo de causalidade e o dano.

Os casos envolvendo a indenização por dano moral por cadastro indevido nos órgãos de proteção de crédito constituem, também, exemplos corriqueiros de presunção judicial nos foros brasileiros. O cadastro indevido, ou seja, decorrente de inexistência de dívida ou de

¹⁹² É através das presunções judiciais, aliás, que Giovanni Verde estabelece sua crítica à resolução do problema dos ônus probatórios tão-somente no direito positivo (VERDE, Prova..., p. 632).

¹⁹³ CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO PELA TRASEIRA. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE ABALROA POR TRÁS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DOUTRINA. REEXAME DE PROVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. Culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o "onus probandi", cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 198.196/RJ. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 18 fev. 1999. DJ 12 abr. 1999, p. 164).

pretérita notificação do cadastrado, constrói a presunção judicial de que este sofreu dano moral. Diz-se, comumente, dano *in re ipsa*, ou seja, “na própria coisa”. Tal presunção acarreta a transferência do ônus da prova para o réu, que passa a ter de demonstrar que o cadastro não representou o propalado dano.

Enfrentando o tema, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Este órgão fracionário, bem como o Grupo Cível do qual faz parte, tem se posicionado, de forma majoritária, seguindo a linha de entendimento, também dominante, emanada do egrégio STJ, da seguinte forma, em ações baseadas na suposta inobservância do dever cominado pelo § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor: nos casos em que exista apenas uma dívida registrada, não comprovada a notificação, os danos são considerados *in re ipsa*, e a indenização não deve passar da casa dos R\$ 1.000,00; existindo duas ou mais dívidas registradas, os danos necessariamente devem ser comprovados pelo suposto lesado, deixando de ser presumidos, casos em que a indenização não passará dos R\$ 300,00; existindo inúmeras inscrições, a presunção e a comprovação da ocorrência de danos morais ficam prejudicadas, restando apenas ser julgada improcedente a demanda”.¹⁹⁴

A par do interessante caráter tarifário contido em tal precedente – que deixa transparecer certo resquício de prova legal –, revela-se significativo notar o manejo da presunção judicial criada em torno da ocorrência do dano.

Havendo apenas uma anotação, o dano presume-se, deslocando-se o ônus de provar sua inexistência ao réu. Por outro lado, diante de mais de uma dívida registrada, cai a presunção, sendo ônus do autor provar sua existência. O direito material aponta para a necessidade de provar dano, nexo de causalidade e culpa. Nada obstante, em sendo provada a culpa, o nexo de causalidade e uma inscrição, a prova do dano decorre de presunção judicial que se cria, pois, *in concreto*. Dessa forma, é inegável que dessa presunção construída *in concreto* decorre uma alteração na conformação dos ônus probatórios.

A presunção judicial, portanto, difere da presunção legal também no aspecto envolvendo a transferência dos ônus probatórios. Enquanto diante da presunção legal, isto é, da previsão do direito material, as partes já ingressam em juízo com a distribuição do *onus*

¹⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 70019669498. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 27 jun. 2007.

probandi pré-estabelecida, com base no art. 333 do CPC, diante da presunção judicial esta importará, inexoravelmente, em uma alteração do esquema básico positivado na lei. Evidentemente, quando a presunção judicial importar em um deslocamento dos ônus probatórios, esta deverá ser devidamente noticiada às partes, em homenagem não apenas ao direito fundamental ao contraditório, mas especialmente em atenção ao dever de cooperação do juiz para com as partes, ponto a ser examinado no tópico seguinte.

O importante é que a relação entre as presunções e a distribuição dos ônus probatórios deve ser manejada com cuidado. Diante da insuficiência de prova, não há falar em julgamento baseado em presunção, porque a presunção não se cria apenas porque a prova é insuficiente. Em alguns casos, diante das necessidades do direito material, pode haver a redução do módulo de prova, fenômeno que não se confunde com o das presunções e tampouco com o da distribuição dos ônus probatórios.

As presunções de direito, que têm natureza de direito material, não importam em *inversão* do ônus da prova como supõem alguns autores; o ônus probatório é mantido conforme o art. 333 do CPC, modificando apenas a exigência para a aplicação da norma de direito material (teoria das normas). Quanto às presunções judiciais, por serem estas fruto de construção judicial realizada à luz das máximas de experiência comum e, portanto, por não ter natureza material, há a dinamização dos ônus probatórios, transferindo-se o ônus da prova quanto ao fato presumido para a contraparte. Convém não confundir os fenômenos.

6. Deveres de cooperação e ônus probatórios

À época do Estado Liberal o processo era visto como “coisa das partes”. Os pressupostos ideológicos do Iluminismo reduziam o processo a um *locus* para a resolução dos interesses dos particulares. O Estado pouco ou nenhum interesse tinha na resolução desse litígio. Aliás, quanto menos se ocupasse de ter ingerência nos interesses das pessoas seria melhor. Afinal, o antigo regime absolutista tinha deixado marcas profundas e qualquer perigo de interferência do Estado nas relações entre os cidadãos deveria ser sumariamente

aniquilado. Assim, a condução do processo, bem como sua resolução, se devia ao interesse dos litigantes, que mais se pareciam como participantes de um jogo.

A guinada dessa perspectiva liberal se iniciou com a codificação austríaca de 1895, que passou a vigorar a partir de 1898, e teve como mentor Franz Klein. Trata-se de uma “autêntica revolução copérnica”¹⁹⁵ em torno da natureza do processo civil, que passa a ter seus fins ditados pelo interesse público¹⁹⁶. Em outras palavras, a partir do momento em que se nota a importância institucional do processo junto às comunidades, reforça-se a concepção deste como relação de direito público¹⁹⁷.

O juiz passa a desempenhar função estatal de importância capital, não permanecendo mais como mero árbitro do litígio e com papel passivo na condução da controvérsia, mas sim com papel muito mais atuante, inclusive no que se refere à descoberta da verdade¹⁹⁸. Aliás, era o próprio Klein que salientava: “O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com a efetiva assistência estatal. Tal não é utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, como os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois de tudo isso nos protegem as formas e formalidades do processo”. [...] “A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”.¹⁹⁹

Embora o caráter essencial da lei tenha permanecido intimamente ligado à concepção individualista do século XIX no processo italiano, o que ficou por influenciar enormemente nosso Código de Processo Civil de 1973, a reforma de Klein, também teve, entre nós, sua parcela de contribuição, principalmente através de dispositivos que legitimam o ativismo judicial (art. 130 do CPC), e o dever de cooperação para a descoberta da verdade (art. 339 do

¹⁹⁵ A expressão é de ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 50.

¹⁹⁶ Destaca Rainer Sprung que “o grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológica-econômica da instituição processual e na orientação das instituições processuais singulares aos fins mencionados. Das normas processuais modernas, o processo austríaco foi o primeiro que tomou a sério a efetivação do conhecimento de que o processo seria uma manifestação social as massas e deveria ser organizado como instituição do bem público!”. (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, jan./mar. 1980, p. 149).

¹⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 50.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 48-49.

¹⁹⁹ TROLLER, Alois. *Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, apud ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 51.

CPC). Não apenas a concessão de poderes para o juiz “determinar as provas necessárias para a instrução do processo”, mas, também, a imposição de um dever de cooperação a todos aqueles que participam do processo, colore, por assim dizer, a influência que a reforma prussiana acabou exercendo no CPC brasileiro.

Todavia, é apenas com o advento da Constituição de 1988, que o caráter público do processo agudizou sua importância.

A partir da compreensão de que o processo constitui um instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, ganha relevo não apenas a atividade e responsabilidade do juiz, mas também a atividade e responsabilidade das partes, a fim de que a justiça – finalidade primordial do processo – seja alcançada. Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, exige-se do juiz um esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante *dever de cooperação*. Afinal, se o processo cumpre a função pública de pacificar com justiça, constitui dever de todos os sujeitos processuais, bem como de terceiros, eventualmente, colaborar para que tais finalidades sejam atingidas.

Os deveres de cooperação, aliás, configuram o ponto alto da recente reforma do Código de Processo Civil de Portugal, em cujo art. 266, nº 1 vai predisposto que, na condução e intervenção no processo, os magistrados, mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Denota-se, pois, “um dever de cooperação das partes com o tribunal, mas também há um idêntico dever de colaboração deste órgão com aquelas”²⁰⁰.

O dever do juiz para com as partes desdobra-se em quatro aspectos fundamentais: i) um dever de esclarecimento, isto é, “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo”, ii) um dever de prevenção, ou seja, “o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos”, iii) um dever de consultar as partes, “sempre que pretenda conhecer matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenha

²⁰⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, p. 151.

tido possibilidade de se pronunciarem” e, finalmente, iv) “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”²⁰¹. Quanto às partes, estas têm o dever de cooperação se assenta principalmente na área da prova, estabelecendo o art. 519, nº 1, que “todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”, dever este “independente da repartição do ônus da prova (cf. arts. 342 a 345 C. Civ.)”²⁰².

A bem da verdade, tal reforma do Código de Processo Civil português apenas está a delinear a necessidade de pensarmos, na atualidade de um Estado Constitucional, sob a perspectiva de um processo cooperativo, *locus* onde se estabelecerá uma verdadeira “comunidade de trabalho”, e no qual, através de um permanente diálogo, se otimizarão os esforços em prol da adequada formação do juízo de fato e do juízo de direito.

Tal ambiente cooperativo justifica-se principalmente “pela complexidade da vida atual”, mormente porque “a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade”²⁰³. Somente através de um processo cooperativo, baseado essencialmente no diálogo, é que se poderá alcançar a decisão justa²⁰⁴. Afinal de contas, no processo assim como para a vida, *o pensamento monolítico entorpece*²⁰⁵. Se a cooperação pode ser alcançada mediante técnicas processuais idôneas a estimular o colóquio entre os

²⁰¹ Ibidem, p. 151.

²⁰² Ibidem, p. 150. Acerca do dever de veracidade e sua relação com o instituto da *discovery* da common law, ver PITT, Gioconda Fianco. Dever de veracidade no processo civil brasileiro e sua relação com o instituto da *discovery* do processo norte-americano da common law. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115-127.

²⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 139.

²⁰⁴ Como bem aponta Gadamer, o diálogo possui uma força transformadora, pois onde um diálogo teve êxito ficou algo para nós e em nós que nos transformou, sendo esta a razão pela qual “o caminho da verdade passa pelo diálogo”. (GADAMER, Hans-Georg. *A incapacidade para o diálogo*. In: _____. *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. 2, p. 211).

²⁰⁵ A feliz expressão é de C.A. Alvaro de Oliveira, em prefácio da mais recente publicação de Guilherme Rizzo Amaral, sua tese de doutoramento sobre o problema do cumprimento da sentença. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

sujeitos do processo, não há dúvidas de que andou bem o legislador português ao tornar expresso na lei o espírito do processo civil na contemporaneidade²⁰⁶.

No que se refere à distribuição dos ônus probatórios, não há como afastar sua íntima relação com a idéia de um processo cooperativo²⁰⁷. Se a feição subjetiva do ônus da prova remete à estruturação da atividade probatória das partes, a colaboração destas para a descoberta da verdade dependerá da maneira como se dá tal estruturação. Em outras palavras, dependendo do modo como se estrutura a atividade probatória das partes, tornar-se-á possível uma maior ou menor colaboração destas na formação do juízo de fato.

Justamente por tal razão que o dever de cooperação das partes para com o julgador, na linha da reforma portuguesa, é “independente da repartição do ônus da prova”: a distribuição positivada, mesmo em não sendo adequada aos postulados da cooperação, não se torna óbice à observância do dever de cooperação. O juiz, por sua vez, possui correlato dever de “auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”, o que permite eventual alteração na distribuição legal dos ônus probatórios, sempre que estes estejam a criar tais dificuldades e alterar a igualdade entre as partes²⁰⁸.

²⁰⁶ Sobre o dever de cooperação no processo civil brasileiro, principalmente do juiz em relação as partes, vale a consulta, por todos, de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Processo e Constituição*, Revista do Curso de Especialização de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 1, p. 89-121, dez. 2004, esp. p. 96-100: “Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”, (Ibidem, p. 96). Sobre as bases de um processo civil cooperativo como modelo processual, imprescindível a leitura da tese de MITIDIERO, *Bases..., passim*. Confirma-se, no mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, 2003.

²⁰⁷ MITIDIERO, *Bases...cit.*, p. 92-96. Essa, aliás, também parece ser a proposta de Tereza Arruda Alvim Wambier. Partindo da noção publicística do processo, a autora sustenta a necessidade de o juiz desempenhar um papel muito mais ativo na fase probatória, a implicar na aplicação da regra sobre ônus da prova não apenas na sentença, mas principalmente no sentido de “dividir tarefas”, tudo visando evitar um comprometimento do direito de acesso à justiça. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76, out./dez. 1994, p. 142-144).

²⁰⁸ Como bem aponta Eduardo Grasso, a cooperação toca a inteira dinâmica processual, caracterizando pontualmente toda a organização do processo, impondo ao juiz a necessidade de adequação de sua atividade a este princípio. Segundo o professor italiano, “é possível indicar as notas fundamentais de um regime de colaboração processual. O juiz, no desenvolvimento do diálogo, se coloca no nível das partes: a tradicional construção triangular é substituída por uma prospectiva de posições paralelas. A atividade dos três sujeitos, em suma, tendem a identificar-se, resolvendo-se em uma única força operante (*unus actus*), que penetra na matéria de busca pela verdade”. *La collaborazione nel processo civile*. In: Rivista di Diritto Processuale, 21 (1966), pp. 605 e 609. Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, é exata ao mencionar que “as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da

Não se pode deixar de vislumbrar hoje, a partir da compreensão de que o processo desempenha função eminentemente pública, uma conciliação mais intensa entre os deveres de cooperação e os ônus probatórios, no sentido de cada vez mais aflorar uma comunhão de propósitos entre tais figuras processuais²⁰⁹.

Não se quer negar a diferença existente entre o dever, que remete a um imperativo de interesse alheio (do Estado) e o ônus, que remete a um imperativo de interesse particular (da parte). A aproximação dá-se em face do desenvolvimento da função subjetiva dos ônus probatórios, a que remete à participação destas no aporte do material probatório. Nesse sentido, o dever de cooperação cobra sua influência sobre a necessidade de dinamização em determinados casos, quando, por exemplo, uma das partes adota um comportamento abusivo por omissão. Em outros termos, a utilização da aludida técnica processual configura um estímulo para a cooperação entre os sujeitos do processo.

Os deveres de cooperação e a técnica da dinamização situam-se, por assim dizer, em uma via de duas mãos.

PARTE III – A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. O art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro

jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição”. *Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória*. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 3.

²⁰⁹ Augusto M. Morello. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001, p. 91.

A disposição que regula a distribuição dos ônus probatórios no sistema processual brasileiro encontra-se prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, que vai assim positivado:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I – recair sobre direito indisponível da parte;
- II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito.

Da leitura da disposição fica bastante clara a ingerência da teoria das normas no sistema processual brasileiro, a remeter o ônus de provar a alegação do fato que corresponde à sintaxe normativa àquele que pretende a aplicação da norma invocada. Ao réu caberá o ônus de provar os fatos que ensejam a aplicação das normas que sustentam sua defesa indireta. Através da defesa direta é negado o fato constitutivo, enquanto na defesa indireta admite-se o fato constitutivo, sendo possível articular fatos impeditivos, modificativos e extintivos. O réu possui o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, já que o ônus de provar o fato constitutivo cabe ao autor. O réu não tem ônus da prova na defesa direta, mas apenas na defesa indireta²¹⁰.

Por outro lado, verifica-se a permissão para a convenção em torno dos ônus probatórios entre as partes, que apenas será objeto de invalidação em duas hipóteses: quando recair sobre direito indisponível da parte e quando tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício de um direito.

²¹⁰ Assim, no caso da negativa da seguradora ré em pagar a indenização ao segurado em razão de sua embriaguez, quando do acidente de trânsito, é seu o ônus de provar tal circunstância, pois nela consubstancia sua defesa indireta. Nesse sentido: **SEGURO. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. DEVER DO RÉU.** (...) II - Compete ao réu a prova do fato impeditivo do direito do autor (artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil). III - Na hipótese de morte em acidente de trânsito, cabe à seguradora provar que este ocorreu em decorrência de embriaguez ou consumo de entorpecentes, não sendo lícito exigir do beneficiário em sentido contrário. Agravo improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no Ag 672.865/DF. Rel. Min. Castro Filho, j. 15 ago. 2006. DJ 11 set. 2006, p. 256). O mesmo raciocínio vale para a defesa indireta da seguradora nos casos em que esta se opõe ao pagamento da indenização nos casos de doença pré-existente. É com força no inciso II do art. 333 do CPC que a seguradora, na condição de ré, tem o ônus de provar a existência de doença pretérita à contratação do seguro, bem como o conhecimento do segurado a seu respeito ao tempo da contratação, circunstâncias que irão servir para aferição da violação ao princípio da boa-fé objetiva e, assim, para a improcedência do pedido formulado pelo autor.

A afinidade com a *Normenstheorie* faz observar uma disciplina estática e fechada a seu respeito da distribuição do *onus probandi*. Ao remeter o critério para a distribuição dos ônus probatórios à lei material, de modo a fixar o ônus da prova de modo geral e abstrato sob os ombros da parte que pretende se valer de determinado direito, criou-se uma disciplina normativa que teve a pretensão de excluir outra possibilidade de regulação, que considerasse, por exemplo, aspectos relacionados à realidade concreta do processo, tais como questões ligadas ao acesso à justiça²¹¹.

A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, uma visão liberal do fenômeno²¹². O caráter fechado da regra prevista no art. 333 do CPC deixa o juiz sem qualquer margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei, imaginando-se que esta pudesse continuar tendo a virtude de prever toda e qualquer situação conflituosa apresentada em juízo. Aliás, Rosenberg, o principal responsável pela dogmatização do fenômeno em torno da teoria das normas, propagava que “a distribuição invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários das teorias discordantes” e que tal “regulação [dos ônus probatórios] deve conduzir a um

²¹¹ Muito embora a regulação do Código de Processo Civil de 1939, prevista no art. 209, pudesse sugerir interferência da teoria das normas já no direito anterior, essa não parece ser a constatação mais adequada do problema. Consoante refere o próprio autor do anteprojeto daquela lei, “o ônus de provar os fatos alegados em juízo não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor, nem ao réu; reparte-se, ao contrário, entre um e outro, segundo certas regras previstas em lei, ou consagradas na jurisprudência e pela doutrina” (MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 239, tomo 1º, v. III). Como se vê, a influência do praxismo era bastante presente em nosso sistema processual, nada obstante o discurso positivista contido na Exposição de Motivos do CPC de 1939. Aliás, também reconhecia o emérito processualista que, “dada a complexidade do problema da repartição do ônus da prova, é realmente difícil encontrar-se uma fórmula geral e abstrata capaz de proporcionar solução satisfatória a todas as dificuldades que se deparam na prática forense” (MARTINS, Pedro Batista. *Comentários...cit.*, p. 245), com o que se observava a preocupação do legislador em permitir a construção de solução mais adequada ao caso concreto. Nunca é demais lembrar que o legislador de 1939 assume o acolhimento da doutrina de Chiovenda acerca da repartição dos ônus probatórios (MARTINS, Pedro Batista. *Comentários...cit.*, p. 243), a qual pugnava pela necessidade de atentar à igualdade das partes no processo (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 379, v. 2), igualdade que, no âmbito do praxismo, era fortemente vinculada ao exercício do diálogo e ao descortinamento dos problemas concretos.

²¹² Assim MORELLO, *La prueba...*, p. 85, quando refere que as regras atinentes à distribuição do ônus da prova no CPC argentino “continuam filiadas à uma visão acentuadamente liberal do direito processual, a centrar-se, de modo principal e não excludente, no pólo referencial do *interesse* das partes, que opera assim como único pólo de impulso e transmissão do *princípio dispositivo* e de uma conceituação privatística da tarefa judicial”. Esta a razão pela qual o jurista anota a necessidade em adotar-se idéia mais flexível, atilada a uma “visão solidarista do ônus da prova”, derivada do “princípio da cooperação (ou da efetiva colaboração)” e, em última análise, no princípio da solidariedade e da boa-fé.

resultado determinado, independente das contingências do processo particular”²¹³. Impossível, pois, enxergar para além do abstracionismo da lei, principalmente porque não se tinha a compreensão de que o direito de ação e o direito de defesa não podem prescindir de um processo adaptado às circunstâncias do caso, porque somente assim torna-se possível a realização da justiça²¹⁴.

A disposição do parágrafo único constitui a demonstração mais cabal disso: a convenção adotada pelas partes pode acarretar excessiva dificuldade para o exercício do direito; a lei, jamais. Pode-se alocar, portanto, o exemplo da aludida disposição no rol daqueles que caracterizam o que bem convencionou-se denominar “tardia invasão napoleônica”²¹⁵, face ao atrasado desembarque do *processualismo* no Brasil, residindo aí a nítida inspiração liberal de nossa codificação de 1973.

Ao dispor que “É nula a convenção que distribui de maneira diversa os ônus probatórios quando [...] II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito”, o legislador teve a intenção de autorizar exceção apenas quando a convenção acerca dos ônus probatórios tornar excessivamente difícil a produção da prova. Tal circunstância acaba por reafirmar o caráter de universalidade da regra prevista no *caput*, pois autoriza deduzir que a dificuldade na produção da prova apenas poderia resultar da convenção entre as partes, jamais da fixação legal. Por outro lado, impede que o juiz possa interpretar a distribuição legal dos ônus probatórios à luz das circunstâncias do caso, bem ao sabor do projeto Oitocentista. Aparentemente, segundo consta da disposição, eventual invalidade da distribuição apenas poderá ser pleiteada quando convencionada pelas partes, na medida em que a lei tem pretensão de validade geral e, portanto, supostamente não poderia violar direitos.

Com efeito, ao positivar uma distribuição geral, abstrata e fechada, isto é, sem comportar exceções, o legislador, no seu ilusionismo liberal, pensou estar resolvendo todo e qualquer problema relacionado a tão importante aspecto da regulação do formalismo processual, qual seja, o procedimento probatório. A generalidade e abstracionismo característicos da lei reduziram a distribuição dos ônus probatórios a um dos símbolos da igualdade formal, ao qual não importava a vida real das pessoas e eventuais distinções

²¹³ ROSENBERG, *La carga...*, p. 58-59.

²¹⁴ Ainda com Rosenberg, em outra passagem digna de nota acerca da sua influência liberal, afirmava que “apenas a justiça acrisolada através dos séculos e configurada pelo legislador, apenas a própria lei pode ser pauta e guia para o juiz”. (Ibidem, p. 85).

concretas. Pretendeu garantir-se, dessa forma, a imparcialidade no tratamento das partes – que por serem “iguais” deveriam ser tratadas sem discriminação – e a segurança jurídica, outorgando às partes a tão prestigiada previsibilidade do procedimento.

O resultado, inexoravelmente, não é o mais adequado sob o ponto de vista de um Estado Constitucional, que eleva o acesso à ordem jurídica justa à condição de direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição). A distribuição dos ônus probatórios tal como prevista no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro – assim como nos outros que detêm a mesma conformação hermética –, revela-se alheia à igualdade material das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei, circunstância que apenas se poderá visualizar em concreto, à luz das peculiaridades do caso.

Marcada a idéia de que a lei genérica, abstrata e de eficácia temporal ilimitada²¹⁶, somente seria possível em uma sociedade formada por iguais – o que se revela manifesta utopia – ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, “baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das desigualdades concretas”²¹⁷, não se faz possível imaginar a adequação da previsão do art. 333 do CPC para todo e qualquer caso concreto. As características da nossa sociedade, condicionada por uma ampla diversificação de grupos e estratos sociais, dão lugar a uma acentuada diversidade de situações conflituosas, que requerem uma diversidade de tratamentos normativos e determinam o aparecimento de normas jurídicas adequadas às necessidades e destinadas a perder rapidamente seu sentido e ser substituídas quando surjam novas necessidades. Tais circunstâncias, por evidente, navegam contra as características da generalidade e abstração da lei.²¹⁸

²¹⁵ A feliz expressão é de MITIDIERO, *Elementos...*, p. 36.

²¹⁶ Com Zagrebelsky, à generalidade está vinculada a abstração das leis, que se pode definir como “generalidade no tempo” e que “consiste em prescrições destinadas a valer indefinidamente e, portanto, formuladas mediante supostos de fato abstratos”. A abstração, por servir à estabilidade do ordenamento jurídico e à sua certeza e previsibilidade, “era inimiga das leis retroativas, necessariamente ‘concretas’”, como também é inimiga das leis limitadas pelo tempo e da possibilidade de modificação freqüente destas. (ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 29-30).

²¹⁷ MARINONI, *Teoria...*, p. 40.

²¹⁸ ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 36-37.

Diante de tal contexto, que se revela similar em outros países, surgiram teorias em torno da possibilidade de relativização do estático e fechado arquétipo legal. Uma delas – a *teoria da dinamização dos ônus probatórios* – consagrada principalmente na Argentina, vem ganhando espaço no âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial brasileiro. Vale examinar a possibilidade da sua adoção em nosso sistema jurídico, problema que concentrará nossa atenção a partir do tópico seguinte.

2. A dinamização dos ônus probatórios no direito brasileiro

“É verdade que o procedimento, em maior ou menor medida estratificado na legalidade, sempre constitui o plano de exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa das partes. Também não padece dúvida de que sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder. Todavia, a formação do próprio procedimento está impregnada de valores e até o rito pode ser estruturado injustamente, se não obedecidas as garantias fundamentais do processo, os princípios que lhe são ínsitos e o nível de desenvolvimento de cada povo” (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 187).

A distribuição do ônus da prova, na condição de técnica processual destinada à estruturação da atividade probatória das partes, e de regra de julgamento, para o caso de impossibilidade na formação da convicção judicial diante das provas colhidas no processo, não pode deixar de estar ajustada ao sistema normativo em que está inserida.

Especialmente no que toca à organização do procedimento, vigora o princípio da adequação, cuja idéia central postula a “necessidade de se emprestar maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material”²¹⁹. A distribuição do ônus da prova, como aspecto fundamental do procedimento probatório, obviamente não pode deixar de estar conformada à Constituição, devendo exercer

²¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 116. Sobre o princípio da adequação, ver LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, número especial comemorativo ao cinquentenário, p. 161-170, 1976. Acerca do princípio da adequação formal no âmbito da reforma do Código de Processo Civil de Portugal, ver BRITO, Pedro Madeira. O novo princípio da adequação formal. In: ASPECTOS do novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997, p. 31-69, para quem “afigura-se que o princípio da adequação formal constitui um elemento essencial para o êxito da reforma do processo civil na medida em que pode revelar como instrumento para atingir o objetivo de um efetivo acesso à justiça”, escopo que impõe “o proferimento preferencial de uma decisão de mérito sobre uma decisão de forma, o que o princípio da adequação formal viabiliza pela remoção dos obstáculos inerentes a uma tramitação processual rígida”.

suas funções em consonância com os direitos fundamentais e aos princípios constitucionais de justiça. Dessa forma, é possível imaginar que nem sempre o arquétipo descrito na lei para a distribuição dos ônus probatórios será sempre válido, na medida em que, à luz do caso concreto, poderá a disposição estar violando direitos fundamentais processuais e, por via de consequência, indo de encontro à sua função de instrumento para a pacificação e a realização da justiça.

Vale lembrar que, no Estado Constitucional, a lei deve ser conformada à Constituição. Assim, se a lei que disciplina a repartição dos esforços de prova não estiver ajustada à Constituição, por violação a algum direito fundamental ou a algum princípio de justiça, evidentemente que esta deverá ser objeto de correção, a fim de que a Constituição seja respeitada.

A influência do paradigma legalista, que domina principalmente a formação dos operadores do nosso direito²²⁰ e é incrementada pela forte carga liberal contida em nosso Código de Processo Civil²²¹ poderia fazer parecer impensável a relativização da disposição

²²⁰ Conforme o acertado alvitre de Ovídio A. Baptista da Silva, “o Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve seu reingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os *atos* dando-lhes o sentido de uma *norma*, mesmo que o processo tenha como objeto a *lide*, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘atos’, apenas às regras”. BAPTISTA DA SILVA, *Processo...*, p. 36-37.

²²¹ Tal importante peculiaridade, que singulariza a experiência jurídica brasileira, explica-se pelo fato de que, “até o Código de Processo Civil vigente, o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado”, o que proporcionou ao processo civil brasileiro livrar-se da “radical renovação dos princípios de direito processual’ propiciada pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força”. Em outros e precisos termos: foi possível “adiar a invasão francesa para 1973”, o que ofertou “maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural”. Como bem refere Daniel Mitidiero, “mesmo após a nossa independência continuaram a ter vigência no Brasil as Ordenações Filipinas, sendo que o processo civil brasileiro só fora alcançado por legislação nacional quando o Decreto n. 763, de 1890, mandou que se aplicasse ao foro cível o Regulamento n. 737, de 1850 (que, nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas, manteve basicamente a estrutura do processo, particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional). Antes, a Consolidação Ribas, aprovada por Resolução Imperial de 1876, havia apenas recolhido o direito luso-brasileiro então aplicável à praxe forense, tornando-o facilmente identificável. Neste panorama, o papel da doutrina fora enorme: cumpria-lhe subsidiar a aplicação do direito luso-brasileiro, então lacunoso e imperfeito, sobre indicar soluções mais rentes à ordem do dia, quiçá alçando mão do direito comparado e da autoridade de doutrinadores estrangeiros (aqui, a manifestação de nosso ‘bartolismo’ [...] deveras impregnado em nossa tradição jurídica). O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de certo período em que tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria (pluralismo que só poderia ter fracassado, tendo em conta o nosso acentuado centralismo jurídico), mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio. Informado pela técnica da oralidade, o legislador de 1939 imprimiu ao processo um nítido sabor publicístico, outorgando ao juiz o encargo de dirigi-lo com o fito de alcançar ao

estática, geral e abstrata prevista no respectivo art. 333. Este véu, no entanto, deve finalmente cair. O princípio da legalidade estrita não mais vigora entre nós, nem o juiz prossegue sendo um mero locutor das palavras da lei. A legalidade que se respira hoje é a legalidade substancial, que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais. E o juiz, contando com a participação das partes, é o responsável pela aplicação do direito, inclusive o de índole processual, o que pressupõe sua compreensão e interpretação mediante a invocação do problema e da noção de um sistema que deve respeitar a força normativa da Constituição.

Torna-se fundamental, nesse sentido, alertar que, após a queda do racionalismo de corte liberal, no qual se tinha por princípios os postulados da igualdade formal e do abstracionismo da lei, a realidade da vida passa a ganhar espaço na compreensão do fenômeno jurídico. A partir do momento em que se percebe que o direito serve à vida e que a lei é insuficiente para prever e regular todos os seus conflituosos contornos, abre-se espaço para uma concepção mais fluída de direito, baseada convivência entre a noção de sistema e da atenção para o problema considerado em concreto. O ajustamento do direito – especialmente do direito processual – à vida, envolve uma maior participação e responsabilidade do juiz que, ao lado das partes e visualizando as circunstâncias concretas do caso levado à sua atenção, compreenderá, interpretará e aplicará o direito. Direito que, convém sempre lembrar, é muito mais amplo do que a lei²²².

Os novos direitos fundamentais são conquista do século XX, ou seja, das sociedades contemporâneas, e a atenção em torno da tutela de tais direitos reforçou-se principalmente após a Segunda Guerra Mundial, notadamente em razão das atrocidades lá cometidas. No Brasil, ganharam espaço especialmente após o advento da Constituição de 1988, norma que enumerou diversos direitos fundamentais materiais e processuais, como aquele que se encontra disposto no art. 5º, inciso XXXV, a explicitar o direito fundamental de acesso à

povo justiça pronta e eficaz. Note-se: o juiz então galgou o posto de diretor do processo. A anunciada síntese entre romanismo e germanismo, base do processo civil moderno, segundo conhecida lição de Giuseppe Chiovenda, estava então a manifestar-se, ainda que de maneira tímida, limitada basicamente à primeira parte daquele diploma (única, consoante Alfredo Buzaid, elaborada à luz dos ‘princípios modernos da ciência do processo’, na qual Buzaid, a nosso ver equivocadamente, identificava inclusive a existência de um verdadeiro ‘processo de conhecimento’), com o que ainda se poderia vislumbrar no processo civil de então nítidos traços do processo comum luso-brasileiro. Com efeito, desde nossas profundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou, entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade”. (MITIDIERO, Daniel. *Elementos...*, p. 36-38).

²²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo...*cit., p. 225.

ordem jurídica justa. A lei processual deve responder, evidentemente, a tal direito fundamental, que por sua vez responderá à tutela dos demais direitos (materiais), especialmente os fundamentais. E esta resposta jamais será encontrada tão-somente em abstrato, mas sim, à luz da situação concreta levada a juízo. O caso concreto é que apontará se a lei processual se ajusta aos direitos fundamentais processuais e, por via de consequência, se serve, efetivamente, à tutela dos direitos fundamentais materiais.

Aliás, não foi por outra razão que, apenas dois anos após o advento da Constituição, veio a lume a Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – contendo diversas disposições destinadas a melhor regular a participação do consumidor em juízo. Através de normas abertas, confere-se um maior poder ao juiz para a utilização de técnicas destinadas à conformação constitucional do processo, possibilitando a efetiva e adequada tutela dos direitos fundamentais do consumidor. Naquilo que nos interessa, o art. 6º, VIII, do CDC vem a impor ao juiz um verdadeiro dever de conformação constitucional do procedimento probatório²²³, determinando que haja a “inversão” do ônus da prova quando o juiz afira que as alegações do consumidor são dotadas de verossimilhança e este é hipossuficiente²²⁴. Tal previsão legal autoriza, ou melhor, impõe a relativização da disposição prevista no art. 333 do CPC diante da sua inadaptabilidade à Constituição no caso concreto, e constitui o primeiro passo no sentido da conformação constitucional da disciplina dos ônus probatórios no processo civil brasileiro.

A teoria dos ônus probatórios dinâmicos²²⁵, por outro lado, surge não pela mão do legislador, mas por obra da doutrina que, embora não estivesse firmemente fulcrada na noção de direitos fundamentais e de formalismo-valorativo, foi a primeira que marcou a

²²³ No mesmo sentido, entendendo pela cogência da norma prevista no art. 6º, VIII, do CDC, BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, jul./set. 1993, p. 115.

²²⁴ É de se concordar com a crítica de Antônio Gidi, quanto à utilização da partícula “ou” para unir o requisito da hipossuficiência ao da verossimilhança: “Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem de ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade [...]. Temos, portanto, que, para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente”. (GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, set./dez. 1996, p. 584).

²²⁵ A doutrina, bem como a jurisprudência brasileira, de um modo geral, costuma referir-se à técnica da dinamização como decorrente da teoria das “cargas probatórias dinâmicas”. Todavia, não há razão para deixar de traduzir a expressão estrangeira em sua totalidade. Em outras palavras, se carga em espanhol possui o sentido de “ônus”, não há razão para deixar de se referir à teoria dos “ônus probatórios dinâmicos”.

possibilidade de relativização da distribuição legal dos ônus probatórios por intermédio do juiz²²⁶.

Passa-se a trabalhar mais enfaticamente no plano dogmático com a hipótese de flexibilização judicial da disposição legal que distribui abstrata e estaticamente os ônus probatórios, alcançando-se o grande mérito de tornar flagrante a injustiça da solução legal em uma grande diversidade de casos concretos²²⁷. Em outras palavras, a partir da doutrina “*de las cargas probatorias dinámicas*”, passou-se a questionar, mais enfaticamente, o problema de que a repartição legal dos ônus probatórios é injusta em determinados casos concretos, mesmo aqueles que estejam alheios ao Código de Defesa do Consumidor, na medida em que, mediante a análise de suas peculiares características, desperta a desigualdade entre as partes no que toca aos esforços de prova, podendo resultar, inclusive, na inutilidade da ação judiciária, por “violação oculta à garantia de acesso à justiça”²²⁸.

Segundo descrição cunhada nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, celebradas em Junín, Argentina, em outubro de 1992, “a chamada doutrina dos ônus probatórios dinâmicos pode e deve ser utilizada pelos estrados judiciais em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os esforços probatórios. A mesma importa um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas,

²²⁶ A propositada “inversão”, no Código de Defesa do Consumidor, portanto, dá-se *ope legis*: a inversão não fica a critério do juiz, isto é, a lei vincula a atuação judicial, impondo a inversão, caso o juiz afira os requisitos contidos no inciso VIII do art. 6º, quais sejam, a verossimilhança e a hipossuficiência. Portanto, se o juiz afere que estão preenchidos os requisitos, a inversão é imposição legal: deve ser, pelo juiz, cumprida. Muito embora não se negue a existência de trabalho do juiz no quando da aferição dos pressupostos para a inversão, a constatação quanto à sua existência vincula a aplicação da regra, determinando a transferência dos ônus probatórios do consumidor para o fornecedor. Vale dizer: se a lei dá o roteiro e o juiz o segue, não há como pensar diferente. No mesmo sentido, GIDI, Aspectos..., p. 585-586. Em sentido contrário, por todos, MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004, p. 75-76.

²²⁷ Embora se diga que a manifestação mais remota da doutrina data do século XIX, pela pena de Bentham, ou que esta sempre foi conhecida na Alemanha, na medida em que foi alvo de críticas de Rosenberg, como faz Maximiliano García Grande, não se pode negar que o mais contundente desenvolvimento dogmático iniciou-se pelas mãos do processualista rosarino Jorge W. Peyrano, na Argentina, a partir do início da década de 80 do século passado. Aliás, Peyrano, lavrou sentença, no ano de 1978, enquanto juiz no Juizado da Quinta nomeação da cidade de Rosário, aplicando a dinamização dos ônus probatórios em caso de erro médico. (GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45-48).

²²⁸ KNIJNIK, *A prova...*, p. 173.

profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição de autor ou demandado ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”.²²⁹

Segundo as conclusões das mesmas jornadas, “a temática do deslocamento do ônus da prova reconhece hoje como capítulo mais atual e suscetível de conseqüências a denominada doutrina dos ônus probatórios dinâmicos, também conhecido como princípio da solidariedade ou de efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional no alcance do material de convicção”.²³⁰

Em outras palavras, o que se propõe é a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada. Assim, serve a técnica para os casos em que se coloca uma dificuldade de prova de uma das partes em relação à outra, mesmo nos casos não contemplados pela lei. Através do funcionamento do ônus dinâmico, acaba-se como o imobilismo do arquétipo legal: transfere-se um maior peso probatório sobre uma das partes, provocando, por via de conseqüência, o alívio do ônus da outra.²³¹

Conforme se pode observar, a tese pressupõe uma espécie de relativização do esquema legal. No caso brasileiro, significa uma alteração da distribuição dos ônus probatórios tal qual estabelecida no art. 333 do Código de Processo Civil. Em determinados casos, como refere a doutrina argentina e começa a se pronunciar a brasileira²³², deverá ser superada a estática da

²²⁹ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19-20.

²³⁰ PEYRANO, Nuevos..., p. 20.

²³¹ BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 103. Juan Alberto Rambaldo afirma que “a doutrina dos ônus probatórios dinâmicos produz um verdadeiro salto qualitativo tanto desde o ângulo da teoria quanto desde a sua operatividade na prática concreta”. (RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 29).

²³² Na doutrina nacional, colhem-se, publicados, por exemplo, os importantes ensaios de DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001 e, mais recentemente, confira-se KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a probatio diabolica. In: PROCESSO e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942-951 e CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, p. 9-18, dez. 2006. Ainda não publicada, merecem atenção as dissertações de mestrado de AZÁRIO, Márcia. *Dinamicização dos ônus probatórios*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade

repartição legal em prol da sua dinamização, distribuindo-se o ônus probatório de forma diversa (dinâmica) daquela que é estaticamente prevista no esquema legal.

Todavia, embora a doutrina normalmente se refira à necessidade de dinamização dos ônus probatórios diante da existência de dificuldades na produção da prova pela parte onerada e a facilidade da contraparte, bem como compreenda a necessidade de conformar a participação das partes no procedimento probatório em prol de uma igualdade substancial, não nos parece existir um aprofundamento acerca da pertinência dogmática da categoria. Tais circunstâncias podem muito bem decorrer do caráter refratário da prova a aspectos exclusivamente jurídicos, bem como à malfadada tentação de subtrair a atividade probatória das partes ao terreno da subjetividade²³³.

Seja como for, o objetivo a ser buscado nas próximas linhas gira em torno do estabelecimento das bases teóricas para a *dinamização dos ônus probatórios* no processo civil brasileiro. Justamente por não desconhecermos os perigos que giram em torno da relativização da lei, especialmente no que toca à consideração da segurança, valor também caro ao formalismo processual²³⁴, torna-se devida a estipulação de critérios para operar, da forma mais segura possível, a conformação constitucional da regra disciplinadora do ônus da prova. Nossa pretensão é colaborar para um melhor tratamento de assunto tão importante na dogmática jurídica e na prática forense.

2.1 O direito fundamental à ordem jurídica justa

A partir do advento do Estado Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais chega-se a uma nova concepção acerca dos elementos estruturantes do fenômeno processual – jurisdição, ação, defesa e processo – não mais atrelando esta à supremacia da vontade da lei,

Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006; e VALE, Juliana Leite Ribeiro do. *A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

²³³ Conforme KNIJNIK, *A prova...*, p. 3-6. Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, no mesmo sentido, atestam que, “apesar da relevância do tema da prova (e dos fatos) no processo de conhecimento, observa-se nítido desdém em relação aos aspectos teóricos dessa matéria”. (MARINONI, ARENHARDT, *Manual...*, p. 254, nota 3).

²³⁴ Sobre a relação entre formalismo processual e a tensão entre segurança e justiça ver ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, esp. p. 183-216.

como as teorias concebidas por Chiovenda – na qual o juiz fazia atuar a vontade da lei – e Carnelutti - na qual o juiz cria a norma individual para o caso concreto. Os direitos fundamentais surgem no âmbito de um Estado preocupado com a sua adequada efetivação no plano da realidade da vida, o que pressupõe sua adequada tutela no âmbito da jurisdição. Jurisdição, ação, defesa e processo no Estado Constitucional vão concebidos a partir da primordial tarefa de tutelar adequada e efetivamente os direitos, especialmente os direitos fundamentais.

Em outras palavras, a jurisdição, através do processo, tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição, aplicando a lei, portanto, na dimensão dos direitos fundamentais. A concepção de jurisdição no Estado contemporâneo está centrada na premissa de que a lei “tem sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, o que significa uma inversão da lógica de que os direitos fundamentais dependem da lei e uma reação ao princípio que afirma sua a supremacia”.²³⁵

Nessa quadra é que se compreende o dever do Estado de tutelar os direitos, mediante normas, atividade fático-administrativas e, evidentemente, através da jurisdição, suprimindo eventuais omissões da tutela normativa e, ao fim e ao cabo, cumprindo com o dever de prestar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito. Esse dever de tutelar os direitos fundamentais materiais pressupõe o correlato direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, a outorgar não apenas o acesso, mas também a participação e a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional.

Com efeito, volta-se a frisar a indispensabilidade de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Se o processo constitui “ferramenta pública indispensável para a realização da justiça”²³⁶ e, portanto, para a tutela dos direitos fundamentais, é necessário que seu formalismo processual²³⁷ seja pensado justamente com vistas a alcançar esse fim. Se a Constituição proclama direitos fundamentais e, evidentemente,

²³⁵ MARINONI, *Teoria...*, p. 138.

²³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, *O processo...*, p. 2.

²³⁷ Consoante anota C. A. Alvaro de Oliveira, “o formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. (ALVARO DE OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo...*, p. 56).

a necessidade de sua adequada e efetiva tutela, é necessário que o processo – instrumento através do qual se possibilitará a efetivação da tutela – seja dotado de técnicas capazes para atender a tais finalidades. Este, aliás, o postulado máximo do formalismo-valorativo, referencial teórico do processo no Estado contemporâneo, que propõe a injeção dos valores constitucionais no tecido do formalismo processual, a atingir a consciência não apenas do legislador, mas, especialmente, dos sujeitos do processo.

Ademais, o art. 5º, XXXV da Constituição, ao proclamar o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, ilumina outra perspectiva do direito de ação. O direito de ação passa a ser visto também como um direito fundamental e, a bem da verdade, o mais fundamental dos direitos fundamentais, na medida em que se torna imprescindível para a efetivação de todos eles²³⁸. O direito fundamental de ação vincula o modo de atuação do Estado na viabilização da proteção dos direitos, um direito que recai sobre a forma da atuação jurisdicional, incidindo não apenas sobre o Estado-juiz, mas também sobre o legislador, na medida em que a jurisdição apenas poderá atuar se tiver ao seu dispor a estrutura administrativa adequada e técnicas processuais que realmente permitam prestar tutela jurisdicional de forma efetiva²³⁹.

Em outras palavras, as técnicas encartadas no formalismo processual – procedimentos, sentenças, meios executivos, técnicas de antecipação de tutela e acautelamento – devem estar ajustadas às necessidades de tutela dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o direito fundamental de ação – corolário da ordem jurídica justa – passa a ser concebido não meramente como direito a uma sentença de mérito, mas como “direito à fixação de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela dos direitos”, o que vincula não apenas o legislador a traçar técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflituosas, mas também o juiz, quando, à luz das circunstâncias concretas do caso, revela-se omissa ou inadequada a técnica tipificada na lei²⁴⁰.

Observar o direito fundamental de ação e proporcionar o efetivo acesso à jurisdição não significa, portanto, valer-se apenas daquilo que foi projetado pelo legislador, até porque sua atividade jamais será suficiente para prever toda e qualquer situação de conflito inerente à

²³⁸ MARINONI, *Teoria...*, p. 206-207.

²³⁹ *Ibidem*, p. 206-207.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 207-211.

complexa dinâmica da vida²⁴¹. As disposições legais devem ser dimensionadas a partir dos direitos fundamentais e, nessa medida, se a tutela do direito, à luz do caso concreto, depende de técnica processual não prevista pelo legislador, deverá o juiz proceder na supressão da omissão legislativa, a fim de que seja possível cumprir adequadamente sua função jurisdicional²⁴².

Ao lado do direito de ação, o direito de defesa também é de importância cardeal no contexto do direito fundamental de acesso à jurisdição. O réu, embora não tenha direito à tutela do direito, também possui direito à tutela jurisdicional adequada, no sentido de negar a tutela do direito pretendida pelo autor. Isso não significa, todavia, que o direito de defesa não se articule também com a tutela do direito, pois a idoneidade da defesa depende, evidentemente, da possibilidade do réu efetivamente poder negar a tutela do direito. Dessa forma, o direito de defesa não consiste apenas na possibilidade do réu estar apto a se defender nos limites traçados pelo legislador em determinado procedimento, na medida em que a lei poderá limitar, indevidamente, o direito de impugnar a pretensão do autor²⁴³.

Em outras palavras, o direito fundamental de defesa também é decomposto do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, significando nada mais que o “direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito”. Com efeito, “assim como o direito de ação exige técnicas processuais adequadas à tutela do direito, o direito de defesa também possui como corolário o direito à pré-ordenação dos meios adequados ao exercício de defesa”²⁴⁴. A diferença, em suma, é que “o direito de defesa requer técnicas processuais adequadas à defesa, ao passo que o direito de ação necessita de técnicas processuais idôneas à obtenção da tutela do direito”²⁴⁵.

Nessa ordem de idéias, se a correta formação do juízo de fato é fundamental para ao alcance da justiça – compreendida aí a efetiva e adequada tutela dos direitos – revela-se

²⁴¹ Consoante atesta Pontes de Miranda, “o direito processual é direito rente à vida e há de estar em contato permanente com a vida, a que ele serve, por ser, como os outros ramos do direito, processo de adaptação social, porém, mais do que os outros, dinâmico”. (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, v. 1, p. XLVII).

²⁴² MARINONI, op. cit., p. 211.

²⁴³ MARINONI, *Teoria...*, p. 307-308.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 308.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 308.

bastante claro que o procedimento probatório também deve estar sujeito a uma conformação à luz das necessidades de tutela dos direitos fundamentais²⁴⁶.

Não se faz mais possível pensar que a omissão do legislador, ou a inadequação da técnica prevista em abstrato na lei, seja passível de representar um prejuízo ao alcance da adequada e efetiva tutela jurisdicional. O procedimento destinado à formação do juízo de fato – no qual tem participação nevrálgica a função subjetiva dos ônus probatórios – possui íntima conexão com a noção contemporânea de acesso à ordem jurídica justa, de jurisdição, ação, defesa e processo, na medida em que somente através do eficiente esclarecimento dos fatos é que se pode prestar adequada e efetivamente a tutela jurisdicional, seja para tutelar o direito material ou para negar a tutela pretendida pelo autor. Não há mais como negar, pois, a necessidade de adequada conformação do procedimento probatório, no qual se insere a repartição do ônus da prova entre as partes, especialmente porque atualmente não mais se desconhece sua função junto à atividade probatória das partes e, por via de consequência, para o adimplemento de um processo justo, que possibilite o alcance de efetiva e adequada tutela jurisdicional²⁴⁷.

A dinamização dos ônus probatórios, portanto, configura técnica destinada a garantir às partes a observância do direito fundamental a um processo justo (art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição). Especificamente no que toca o problema em questão, tal direito pode ser decomposto em dois direitos corolários, isto é, em duas bases teóricas que, ao fim e ao cabo,

²⁴⁶ Com Michele Taruffo, pode afirmar-se que “independentemente do critério jurídico que se empregue para definir e valorar a justiça da decisão, se pode sustentar que esta nunca é justa se está fundada em uma determinação equivocada ou inaceitável dos fatos. Em outros termos, a veracidade e a aceitabilidade do juízo sobre os fatos é condição necessária (obviamente não suficiente) para que possa se dizer que uma decisão judicial é justa. Em consequência, há uma possível margem de injustiça da sentença, que coincide teoricamente com o eventual desvio entre a forma concreta em que os fatos se determinem e sua verdade empírica. (TARUFFO, *La prueba...*, p. 64). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, 1983, p. 199, e SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 3, t. 1, p. 4. Humberto Theodoro Júnior, certamente na tentativa de enfatizar tal relação entre verdade e justiça, invoca suposta “crescente valorização do princípio da verdade real”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da Prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 5-23, abr./jun., 1999.

²⁴⁷ Embora coarctado a outro referencial teórico, através do qual era impossível vislumbrar a função subjetiva dos ônus probatórios como etapa crucial da construção da decisão justa, Rosenberg já afirmava que “uma distribuição errônea do ônus da prova pode induzir o juiz a conclusões errôneas e, por conseguinte, a uma sentença errônea, ainda quando não está em questão propriamente a aplicação de uma norma sobre ônus da prova, crendo o juiz haver chegado (se bem com base em erro), a uma aclaração completa da situação de fato”. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 61).

irão fundamentar sua utilização pelo juiz: o direito fundamental à igualdade substancial e o direito fundamental à prova.

2.1.1. O direito fundamental à igualdade substancial

A primeira base na qual se pode assentar a dinamização dos ônus probatórios é o direito fundamental à igualdade²⁴⁸. O art. 5º da Constituição prevê tal direito em duas passagens, o que poderia até parecer redundante. Dispor que “Todos são iguais perante a lei”, mas que, além disso, que devem sê-lo “sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade”, pode transparecer certo exagero por parte do constituinte.

Todavia, redundância não há. A bem da verdade, o dispositivo protege duas formas de igualdade: a igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade formal; e a igualdade na lei, também denominada igualdade substancial²⁴⁹.

Na igualdade formal, há a aplicação uniforme da lei, sem qualquer distinção, pressupondo a uniformidade da sua aplicação. Este era, aliás, um dos pressupostos do Estado liberal, momento em que a generalidade da lei era pensada enquanto garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem qualquer discriminação²⁵⁰. Na igualdade substancial, por outro lado, há a consideração das particularidades entre os sujeitos que são comparados, que os diferencia à luz de uma finalidade. Considerando que tais particularidades configuram, substancialmente,

²⁴⁸ BARBERIO, Cargas..., p. 104.

²⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Igualdade tributária: estrutura, elementos, dimensões, natureza normativa e eficácia*. Tese apresentada para concurso de livre-docência junto ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro, área de Direito Tributário, da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: USP, 2006, p. 79. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, que, ademais, sustenta tratar-se de uma *igualdade estática* e outra *dinâmica*, sendo que “o contraditório não se identifica com a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: NOVAS tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [s.d.], p. 6-7). Confira-se, ainda, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en proceso civil. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67.

²⁵⁰ “A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas”. MARINONI, *Teoria...*, p. 27.

desigualdades, procura-se, mediante a sua consideração de tais particularidades *in concreto*, ajustar uma relação isonômica em prol de determinado fim.

Tal diferença entre igualdade formal e substancial, no entanto, não permite o estabelecimento de critérios operacionais seguros²⁵¹. A efetividade do direito fundamental à igualdade – especialmente no processo – depende, pois, da compreensão da sua estrutura e funcionalidade²⁵², o que é fundamental quando se pensa no procedimento probatório e, especialmente, na distribuição dos ônus probatórios²⁵³ que, como já visto, exerce função nevrálgica para que o processo alcance sua finalidade de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, sobretudo realizando justiça.

A igualdade pode ser sintetizada como “uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade”²⁵⁴. Em considerando a dimensão subjetiva dos ônus probatórios, os sujeitos são aqueles que são onerados em produzir a prova, ou seja, as partes. A questão gira em torno de descobrir qual critério (medida de comparação) que servirá para aferir a igualdade entre as partes no procedimento probatório. De outra banda, necessário estabelecer a finalidade buscada, isto é, o “estado de fato que precisa ser atingido”, a fim de “permitir verificar a correção da medida de comparação utilizada”²⁵⁵.

A finalidade buscada através da atividade probatória das partes é a formação do juízo de fato²⁵⁶. A finalidade dos sujeitos que participam da prova, requerendo, participando da sua admissão, produzindo e cooperando com a sua valoração, é encontrar uma reconstrução dos fatos que seja mais próxima possível da verdade, considerando a ponderação concreta entre os valores da segurança e da efetividade. Muito embora tal tarefa deva ser também empreendida pelo órgão judicial, será principalmente das partes a incumbência de fornecer ao processo as bases para a descoberta da verdade quanto às alegações fáticas que compõem o objeto litigioso, mormente em face da proximidade com as fontes de prova.

²⁵¹ ÁVILA, op. cit., p. 25.

²⁵² Ibidem, p. 25.

²⁵³ Conforme Buzaid, com amparo em Wach, o fundamento para a repartição do ônus da prova está na igualdade, pois parte da consideração de que, “litigando as partes e devendo conceder-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, não é justo impor somente a uma o ônus da prova”. (BUZOID, Do ônus..., p. 15). No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 69.

²⁵⁴ ÁVILA, *Igualdade...*, p. 38.

²⁵⁵ Ibidem, p. 66.

²⁵⁶ DÖRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 13.

O critério (medida de comparação) é a participação das partes para o alcance dessa finalidade. Ambas as partes devem estar em condições isonômicas de participação na formação do juízo de fato. Assim, a participação deve ser pautada pela igualdade a partir dos limites da suas *efetivas* possibilidades para colaborar com o alcance da verdade. Tais possibilidades devem estar, evidentemente, ligadas à realidade, isto é, à concreta aptidão de se produzir determinada prova. Isso porque de nada adiantaria predispor que as partes devam ser tratadas de forma isonômica, ou seja, sem discriminação na participação para a formação do juízo de fato, em termos puramente abstratos, sem considerar que a vida pode impor variados óbices.

Todavia, a problemática da igualdade no procedimento probatório não se esgota na definição da finalidade (adequada formação do juízo de fato), nem na sua relação de pertinência para com o critério (medida de comparação), isto é, a participação das partes. A questão apenas se completa com a introdução do *elemento indicativo da medida de comparação* e com a relação de congruência não somente entre este e o critério como entre o critério e a finalidade que justifica sua utilização²⁵⁷.

Tal elemento é constituído pela *distribuição dos ônus probatórios*, na medida em que, como se observou anteriormente, sua funcionalidade está essencialmente vinculada à *estruturação da atividade probatória das partes*. Este está a delinear, portanto, a medida de comparação, ou seja, a maneira como as partes irão *participar* na formação do juízo de fato. Por exemplo: para promover a descoberta da verdade (finalidade) em uma demanda de responsabilidade civil profissional permite-se às partes participar, através de todos os meios legais como moralmente legítimos (art. 332 do CPC), visando provar as alegações fáticas que constituem o objeto litigioso (critério). Inegável, nesse sentido, que tal participação vai estruturada pela disposição prevista no art. 333 do CPC. Tal norma estrutura o modo pelo qual se dará a participação das partes (critério ou medida de comparação entre elas) e, ao mesmo tempo, relaciona-se, como já mencionado, com a descoberta da verdade (finalidade a ser buscada).

²⁵⁷ ÁVILA, *Igualdade...*, p. 47.

Segundo predispõe o art. 333, I, do CPC, o ônus de provar os elementos constitutivos da responsabilidade civil é do autor. Sua participação, portanto, ficará condicionada a demonstrar a veracidade das alegações que permitem assentar seu direito à indenização: o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano. Ao réu, pelo contrário, terá sua atividade probatória estruturada segundo o inciso II da mesma disposição, ou seja, arcará com o ônus da prova apenas caso oponha defesa indireta, alçando mão de fatos que impeçam, modifiquem ou extingam seu dever de indenizar. Do contrário, caberá tão-somente negar que tenha existido o dano, que tenha agido com culpa ou que tenha existido o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano.

Em tal caso, em não conseguindo o autor demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil, não terá êxito na sua demanda, ao passo que, caso o réu excepcione o direito do autor, mediante a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito deste, terá de prová-los, sob pena de sucumbir.

Nessa quadra, no que toca ao problema da igualdade no procedimento probatório, revela-se inegável que a disciplina normativa do art. 333 do CPC funciona como elemento indicativo da medida de comparação, na medida em que serve de guia estruturante da atividade probatória das partes e, por via de consequência, da sua colaboração para a formação do juízo de fato²⁵⁸. Há um nítido vínculo de correspondência, portanto, entre o elemento indicativo e o critério (medida de comparação): a distribuição dos ônus probatórios (elemento indicativo) participa do problema da igualdade ao se relacionar com a participação das partes (critério ou medida de comparação), bem como com a finalidade buscada (formação do juízo de fato).

Convém notar, todavia, que nem sempre o elemento indicativo da medida de comparação *positivado no lei processual* estará em relação de congruência com a *finalidade* a ser buscada, isto é, a adequada formação do juízo de fato. Haverá situações em que não será possível atingir tal finalidade mediante a distribuição pautada pelo art. 333 do CPC, porque a realidade concreta apontará para uma dificuldade da parte autora em produzir a prova de

²⁵⁸ Como bem delineia Flávio Renato Correia de Almeida, “o ônus da prova é tão necessário quanto a própria atividade probatória em si, pois ao mesmo tempo em que regula-a, traz a garantia do perfeito funcionamento da jurisdição e é, como se verá, também assegurador da igualdade das partes [...]”. (ALMEIDA, Do ônus..., p. 52.

determinada circunstância e, por outro lado, para uma facilidade da parte ré em colaborar no respectivo esclarecimento²⁵⁹.

No caso da responsabilidade civil acima apontado, na hipótese de o réu estar em melhores condições de participar da formação do juízo de fato, no sentido de provar, por exemplo, a ausência de culpa, a distribuição positivada na lei revelaria descompassada frente à finalidade buscada. Em outros termos, muito embora fosse possível o julgamento do pedido sem lançar mão da técnica de formalização da decisão judicial, mediante a participação da parte ré – no sentido de provar que agiu com perícia e prudência, por exemplo –, a distribuição dos ônus probatórios, tal qual prevista na lei processual, alterou tal quadro, impedindo a formação de um juízo de fato apto a ensejar um julgamento com base na suficiência da prova para a formação da convicção judicial.

A quebra dessa relação de congruência entre a disciplina dos ônus probatórios e a finalidade de formação de um juízo de fato o mais aproximado possível da verdade resulta na quebra da relação de igualdade entre as partes. Em outros termos, o direito fundamental à igualdade *substancial* vai ferido diante da incapacidade da disciplina legal dos ônus probatórios lidar com as dificuldades impostas pela realidade concreta da vida.

Não se pode olvidar que o direito fundamental à igualdade é suposto, bem como pressuposto ao direito fundamental à ordem jurídica justa. A tutela jurisdicional, para que seja adequada e efetiva, pressupõe um processo paritário, ajustando as partes em um ambiente não apenas formal, mas substancialmente isonômico. O formalismo processual, nessa medida, deve estar ajustado a consagrar substancialmente a “paridade de armas”²⁶⁰, proporcionando às partes a igualdade de oportunidades de participação na formação do juízo de fato. Vale dizer: a igualdade sob a perspectiva substancial, principalmente no aporte da matéria de fato, o que significa o direito não apenas de alegar, mas, principalmente, de provar as ditas alegações, tudo com o função de influenciar na construção da decisão judicial.

²⁵⁹ Consoante bem acentua Raquel Heck Mariano da Rocha, “conceitos prévios e distribuição em abstrato não atendem aos ditames da igualdade das partes, sobretudo em um sentido de busca de interpretações capazes de igualar os litigantes de modo substancial. Não comporta a regra geral de inspiração clássica a idéia de igualar os desiguais. Limitados que fôssemos no art. 333 do CPC, restaria desprezado o caso concreto em toda sua relevância e colocado em sério risco o princípio da igualdade entre as partes”. (ROCHA, Raquel Heck Mariano da. A distribuição do ônus da prova como instrumento garantidor da igualdade das partes no processo civil brasileiro. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 1, dez. 2004, p. 359).

²⁶⁰ Sobre a paridade de armas no processo civil, ver TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Problemi del processo civile di cognizioni*. Padova: Cedam, 1989.

Com efeito, a distribuição estática dos ônus probatórios, tal como positivada na lei, nem sempre servirá para dar a necessária fluidez à igualdade substancial entre as partes, o que fundamenta a necessidade de sua respectiva *dinamização*. O direito fundamental à igualdade constitui, portanto, base para que o juiz possa operar a dinamização dos ônus probatórios: toda a vez que se observar uma desarmonia nos esforços de prova, deverá o juiz alterar as incumbências de prova, tornando congruente o critério (distribuição dos ônus probatórios), com o fim a ser alcançado (adequada formação do juízo de fato).

Dessa forma, caso a parte onerada pela prova de determinada alegação de fato não tenha condições de provar sua veracidade e, em contrapartida, a parte desonerada esteja em melhores condições de assim proceder, inevitável se revela a alteração do esquema estático da lei a fim de garantir a igualdade substancial. O ajuste dinâmico dos ônus probatórios permite ultrapassar as esquadrias da igualdade meramente formal para atingir seu módulo substancial. Se para uma das partes a prova de determinada circunstância de fato alegada nos autos é mais facilitada que para outra, não há como manter tal desequilíbrio, mediante a manutenção da distribuição positivada abstratamente na lei. Dinamiza-se o ônus, a fim de que a parte em melhores condições forneça o suporte probatório necessário à formação do juízo de fato, assegurando a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito²⁶¹.

Um exemplo comum na prática forense ilustra bem o problema.

O credor, alegando fraude, ingressa com *ação pauliana*, pretendendo a desconstituição de alienação de bens pelo devedor. Segundo a lei material (art. 158 e 159, do Código Civil Brasileiro²⁶²), três são os requisitos de caráter geral indispensáveis à revocação dos bens alienados em fraude contra credores: a) a existência de crédito quirografário, por parte do autor; b) a insolvência, por parte do devedor; e c) a anterioridade do crédito fraudulento. Nesse sentido, segundo a disposição do art. 333 do CPC, o demandante terá o ônus de provar não apenas a existência do crédito, mas também a insolvência do devedor e a circunstância de

²⁶¹ BARBOSA MOREIRA, La igualdad..., p. 70.

²⁶² “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.
§ 1º. Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

o crédito ser anterior à alienação, sob pena de a norma de direito material não ser aplicada pelo órgão judicial e, por via de consequência, isso gerar a improcedência do pedido por ele formulado.

Entretanto, a prova de pelo menos uma das circunstâncias que remetem à desconstituição de alienação de bens pelo devedor é praticamente impossível: afinal, como proceder na demonstração de que o réu *não* tem bens suficientes para responder pela dívida com o autor? Como ao autor será possível inventariar todo o patrimônio do réu para que se possa demonstrar sua condição de insolvente?

Em casos tais, os tribunais têm *dinamizado* a previsão estática positivada na lei processual. Transfere-se, pois, o ônus da prova ao réu, sendo deste, portanto, o ônus de provar que *um dos requisitos* da fraude, qual seja, o da sua *insolvência*, não foi cumprido. O ônus passa a ser do réu que contesta a existência da fraude, no sentido de provar que *não* se encontra em estado de insolvência, ou seja, *de que possui patrimônio suficiente a cumprir com a obrigação firmada com o autor*.

A prova dos demais requisitos da lei material não induz dificuldades: tanto a existência do crédito quirografário, bem como a sua anterioridade em relação à alienação fraudulenta, são, de regra, passíveis de demonstração pelo autor. O problema reside na prova da circunstância de que os bens ativos de seu patrimônio do réu são de valor menor que suas obrigações passivas²⁶³. Tal solução pela dinamização dos ônus probatórios, no caso da prova da insolvência, aliás, é a adotada pelo Código Civil de Portugal, em seu art. 611²⁶⁴, e tem merecido também a acolhida pelo nosso Superior Tribunal de Justiça²⁶⁵.

§ 2º. Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.”

²⁶³ Para Humberto Theodoro Júnior, “Há de se convir que, de fato, seria impossível ao credor provar que as dívidas do réu são maiores do que seu ativo. Só o próprio devedor tem condições de demonstrar, de forma consciente e precisa, seu estado patrimonial”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], v. 3, t. 1, p. 339). Na hipótese de considerar o adquirente na condição de litisconsorte do alienante, a situação não parece, pelo menos em abstrato, dar ensejo a outra solução quanto à dinamização dos ônus probatórios. Embora ao adquirente também subsistam dificuldades em provar a solvência do alienante, em alguns casos terá ele realizado pesquisa prévia acerca das condições financeiras deste. Mesmo em assim não sendo, é inegável a posição de vantagem em colaborar com o acervo probatório do litisconsórcio no pólo passivo em relação à posição singular do autor.

²⁶⁴ Art. 611º. Incumbe ao credor a prova do montante das dívidas, e ao devedor ou a terceiro interessado na manutenção do acto a prova de que o obrigado possui bens penhoráveis de igual ou maior valor.

²⁶⁵ Processual civil. Fraude de execução. Insolvência. Ônus da prova. Na fraude da execução não é do credor o ônus da prova do fato negativo da insolvência em face da alienação de bens após o ajuizamento da demanda. O encargo da prova de solvabilidade é do demandado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira

A transferência do ônus probatórios, portanto, vai ao ensejo da tutela do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo: se a produção da prova é muito difícil ao autor e, em contrapartida, encontra-se ao melhor alcance do réu, apenas com a *dinamização* do ônus probatórios é que será possível uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. Caso fosse mantida a distribuição estática prevista no art. 333, do CPC, resplandeceria a inconstitucionalidade do procedimento probatório, por manifesta violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes no aporte da prova destinada à formação da convicção do órgão judicial.

A dinamização, *in casu*, revela-se *técnica para a conformação constitucional do procedimento probatório*, quando o modelo básico ditado pela lei, em face das peculiaridades do caso concreto, não se ajusta aos preceitos constitucionais²⁶⁶. Sem que fosse possível a dinamização, a fraude não poderia ser decretada, face à impossibilidade de provar a insolvência, o que redundaria em manifesta mitigação do direito fundamental à ordem jurídica justa.

Mais: considerando que ao juiz, a teor do que predispõe a Constituição e o próprio Código de Processo Civil em seu art. 125, I, é imposto o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, revela-se cristalino que se trata de verdadeiro *dever* do órgão

Turma. REsp 13.988/ES. Relator: Min. Cláudio Santos. Julgado em: 04 maio 1993. *DJ* 28 jun. 1993, p. 12886).

²⁶⁶ Nas razões lançadas pelo Supremo Tribunal Federal no precedente ventilado, o RE 82.523-SP, julgado no já longínquo dia 9 de setembro de 1975 e relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque, retira-se que a orientação pela excepcional transferência do ônus probatório ao réu “é a que mais se afina” com o espírito da lei material, que “visa primordialmente à proteção dos credores” e “não lhes haveria, por isso, de impor ônus da prova difícilíssima, quiçá impossível, de não restarem ao devedor alienante, em lugar nenhum, bens de qualquer natureza que ainda bastassem à satisfação de seus débitos”. Bem se observa, pois, que a decisão se baseou, ao fim e ao cabo, no sentido de prestigiar a efetividade da tutela do direito do credor, o que somente encontraria esteio caso se procedesse na conformação do procedimento probatório, especialmente no que toca à distribuição dos respectivos ônus entre as partes. Embora hoje se tenha outro referencial teórico – a Constituição de 1988 – não se pode negar que a construção do Supremo Tribunal Federal, mesmo baseada em outro critério hermenêutico, alcança o mesmo resultado, por considerar inócua a tutela do direito material caso mantida a distribuição prevista no, à época, recém-promulgado Código Buzaid. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os precedentes navegam no mesmo sentido: PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. INSOLVÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. NA FRAUDE DA EXECUÇÃO NÃO É DO CREDOR O ÔNUS DA PROVA DO FATO NEGATIVO DA INSOLVÊNCIA EM FACE DA ALIENAÇÃO DE BENS APOS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. O ENCARGO DA PROVA DE SOLVABILIDADE É DO DEMANDADO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceira Turma. REsp 13.988/ES. Relator: Min. Cláudio Santos. Julgado em: 04 maio 1993. *DJ* 28 jun. 1993, p. 12886). A mesma orientação restou sufragada

judicial a utilização da técnica da *dinamização* dos ônus probatórios, quando verificada a dificuldade de acesso à prova pela parte onerada em detrimento da facilidade da outra²⁶⁷.

Nessa quadra, em possuindo uma das partes melhores condições de provar, segundo as circunstâncias materiais do caso concreto, a *dinamização* funciona como *filtro isonômico do direito fundamental à prova*: o exercício desse direito é ajustado em concreto, evitando tratamento discriminatório a qualquer das partes na sua atividade probatória em face da distribuição estática positivada na lei²⁶⁸.

2.1.2. O direito fundamental à prova

Do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, conforme se firmou nas linhas antecedentes, deriva um direito de ação da mesma natureza, direito este que, a fim de cumprir sua missão de tutelar o direito material, deve estar baseado em técnicas processuais que permitam ao juiz atuar em prol dessa finalidade. O mesmo se diga em torno do direito de defesa, que, também articulado às peculiaridades da situação conflituosa e às necessidades do direito material, deve permitir à parte a efetiva e adequada possibilidade de negar a tutela do direito pretendida pelo autor.

Também se asseverou que o procedimento probatório, por possuir importante significado no contexto do formalismo processual, evidentemente deve seguir este mesmo sentido, qual seja: estar baseado em técnicas que melhor satisfaçam a necessidade da

no BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceira Turma. REsp 31.366/SP. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em: 28 jun. 1993. *DJ* 09 ago. 1993 p. 15229.

²⁶⁷ Conforme anota Daniel Mitidiero, ao comentar o dispositivo em questão, “cumprir ao órgão jurisdicional assegurar às partes igualdade de tratamento, tal como igualmente dispõe o art. 4º do Anteprojeto de Código de Processo Civil Modelo para a IberoAmérica. Não se diz, veja-se bem, que tem o juiz de se conformar com o manifesto desequilíbrio entre as mesmas. Assegurar está em sentido amplo, demandando do juiz quiçá condutas ativas no sentido de fazer com que a igualdade desponte efetiva. O preâmbulo constitucional alude à igualdade como um dos valores supremos da sociedade brasileira, seguido dos arts. 3º, I, III e IV e 5, I. Não se pode ignorar a manifesta intenção do Texto Constitucional, sob pena de apunhalá-lo às escuras. O art.125, I, é mandamento que se refere à igualdade material no processo, e não meramente formal, autorizando concretas providências judiciais na direção do mesmo para que se obtenha dita isonomia: pense-se, por exemplo, no teor do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90”. (MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 529-530).

adequada formação do juízo de fato, algo de especial relevância no que toca ao problema da tutela jurisdicional dos direitos e ao alcance da justiça²⁶⁹.

Justamente nesse sentido é que se pode falar em um direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa²⁷⁰. O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional²⁷¹. A falha na formação do juízo de fato obstaculiza a adequada tutela do direito. Se a formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental²⁷².

O direito à prova constitui, portanto, corolário imediato do direito fundamental ao processo justo. Pressupõe a participação da parte e, por isso, abrange a possibilidade desta se valer dos meios e das fontes de prova²⁷³ necessários à correta formação do juízo de fato, mas

²⁶⁸ Para um enfoque da igualdade na perspectiva da função objetiva dos ônus probatórios, confira-se BARBOSA MOREIRA, *La igualdad...*, p. 69.

²⁶⁹ Consoante anota C. A. Alvaro de Oliveira, “aspecto importante do processo concerne à determinação dos fatos, pois, em princípio, não é possível fixar o direito adequado à solução da controvérsia sem investigar o suporte fático descrito pela norma, dita como incidente e da qual se reclama aplicação. Daí também a incidência do formalismo na formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 9).

²⁷⁰ Gerhard Walter, raciocinando à luz do sistema italiano, extrai do art. 24 da Constituição daquele país a intrínseca relação entre o direito à prova e o direito fundamental à ordem jurídica justa, caracterizando aquele como “núcleo essencial” deste. (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 337). Michele Taruffo, por sua vez, atenta que, na Itália, a idéia de um “direito à prova” no âmbito do processo civil é bastante recente, na medida em que o modelo dos códigos napoleônicos, que influenciaram diretamente o direito italiano, sempre se usaram do tema para se referir às normas que regulam a admissibilidade dos meios de prova e os procedimentos para a sua assunção em juízo, bem como da sua eficácia. (TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, gen./mar. 1984, p. 74).

²⁷¹ Já dizia Carnelutti, aliás, que, “no processo, o Direito atua vestido com a prova, e, assim, a forma do seu valer acaba parecendo a substância do seu ser”. (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Dell’Ateneo, 1947, p. 23-24).

²⁷² No âmbito do direito espanhol, escreve Xavier Abel Lluçh que o direito à prova se coloca dentre os “direitos processuais fundamentais”, previsto no art. 24.2 da Constituição Espanhola. “Como todo direito fundamental”, escreve o autor, “opera como norma atributiva de direitos subjetivos e consagra valores objetivos”, sendo que, quanto ao primeiro aspecto, “concede ao particular faculdades para serem exercitadas em situações concretas” e no segundo, “consagra garantias institucionais que devem ser respeitadas em todo o processo”. E prossegue: “Ambas dimensões, subjetiva e objetiva, devem ser promovidas e protegidas pelos poderes públicos e, por fim, pelos Juízes e Tribunais que, como é sabido, se encontram vinculados aos direitos fundamentais (arts. 9.1 e 53.1 CE). Se trata de uma vinculação de caráter imediato, pois não precisa de ulterior complementação legislativa, e deriva do próprio caráter normativo da Constituição. (LLUCH, Xavier Abel. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 32).

²⁷³ Fontes de prova são elementos probatórios que existem antes do processo e com independência a este. Não somente os documentos, mas também as testemunhas e, sobretudo, a própria coisa litigiosa. Já os meios de

não apenas isso. Implica também no direito de deduzir as provas que servem para a aferição da veracidade das alegações, no direito de que tais provas sejam admitidas (ou, em caso contrário, em uma inadmissão motivada), isto é, o direito a um adequado juízo de admissibilidade da prova, no direito de efetivamente produzir tais provas, bem como, ao fim e ao cabo, no direito à sua respectiva valoração²⁷⁴. Sua efetividade depende da adequação do procedimento probatório, no sentido de que este seja estruturado para oportunizar a efetiva participação dos sujeitos processuais no trabalho de formação do juízo de fato.

É nesse exato sentido que a disciplina dos ônus probatórios, enquanto ponto cardeal na estruturação da atividade probatória das partes assume significativo relevo. Conforme já se asseverou, a principal função da distribuição dos ônus probatórios no Estado contemporâneo é a de organizar a atividade probatória das partes, de sorte que estas tenham o conhecimento, de antemão, dos respectivos esforços de prova no processo e possa reduzir-se ao máximo o perigo de uma formalização da decisão judicial, circunstância que aumenta a distância entre a sentença e sua finalidade principal, a realização da justiça substancial²⁷⁵.

Mediante a indicação dos ônus probatórios de cada uma das partes, estas partirão rumo à tarefa de trazer aos autos a prova desta ou daquela alegação de fato²⁷⁶. Todavia, é necessário que os esforços sejam repartidos de forma adequada, isto é, proporcionando a ótima colaboração das partes, sob pena de vedação do direito fundamental à prova e, por via de consequência, do direito fundamental ao processo justo. Com efeito, apenas através da esmerada distribuição dos esforços de prova é que será possível garantir a observância do

prova são as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo. Assim, a “coisa que tem de ser examinada é uma fonte, e seu reconhecimento pelo juiz é um meio”, o mesmo se dizendo da testemunha, que é uma fonte, sendo seu depoimento, um meio e dos documentos, que são considerados “fonte, independentemente de seu caráter de prova pré-constituída”, sendo sua incorporação no processo um meio. Conforme SENTÍS MELENDO, *Naturaleza...*, p. 15.

²⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, [s.d.], p. 608-609. No mesmo sentido, LLUCH, Xavier Abel. Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 32-34.

²⁷⁵ Se “a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios”, sendo que “quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial na hora de sentenciar”, como bem anota BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. In: TEMAS de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145-146, tem-se por inexorável a relação entre a disciplina dos ônus probatórios e a realização da justiça.

²⁷⁶ Como bem delineia Rui Manuel de Freitas Rangel, “o ônus da prova e as regras de repartição, inseridos dentro de toda a atividade probatória ou instrutória, são vitais e representam um núcleo fundamental para o desenvolvimento da lide, para o processo, em suma, para a descoberta da verdade material”. (RANGEL, *O ônus...*, p. 12).

direito fundamental à prova. A distribuição dos ônus probatórios deve considerar as *possibilidades reais de participação das partes para a formação do juízo de fato*, necessariamente em atenção às peculiaridades do caso e sua importância no que toca aos direitos fundamentais de ação e defesa²⁷⁷.

O direito fundamental à prova não pode ser compreendido de modo que sua observância seja posta em termos meramente residuais. Ao contrário, deve ficar claro que o direito fundamental à prova é valor prioritário e que outras exigências possam influir apenas sobre o modo de sua atuação²⁷⁸.

Em outras palavras, a repartição do ônus da prova, mormente por constituir ponto nevrálgico no formalismo processual, não pode desconsiderar a efetiva viabilidade daquele que carrega o ônus da prova de, efetivamente, alcançar a prova ao processo. Significa dizer: a distribuição dos ônus probatórios deve também atentar para que a atividade probatória das partes se desenvolva em termos ótimos, de sorte que a produção da prova alcance o grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a verdade acerca das alegações fáticas que constituem a controvérsia judiciária.

Tal tarefa, evidentemente, apenas será possível mediante a consideração das peculiaridades do caso e da adoção de técnicas processuais que possibilitem retirar o máximo da efetividade na atividade probatória dos participantes do processo, especialmente das partes, como ocorre, naturalmente, com técnica da *dinamização dos ônus probatórios*, expediente que “encontra-se em total consonância com a idéia de processo civil pautado pela colaboração”, cujo fundamento está “na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes”²⁷⁹.

²⁷⁷ Como refere Taruffo, gera perplexidade que a construção doutrinária e jurisprudencial em torno dos ônus probatórios não leve em linha de conta a sua relação com a maior ou menor dificuldade de prova em que venha a se encontrar a parte onerada: “Parece pouco racional uma distribuição do ônus da prova que não leve em conta esse fator”. (TARUFFO, Michele. *Presunzioni, inversioni, prova del fatto. Rivista Trimestrale de Diritto Procedura Civile*, Milano, set. 1992, p. 749-750). Em outro ensaio, o jurista reconhece, com amparo na Corte Constitucional italiana, que o direito à prova constitui “manifestação essencial da garantia de ação e da defesa, cuja atuação concreta – para dizer assim – se dá em função da possibilidade que as partes têm de fornecer em juízo a prova das respectivas pretensões”. (TARUFFO, *Il diritto alla prova...*, p. 75).

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 76-77.

²⁷⁹ MITIDIERO, *Bases...*

Como se viu anteriormente, a técnica da dinamização terá seu campo de aplicação quando as partes se colocaram em situação de desigualdade frente à prova. Aliado a tal fator, porém, é necessário que se esteja diante de uma restrição ao direito fundamental à prova, no que toca à atividade de sua respectiva produção. Quanto ao ponto distinguem-se dois critérios no direito espanhol: o da disponibilidade probatória e o da facilidade probatória (que constitui, em verdade, critério mais amplo e compreensivo do anterior). A jurisprudência espanhola invoca ainda mais dois: o da normalidade (baseado na doutrina de Chiovenda) e da doutrina da *res ipsa loquitur* – “a coisa fala por si mesma” (que alguns também consideram uma manifestação do critério anterior)²⁸⁰. Tais critérios têm claro fundamento constitucional, que é *prohibición de indefensión*, consagrada no art. 24 da Constituição Espanhola. Exponente disso é a sentença do Supremo Tribunal Espanhol 7/1994, de 17 de janeiro, ao preconizar que “os Tribunais não podem exigir de nenhuma das partes uma prova impossível ou diabólica, sob pena de causar-lhe *indefensión*, contrária ao art. 24.1 CE, por não poder justificar processualmente seus direitos (...)”²⁸¹.

No Brasil, a violação quanto ao direito fundamental à prova também pode ser visualizada, como se verá a seguir, através do perigo de *probatio diabolica*, a representar a impossibilidade ou excessiva dificuldade na atividade de produção da prova.

2.2. A probatio diabolica como obstáculo ao direito fundamental ao processo justo

Os exemplos de aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios são diversos. Em todos eles, o prejuízo no que toca ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição) decorre da excessiva dificuldade, ou até impossibilidade, para que a parte onerada na produção da prova possa produzi-la. O problema é antigo, remonta o período formular do direito romano e surge com a ação publiciana²⁸²: trata-se da *probatio diabolica*.

²⁸⁰ MÉNDEZ, Susana Pazos. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 85-87.

²⁸¹ MÉNDEZ, Susana Pazos. Los criterios..., p. 84.

²⁸² KNIJNIK, *A prova...*cit, p. 175.

A disciplina dos ônus probatórios tem íntima relação com o problema, na medida em que os efeitos de tal fenômeno serão sentidos apenas pela parte a quem compete provar determinada circunstância de fato. Assim, da imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível resulta a imposição de uma *probatio diabolica*, que, por sua vez, tem íntima ligação com a vedação do direito fundamental à prova. Em outras palavras, impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição: a tutela do direito, ou a possibilidade de sua negação pela parte ré, não será possível.²⁸³

A estruturação da atividade probatória das partes, evidentemente, deve considerar tal circunstância. A *probatio diabolica* pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar de um *fato negativo*, mas também à condição de *hipossuficiência* da parte onerada, em face das peculiaridades da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face da sua distância quanto ao material probatório.

O fenômeno é bastante presente nos tribunais. No Brasil, houve proliferação de precedentes dessa natureza principalmente após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, no qual se possibilitou a denominada “inversão” dos ônus probatórios em prol do consumidor, transferindo-se todo o encargo probatório para o fornecedor, deixando-o, por vezes, em situação de excessiva dificuldade em liberar-se da imposição. Vale dizer: a disposição contida no art. 6º, VIII, do CDC, ao reconhecer o direito do consumidor à “inversão do ônus da prova (...) quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”, não remete, ou não deve remeter, à simples transferência da dificuldade no exercício do direito à prova ao fornecedor. Com efeito, se a transferência do ônus da prova for implicar em *probatio diabolica* ao fornecedor, desaparece sua própria razão de existir, na medida em que não haveria falar, propriamente, em *hipossuficiência*, no caso. Não é possível determinar qualquer modificação na distribuição do *onus probandi* se isso vier a significar encargo insurportável ou impossível de ser cumprido pela parte que passará a ser onerada. Caso ambas as partes estejam em situação de excessiva dificuldade em produzir determinada prova, certamente não

²⁸³ Com Danilo Knijnik, há de se concordar que “a violação do direito à prova pode implicar (...) a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, *violação oculta à garantia de acesso útil à justiça*”. (KNIJNIK, *A prova...*, p. 173.

será o caso de lançar mão da técnica da inversão (*rectius*: dinamização) do ônus da prova, mas, sim, da técnica de redução do módulo (standard) probatório.

Nada obstante, os tribunais brasileiros vêm, de modo geral, deslindando bem o problema.

O caso da imposição à empresa de telefonia móvel do ônus de provar que não houve o pedido de cancelamento da linha de telefone celular, mediante aplicação da disposição contida no art. 6º, VIII, do CDC, é emblemático. Como provar que o plano *não* foi cancelado? A Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de se deparar com tal caso, fixando o entendimento de que “o encargo imputado à apelante é diabólico, ou seja, ele deve provar fato negativo, o que é extremamente difícil”.²⁸⁴ Observa-se, pois, a caracterização da prova diabólica mediante a imputação do ônus de provar um fato negativo, quando, em contrapartida, se revela mais facilitado à contraparte produzir a prova de que houve o cancelamento da linha celular.

Semelhante solução calha nos casos de alegação quanto à impenhorabilidade do *único imóvel residencial* do executado. Quanto à prova de o imóvel constituir *residência* para fins de caracterizar a impenhorabilidade, não há falar em *probatio diabolica*, porque sua produção é mais facilitada, realmente, à parte que alega a aplicação da regra contida no art. 1º da Lei 8.009/90. Todavia, alguns tribunais condicionam a impenhorabilidade à prova da circunstância de o imóvel ser o *único*²⁸⁵, o que remete a flagrante dificuldade nos esforços de prova, na medida em que é mais fácil provar que existe mais de um imóvel do que o contrário. Provar que *não há outro imóvel* constitui *prova negativa*, excessivamente difícil de ser produzida. Como provar que *não há outro imóvel* que seja de propriedade do executado? Ainda que apresentadas certidões dos cartórios registrares regionais, tal prova, além de difícil, jamais será suficiente, porque poderá o executado ser proprietário de outro imóvel no interior

²⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70006868491. Relator: Pedro Luiz Pozza. Julgado em: 17 jun. 2004.

²⁸⁵ Assim, por exemplo: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. ÔNUS DE PROVA IMPOSTO A QUEM ALEGA A RESERVA. A impenhorabilidade do bem de família exige demonstração inequívoca da sua destinação residencial, assim como prova de que se trata do único imóvel pertencente ao casal, do que também não se desincumbiram os agravantes. Sendo os agravantes proprietários de outros bens imóveis, segundo o contexto probatório dos autos, resta afastado o enquadramento na Lei 8009/90. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70021582101, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 22/11/2007).

de outro Estado, por exemplo. Transferindo-se o ônus da prova quanto à tal específica circunstância ao exequente, evita-se imputar ônus impossível de ser cumprido pelo executado, a par de estimular a atividade probatória daquele, o maior interessado na manutenção da penhora e que, justamente por isso, encontra-se em melhores condições para aproximar-se da verdade buscada²⁸⁶. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se ajustada com tal orientação²⁸⁷.

Outro exemplo de *probatio diabolica* é encontrado nas ações de responsabilidade civil por erro médico. Em tais casos, é a vítima e, portanto, a parte autora, quem normalmente se encontra na condição de hipossuficiente em relação ao médico, pois é pessoa leiga na medicina, de sorte a não conhecer, por exemplo, quais os métodos existentes, por exemplo, para a realização de uma simples cirurgia de catarata ou quais os exames são necessários para a realização de uma cirurgia de redução de estômago.

Evidentemente existe dificuldade na produção da prova da culpa do médico, não apenas quanto ao contexto da sua culpa, mas também quanto à caracterização dos demais elementos constitutivos da responsabilidade civil, como a ocorrência do dano e o nexo de causalidade²⁸⁸. A vítima normalmente encontra-se em posição afastada das provas que serviriam para demonstrar a ocorrência dos fatos constitutivos da responsabilidade do profissional, pois os dados relativos ao acompanhamento da enfermidade encontram-se nos prontuários médicos, na posse do próprio profissional ou da clínica em que trabalha. Não raro, é o médico que também acaba retendo os exames, circunstância que, por óbvio, também dificulta o acesso à prova. Sem falar no ato cirúrgico em si, momento em que, no mais das vezes, a vítima se encontra sedada, o que lhe impede de observar as circunstâncias em que se

²⁸⁶ A proposta de dinamização, como se observa, vai no sentido de estimular os deveres de cooperação direcionados ao executado no que se refere à efetividade da execução civil (art. 656, § 1º, CPC), bem como as penas que podem resultar da violação a tais deveres, especialmente à de atentado à dignidade da jurisdição (art. 600, IV, CPC).

²⁸⁷ “Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 790.608/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 07.02.2006, DJ 27.03.2006 p. 225, REPDJ 11.05.2006 p. 167).

²⁸⁸ Não se desconhece a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da natureza da responsabilidade civil profissional. Perfilamo-nos ao lado daqueles que entendem que a responsabilidade, *in casu*, é subjetiva. Tal compreensão decorre da própria lei protetiva do consumidor (art. 14, § 4º, CDC). No direito espanhol dá-se compreensão semelhante acerca do mesmo problema (MÉNDEZ, *Los criterios...*, p. 91-92).

deu o evento danoso, nem as pessoas que o testemunharam²⁸⁹. A dificuldade na produção da prova é evidente²⁹⁰, o que a torna uma autêntica *probatio diabolica*.

Como se pode observar, a *probatio diabolica*, entendida como extrema dificuldade ou impossibilidade na produção da prova, implica vedação do direito à prova, podendo tal situação resultar de uma inconstitucional distribuição dos ônus probatórios, especialmente quando a contraparte possui melhores condições de ofertá-la ao processo.

Diante de tal contexto, configura verdadeiro dever do juiz proceder na conformação do procedimento de prova à Constituição, possibilitando o pleno exercício do direito à prova, utilizando-se da técnica da dinamização através da transferência do ônus de provar determinada circunstância fática à parte que disponha de melhores condições para assim proceder. Dessa forma, no caso de responsabilidade civil profissional, face à delicada posição a que se coloca, de regra, o paciente (vítima) de enfrentar a heróica tarefa de demonstrar aspectos científicos ou técnicas que se revelam por demais complexas, no que toca ao modo de obrar do profissional, nada melhor que este seja onerado em demonstrar de que maneira se comportou nas circunstâncias do caso particular²⁹¹.

O direito fundamental à prova, corolário do direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa, constitui base para a imposição, ao juiz, do dever de proceder na dinamização dos ônus probatórios, sempre que a regulação estática do art. 333 do CPC não esteja adaptada a cumprir com sua função constitucional. Com efeito, diante da *probatio diabolica* que, no

²⁸⁹ Consoante atesta Roberto A. Vazquez, “o segredo do bloco cirúrgico impede ao paciente de aportar as provas da negligência dos profissionais que realizaram a operação, ao passo que a estes resultará mais fácil demonstrar que atuaram conforme as regras de sua arte.” (VAZQUEZ, Roberto A. La prueba de la culpa y la relación causal en la responsabilidad civil medica. *Revista Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Catolica Argentina – Procedimiento Probatorio*, [s.d.], p. 310).

²⁹⁰ No mesmo sentido, por todos, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 718, p. 33-53, 1995; e ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. O ônus da prova na culpa médica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, jul. 2003, p. 112-114.

²⁹¹ MORELLO, *La prueba...*, p. 116. Alexandre Freitas Câmara cita como exemplo de *probatio diabolica* o caso do ônus imposto às seguradoras no sentido de provar que o segurado era enfermo e tinha o conhecimento de tal aspecto em momento anterior à contratação do seguro de vida (CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 9-18, out. 2005). Para o bem da verdade, o ônus da prova compete à seguradora porque a doença pré-existente à causa impeditiva do direito à indenização (art. 333, II, do CPC), não havendo, pois, falar em inversão. Por outro lado, vale dizer que, embora realmente o beneficiário do seguro esteja em melhores condições de produzir a prova, não parece esta erigir-se como *diabolica* à seguradora: normalmente a prova testemunhal, especialmente dos médicos que atenderam o segurado na época da contratação, pode servir para elucidar a questão, razão pela qual, ao menos em tese, não haveria lugar, na hipótese, para a adoção da técnica da dinamização.

caso concreto, vai manifestada pela distribuição estática prevista na lei, constitui verdadeiro dever do órgão judicial lançar mão da técnica da dinamização, a fim de que não seja lesado o direito fundamental de efetiva e isonômica participação na construção da decisão judicial²⁹².

O mesmo raciocínio, evidentemente, vale para o caso da transferência dos ônus probatórios ocasionar uma *probatio diabolica* reversa.

O fenômeno da *probatio diabolica* reversa ocorre justamente da equivocada utilização da técnica da dinamização, quando a transferência do encargo da prova acarreta a mesma dificuldade para a parte contrária na sua respectiva produção. Dá-se a mera transferência da dificuldade ou impossibilidade na produção da prova dos ombros de uma parte para a outra, o que redundaria, por igual, em uma violação ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. A dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova: quando se dinamiza o ônus “é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo”, pena da dinamização “significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus”²⁹³.

Aliás, esta é a razão pela qual bem se observa, em doutrina, que esse constitui um dos limites para a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios²⁹⁴. A dinamização não é autorizada, evidentemente, quando venha a acarretar *violação ao direito fundamental de defesa*, opondo dificuldades ou até a impossibilidade de o réu cumprir seu ônus probatório para negar a tutela do direito do autor. A situação de desigualdade no alcance do material probatório, ante à impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza dos fatos e da sintaxe da norma deve ser pressuposta à dinamização, nada justificando a violação de um direito fundamental pelo outro.

2.3 A inviabilidade da prova por fato da contraparte e dinamização dos ônus probatórios

²⁹² Contra, conforme já asseveramos, navega a doutrina de Rosenberg, para quem “em nenhum caso a dificuldade e inclusive a impossibilidade de subministrar a prova deve levar a uma modificação do nosso princípio a respeito do ônus da prova. Pois, um fato negativo apenas deve ser provado quando a lei vincula à ele um efeito jurídico”. (ROSENBERG, *La carga...*, p. 296-297).

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 8, set./out. 2005, p. 22.

Outra hipótese de vedação do direito fundamental à prova acontece quando uma das partes inviabiliza o alcance da prova à outra, mediante sua destruição, por exemplo. A par da circunstância da conduta de inutilizar a prova ter sido culposa ou até dolosa, o dano maior sofrerá o próprio processo, decorrendo daí a idéia de um prejuízo não somente à parte inicialmente onerada da produção da prova inutilizada, mas um prejuízo à função pública que o processo desempenha. Nunca é demais lembrar que hoje se tem por superada a concepção do processo como “coisa das partes”, na qual seu funcionamento se assemelhava a um jogo, a exemplo do que se tinha na época do liberalismo²⁹⁵.

A inviabilidade da prova por ato da parte pode se dar através da sua destruição, do seu perecimento – quando se faz necessária a conservação – ou mesmo porque sua produção depende única e exclusivamente de conduta da parte – quando esta deve se submeter a determinado exame, por exemplo. Nos casos em que a inviabilidade da prova se dá por ato da parte onerada, a solução dar-se-á pela funcionalidade da regra de julgamento, caso esta não consiga, através de outros meios ou fontes, alcançar ao processo aquilo que se pretendia através da prova inviabilizada. Todavia, a questão ganha contornos problemáticos quando sobre a parte responsável pela inviabilidade da produção da prova não recai o ônus probatório, decorrendo, assim, impossibilidade na produção da prova – e respectiva impossibilidade na tarefa de se desincumbir do *onus probandi* – gerando, na esteira do que se sustentou *supra*, vedação do direito fundamental à prova.

O comportamento da parte quanto à conservação das provas e a viabilidade de sua produção, especialmente quando revestido de culpa ou dolo, poderá exercer a função de um *argumento de prova*, hipótese que abre a porta a um valoroso e renovado debate, principalmente quando se desembarca na era do processo cooperativo, período informado por um movimento de reforço nos postulados éticos, e cujos reflexos poderão ser visualizados na disciplina dos ônus probatórios.

No direito italiano a distinção entre prova e o argumento de prova sempre se tornou mais clara ao intérprete em face da disposição contida no art. 116 do *Codice di Procedura*

²⁹⁴ Assim, KNIJNIK, *A prova...*, p. 180-181.

²⁹⁵ Como alertou CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, n. 1, 1950.

*Civile*²⁹⁶, que elenca como bases para o conceito as respostas das partes em sede de interrogatório não formal²⁹⁷ e a sua não-justificada negação em consentir com inspeções em geral²⁹⁸.

Na doutrina peninsular são delineadas basicamente algumas tendências interpretativas quando à diferença entre *prova* e *argumento de prova*: a) os argumentos de prova não são aptos a, isoladamente, serem suficientes para fundar o convencimento do juiz, mas este pode (e deve) dele servir-se para valorar as outras provas; b) os argumentos de prova são suficientes a fundar o convencimento do órgão judicial; e c) funcionam somente na hipótese em que a integração de indícios é capaz de dar vida a “presunções graves, precisas e concordantes”.²⁹⁹ A inclinação, no entanto, é no sentido de dar aos argumentos de prova um carácter subsidiário, a auxiliar tão-somente na etapa de *valoração* da prova colhida, emergindo críticas quanto à posição jurisprudencial que reconhece valor probatório auto-suficiente ao comportamento processual das partes.³⁰⁰

Em Portugal, o art. 344º do Código Civil determina a inversão do ônus da prova “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”. Como se pode observar, o direito português impõe a transferência do encargo probatório muito mais como uma sanção legal ao dever de cooperação do que propriamente em decorrência da violação do direito fundamental à prova³⁰¹.

²⁹⁶ Art. 116. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

Il giudice puo' desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

²⁹⁷ Art. 117. Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facolta' di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori.

²⁹⁸ Art. 118. Il giudice puo' ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché cio' possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 del codice di procedura penale. Se la parte rifiuta di eseguire tale ordine senza giusto motivo, il giudice puo' da questo rifiuto desumere argomenti di prova a norma dell'articolo 116, secondo comma. Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria non superiore a lire ottomila.

²⁹⁹ VERDE, Prova..., p. 602.

³⁰⁰ Ibidem, p. 602.

³⁰¹ O Tribunal da Relação de Coimbra, por exemplo, na Apelação 1952/2001, julgada em 04.12.2001 e relatada por Araújo Ferreira, atestou categoricamente que “A inversão do ônus da prova, por violação do dever de cooperação à descoberta da verdade a que estão vinculadas as partes, há de aferir-se da economia conjunta dos artºs. 344º, nº2 do C.Civil e 519º nº2 do C.P.C., por tal forma que se demonstre uma determinada ação ou omissão, culposa intencional, conexante, numa relação de causa-efeito, com a criação de condições da

No Brasil, a questão ganhou contornos mais significativos nos últimos anos, no especial em face das ações de investigação de paternidade, principalmente por decorrência do avanço tecnológico no exame de DNA, que constitui subsídio probatório do mais alto significado. O exame de DNA é capaz de proporcionar uma demonstração tão aproximada da verdade como raros meios de prova seriam capazes³⁰², razão pela qual, especialmente nas demandas em que tal perícia se revela o principal meio de prova, doutrina e jurisprudência vêm admitindo inclusive a relativização da coisa julgada, mediante a preponderância do valor justiça na ponderação estabelecida em face do valor segurança.³⁰³

A alta fidedignidade dos resultados da prova colhida do exame de DNA, por via de consequência, gera reflexos no que tange ao comportamento das partes, principalmente daquela que deve oferecer o material genético necessário para a realização do exame. Sem embargo das considerações de natureza material, relativas ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana, da preservação da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, uma vez admitida e deferida a prova, a negativa da parte em se submeter ao exame é comportamento que, evidentemente, *inviabiliza* a produção da prova. Cabe, nessa quadra,

impossibilidade da contra-parte em fazer a respectiva prova; [...]”. A lei remete à técnica da inversão em face da violação ao dever de cooperação e não propriamente à dificuldade que venha, eventualmente, a decorrer de tal comportamento.

³⁰² Assim, por exemplo, restou manifestado no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 38.451/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 13 jun. 1994. *DJ* 22 ago. 1994 p. 21266; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 317.119/CE. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em: 04 nov. 2004. *DJ* 03 out. 2005 p. 239; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 226.436/PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 28 jun. 2001. *DJ* 04 fev. 2002 p. 370.

³⁰³ Nesse sentido, PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.

averiguar se daí decorre o surgimento de um argumento de prova, a caracterização de uma presunção, ou, ainda, a eventual possibilidade de dinamizar os ônus probatórios.

A resolução de tal problema passa, naturalmente, pela análise do nosso peculiar sistema jurídico, donde se retiram algumas recentes diretrizes normativas de relevo, que vêm a iluminar o debate em torno do tema.

Nesse propósito, a atual redação do art. 232 do Código Civil Brasileiro, estabelecida pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, dispõe que “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia pelo exame”. Ao cabo de tal alteração legislativa, o verbete sumular nº 301, do Superior Tribunal de Justiça, editado em 22 de novembro de 2004, vem a estabelecer que “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Qual será, no entanto, o critério a melhor orientar o intérprete no deslinde do problema?

Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça asseverou que “A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor”, além de que, em “Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual”.

Extrai-se do voto vencedor que “A jurisprudência do STJ, por sua vez, não discrepa dos paradigmas e do acórdão recorrido: limita-se a reconhecer que a recusa do réu em realizar a prova pericial (DNA) implica a presunção de existência da relação de paternidade. Tal presunção, entretanto, não é absoluta, mas relativa, porque, além de ensejar prova em contrário, não induz – a mera recusa – em automática procedência do pedido. À presunção resultante da recusa deverão ser adicionadas outras provas, a serem produzidas pelo autor, como condição de procedência do pedido”. O recurso acabou provido, entendendo a Corte

que havia prova suficiente do relacionamento entre a mãe do autor e o réu na época da concepção³⁰⁴.

Observa-se, especialmente no caso envolvendo as ações de investigação de paternidade, que o comportamento da parte, no sentido de negar-se a realizar o exame e com isso frustrar a prova, a par de não se revelar suficiente para determinar a procedência do pedido, supera a força probatória de um mero *argumento de prova*. Fica claro, no precedente citado, que o Superior Tribunal de Justiça, embora deixe de considerar a conduta do investigado prova cabal da paternidade, entendendo que esta faz prescindir outras provas, estabelece *presunção* judicial³⁰⁵ em torno da veracidade do fato, a determinar, por conseguinte, a “inversão do ônus da prova”. Em outras palavras, em havendo a negativa em submeter-se ao exame pericial, permite-se a criação de *presunção* judicial que, por sua vez, acarreta a transferência do ônus probatório à parte investigada³⁰⁶.

A norma contida no art. 232 do Código Civil, muito embora não seja tão incisiva como o verbete sumular do STJ – o termo “poderá” dá ampla abertura para a aplicação judicial – também possibilita ao órgão judicial compreender o comportamento arredo da parte como *presunção* judicial, transferindo-se o ônus da prova quanto à negativa de paternidade para o investigado. Todavia, não bastará a negativa do investigado como único indício apto à formação da *presunção* da paternidade: outros indícios também deverão ser objeto de prova, tais como o relacionamento, ainda que efêmero, anterior à concepção. Aliás, para o bem da verdade, tais indícios devem pressupor a própria admissão do exame, não sendo possível sequer determiná-lo sem que haja verossimilhança em torno das alegações do investigado.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 557.365/RO. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 07.04.2005, DJ 03.10.2005 p. 242.

³⁰⁵ Nesse mesmo sentido, de que o dispositivo comentado estabelece a possibilidade da construção de uma *presunção* judicial, GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – *Presunção Legal ou Judicial ou Ficção Legal?* In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 314. A processualista inclusive advoga a revogação da Súmula n. 301 do STJ, na medida em que esta, equivocadamente, eleva a negativa ao exame à condição de *presunção* legal de paternidade.

³⁰⁶ Esta, aliás, já era a tese advogada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart muito antes do advento do Novo Código Civil Brasileiro. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, t. 1, p. 207).

3. A indevida confusão entre modelos de constatação e dinamização do ônus da prova

Costuma-se estabelecer, em doutrina, uma relação entre a disciplina dos ônus probatórios e os modelos de constatação. Confunde-se, por assim dizer, a idéia de que pode haver diferentes graus de suficiência de prova em razão das diferentes necessidades do direito material e, portanto, diferentes *standards de prova*³⁰⁷, e a utilização da técnica da dinamização.

É importante frisar: os fenômenos são distintos e não se confundem.

A dinamização dos ônus probatórios pode ter espaço em qualquer processo de natureza cível, independentemente do modelo de constatação utilizado. Seja em um processo em que seja necessária uma mera *preponderância de provas*, seja em um processo em que, face às necessidades do direito material, seja necessária uma *prova clara e convincente* – os chamados “processos civis especiais” – a adoção da dinamização pode viabilizar-se como técnica necessária a garantir o acesso à ordem jurídica justa.

A diferença dos fenômenos reside na função de cada um: a disciplina dos ônus probatórios nada diz para com o exercício de valoração das provas, aspecto que, evidentemente, será influenciado pelo modelo de constatação eleito³⁰⁸. Apenas após o momento da valoração é que se pode partir para a aplicação da “regra de juízo”, se e apenas se o órgão judicial não atingiu o convencimento necessário para a formação do juízo de fato ou, em outras palavras, a prova colhida não foi suficiente em face do *standard probatório* escolhido³⁰⁹. Sem falar, evidentemente, da função subjetiva exercida pelos ônus probatórios,

³⁰⁷ Os modelos de constatação “são critérios para orientar a análise da prova”, sua respectiva suficiência, “critérios para efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz”. KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Separata da Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, jan./fev. 2001, p. 33. Dito de outra forma, configuram pautas que dirigirão o raciocínio judicial, permitindo seu melhor esclarecimento quanto ao misterioso momento de valoração da prova, de forma a facilitar o controle da decisão judicial. Sobre os modelos de constatação, especialmente quanto à sua aplicação no Brasil, confira-se, também, José Paulo Baltazar Júnior. *Standards probatórios*. (KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153-170).

³⁰⁸ Já alertava Micheli quanto ao perigo de não se dar “o devido relevo à distinção entre a fase de valoração das provas e a de decisão sobre o fato incerto, isto é, a aplicação da regra de juízo”. (MICHELI, *La carga...*, p. 336).

³⁰⁹ Assim, MARINONI, *Formação...*, p. 19, ao considerar que “o convencimento antecede a decisão”. A bem da verdade, a única ligação existente se encontra na circunstância de que se faz necessário conhecer o modelo de

de “regra de instrução”, que opera muito antes da fase decisória, momento em que ocorrerá a valoração da prova.

Dito de outro modo, a distribuição dos ônus probatórios funciona ao longo da instrução e, eventualmente, para depois da valoração da prova. A definição do critério de suficiência de prova, enquanto questão jurídica prévia à valoração e definidora do modo através do qual esta se dará, nada altera as bases para a distribuição do ônus da prova, seja ela determinada pela lei, seja determinada por ato do juiz. Nessa medida, parece equívoco sustentar que “A questão da valoração da prova encontra-se umbilicalmente ligada à distribuição do ônus da prova”³¹⁰. A distribuição dos ônus probatórios rigorosamente não se altera em face da valoração da prova. O autor continua tendo o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, bem como o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 333, do CPC). O que muda, em face do modelo de constatação eleito, é o *grau de suficiência da prova*, o que, por óbvio, vai pautar toda atividade judicial, sem excepcionar sua aferição acerca da formação do juízo de fato.

O mesmo se diga a respeito das situações que impõem ao julgador o abandono do modelo de constatação geral da “preponderância de provas”³¹¹, como no caso da simulação³¹²,

constatação para visualizar a necessidade de lançar mão (ou não) da regra de julgamento. Todavia, não há falar em alteração da disciplina dos ônus probatórios em face disso: a repartição permanece rigorosamente a mesma, não havendo falar em inversão ou dinamização em razão das “necessidades do direito material”. Discordamos com o emérito professor paranaense nesse ponto. O que permitirá a alteração do esquema dos ônus probatórios será a desigualdade na obtenção da prova, aliada à dificuldade ou impossibilidade da parte onerada na sua produção. Portanto, as necessidades do direito material referem-se aos modelos de constatação e não à possibilidade de dinamização dos ônus probatórios.

³¹⁰ Como faz Leonardo, *Imposição...*, p. 175.

³¹¹ Como bem apregoa Danilo Knijnik, “é difícil, ou até mesmo impossível, traçar um esquema abstrato que permita quantificar o convencimento judiciário, razão pela qual o máximo que se pode pretender é o fornecimento de pautas ou critérios, auxiliares à tarefa judicial em questão”. Daí a possibilidade de estipular um modelo ainda mais rarefeito, como nos casos envolvendo simulação e fraude, por exemplo.

³¹² Não são desconhecidas as dificuldades que giram em torno da prova da simulação e das figuras a ela correlatas. Nesse sentido, a fim de tornar possível a tutela jurisdicional do direito de defesa – ou seja, do direito de alegar o dolo, a fraude e a simulação – deve-se adequar o procedimento a tal realidade, permitindo-se a formação do juízo de fato através da utilização e valoração das provas indiciárias, única prova possível em tais casos. Conforme Luiz Guilherme Marinoni, “Sabe-se que a simulação somente adquire relevância quando demonstrada, vale dizer, quando provada. E a prova da simulação é uma das questões mais intrigantes do direito probatório. Contudo, a simulação não pode perder o seu significado e o Código Civil ser desconsiderado, apenas em razão de que a sua prova é muito difícil de ser feita”. *Simulação e prova*. In: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011395928.pdf>. Acesso em 07.10.2007. Segundo Danilo Knijnik, em casos de simulação, dolo ou fraude, via de regra a matéria reclamará prova indiciária. Citando Paulo Medina, o processualista aponta que “o problema de apurar a real intenção mostra-se ericado de dificuldades. Raramente a prova direta, colhida em depoimentos, ou expressa em documentos, será apta por si só a revelar uma intenção. Será necessário recorrer, quase sempre, à prova indireta para esse fim”. Valendo-se de Alberto Xavier, afirma que “dado que os simuladores procuram furtar-se a olhares indiscretos e dado que as contradecarações são entre nós pouco utilizadas, não existe prova direta da simulação. Esta terá

por exemplo. A necessidade trabalhar com módulo de prova ainda mais rarefeito, que permita ao órgão judicial alcançar seu convencimento mediante um conjunto de provas indiretas, nada altera a configuração dos ônus probatórios³¹³. Esta poderá ser alterada, eventualmente, diante das complexidades na produção da prova no caso concreto. Vale dizer: a distribuição do ônus da prova poderá conviver com modelo de constatação mais rarefeito, desde que haja desigualdade quanto aos esforços de prova.

A técnica da distribuição dos ônus probatórios, portanto, opera independentemente do critério utilizado pelo órgão julgador para aferir a suficiência de prova no caso concreto: dentro dos limites estabelecidos pelo módulo eleito, vai distribuído o ônus de provar, podendo ter ou não ter lugar a técnica da dinamização. São técnicas distintas que inclusive poderão conviver conjuntamente, desde que sejam preenchidos os pressupostos para sua aplicação.

Gerhard Walter, ao apartar os fenômenos, afirma não existir um sistema apto a determinar em abstrato e antecipadamente, quando seria possível uma simples redução do módulo de prova e quando seria necessário operar a dinamização dos ônus probatórios. Todavia, enumera diversos casos, analisando doutrina e jurisprudência, onde busca aproximar um critério para casos em que basta a redução do *standard* de prova, permitindo-se a suficiência da prova por presunções simples, e outros em que se faz necessário alterar a

de provar-se indiretamente, através de presunções”. *A prova...*, p. 167. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, revelando novamente pioneirismo no trato de problemas processuais probatórios, dispõe de alguns precedentes importantes nesse sentido. O mais conhecido deles talvez esteja no caso do arrombamento de cofre de segurança em instituição financeira (RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70001464676, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator para o acórdão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 21/11/2001). O caso mais freqüente, no entanto, reside na hipótese de furto de veículos no interior de *shopping center*, conforme ilustrado na seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. I - PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEIÇÃO. II - PROVA DO INGRESSO DO VEÍCULO E DO FURTO NO ESTABELECIMENTO. JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA. REDUÇÃO DO MÓDULO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS, ADEMAIS, QUE CONDUZEM À CONCLUSÃO DE VERACIDADE DA VERSÃO DO AUTOR. III - DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. OS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS RESPONDEM PELA GUARDA DE VEÍCULOS DEIXADOS EM SEUS PARQUES DE ESTACIONAMENTO, DEVENDO INDENIZAR OS PROPRIETÁRIOS DOS DANOS EVENTUALMENTE RESULTANTES DESSE FATO. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70008233447, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 11/08/2004).

³¹³ Pode-se concluir, por outro lado, que o avanço da teoria dos modelos de constatação ou *standards probatórios* vem justamente ao encontro da tese aqui defendida, na medida em que com sua utilização procura-se afastar a aplicação da nefasta faceta dos ônus probatórios, qual seja, o de uma regra de formalização da decisão judicial.

conformação dos ônus probatórios, como, por exemplo, nos casos de infração à deveres profissionais³¹⁴.

A nosso ver, ambas as técnicas – alteração do modelo de constatação e dinamização dos ônus probatórios – dependem, para serem utilizadas, da aferição quanto à dificuldade na produção da prova. Se a prova é difícil, a princípio ambos os critérios estarão à mercê de serem aplicados no processo. A diferença é que, para a aplicação da dinamização, deverá haver desigualdade na produção da prova. Se o grau de dificuldade na produção é semelhante para ambas as partes, reduz-se o módulo de prova, para permitir, por exemplo, convicção baseada em simples verossimilhança. Caso contrário, dinamiza-se o ônus da prova, visando a colmatar isonomia quanto aos esforços das partes.

Em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça teve o ensejo de bem anotar o apartamento dos fenômenos. O caso era de ação indenizatória por consumo de pílulas anticoncepcionais defeituosas e, via de consequência, gravidez indesejada. Assim restou ementado o acórdão³¹⁵:

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional 'Diane 35' que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito deste, porque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado.

- A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível.
- Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país.
- Assim colocada a questão, *não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie*. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.
- Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para a conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar

³¹⁴ *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, pp. 229-288.

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 918.257/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03.05.2007, DJ 23 nov. 2007, p. 465.

daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo.

- Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora.

- A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais.

- Na presente hipótese, acrescente-se ainda o fato de que a criança, infelizmente, veio a falecer no parto.

- A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes.

- A partir da vigência do CC/02, aplicam-se juros de mora de 1% ao mês, nos termos de reiterados precedentes da 3ª e da 4ª Turma.

Recurso especial não conhecido.

Observa-se que o Tribunal trabalha com a hipótese de redução do módulo de prova, em face da mútua dificuldade na produção da prova, para contentar-se com prova mais rarefeita quanto ao fato da consumidora ter administrado justamente cartela do lote defeituoso. Além do mais, é claro ao justificar que não é o caso de alterar a distribuição dos ônus probatórios, mas atentar para a diferente necessidade do direito material. Seja como for, importa mesmo é que ambos os fenômenos constituem técnicas processuais destinadas a proporcionar o amplo acesso ao processo justo, constituindo corolários inafastáveis do direito fundamental à prova (art. 5º, XXXV, da Constituição), muito embora suas naturezas, bem como suas funções dogmáticas, sejam, conforme se colheu observar, manifestamente distintas.

4. Matizes pragmáticos da dinamização como técnica de conformação constitucional do procedimento probatório do direito brasileiro: o caso do dano ambiental e do erro médico

À luz da dogmática dos direitos fundamentais, a dinamização dos ônus probatórios apresenta-se como técnica judicial destinada a conferir máxima efetividade ao direito fundamental à ordem jurídica justa.

A possibilidade de alteração do esquema estático previsto no art. 333 do Código de Processo Civil surge como técnica que, embora não prevista expressamente pelo legislador – como a instituída pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor para os casos submetidos ao seu âmbito – permite ao juiz conformar o procedimento probatório à luz das circunstâncias do caso concreto, permitindo que as partes concentrem sua atividade probatória de modo eficiente, isto é, evitando economizar ou subtrair esforços em prol da correta formação do juízo de fato.

Dessa forma, caso o autor, inicialmente onerado pela disciplina estaticamente disposta no arquétipo legal, encontra-se em extrema dificuldade na tarefa de provar determinada alegação fática necessária para a tutela do direito por ele pretendida, nada obsta que o juiz, observando que uma nova repartição dos esforços probatórios poderá ser benéfica ao esclarecimento daquela alegação, possa transferir o ônus probatório ao réu, quando este esteja em melhores condições de provar. Não apenas se promove a tutela da igualdade substancial, mas também o direito à prova. Não se trata de uma inversão pura e simples, que determinaria a transferência integral dos ônus probatórios, nada alterando quanto ao seu caráter estático. A dinamização proporciona ao juiz melhor distribuir os esforços de prova, transferindo o ônus acerca da prova de *determinadas circunstâncias de fato* que compõem o objeto litigioso, de forma a adequar a atividade probatória das partes à máxima efetividade, proporcionando que nenhum esforço seja perdido e todo o esforço seja recompensado na busca pela verdade.

Conforme aduzimos, a técnica de distribuição prevista pelo legislador, embora seja adequada para a grande maioria dos casos levados ao conhecimento do juiz, nem sempre será a mais adequada para a formação do juízo de fato³¹⁶. Existirão circunstâncias próprias da vida que afastarão a parte onerada da prova por ela buscada, tornando difícil ou quiçá impossível o cumprimento do ônus imposto pela lei. A lei não é capaz de prever todas as situações que rondam a atmosfera da produção da prova no processo, sendo que o art. 333 do CPC ilustra bem esta máxima. Haverá casos em que, embora o autor tenha alegado determinadas circunstâncias necessárias à tutela do seu direito, será mais fácil ao réu demonstrar de que tais circunstâncias não ocorreram, mediante a produção de prova que remeta, logicamente, à negação do direito sustentado pelo autor.

³¹⁶ Justamente por isso afirmava Moacyr Amaral Santos que o disposto no art. 333 do CPC se aplica a grande maioria dos casos, mas, em contrapartida, é “sujeito a não poucas exceções”. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 38).

Nesse sentido, em ação civil pública que buscava a tutela ressarcitória por danos ao meio ambiente movida em desfavor de refinaria de petróleo, o ônus de provar recai, ordinariamente, sobre a parte que pretende o ressarcimento em face da prática do dano. Todavia, em julgamento de agravo de instrumento acerca de decisão que “inverteu” os ônus probatórios em caso assemelhado, decidiu a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela legitimidade da dinamização dos ônus probatórios, pois “a idéia de acessibilidade à Justiça não pode resultar restrita ao acesso aos tribunais, mas deve ser compreendida como modo de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e plena, ao bem da vida buscado na ação, não por partes ou por metade. E isto é o que ocorre quando não se instrumentaliza o processo e o juiz com os meios de prova e modo ou forma de as realizar dotados de possibilidade de alcançarem os julgadores uma plena e efetiva demonstração do fato que se pretende provar. Portanto é que a possibilidade de inversão do ônus da prova afigura-se como precioso instrumento para assegurar a efetividade da proteção dos interesses difusos e coletivos, mormente em relação à proteção ao meio ambiente, em que as demandas envolvem questões probatórias complexas e que exigem um olhar probatório moderno e verossímil, incompatível com a não utilização de instrumentos necessários e convenientes à realização de uma bem aparelhada dicção do direito”³¹⁷.

De se notar que a decisão versa sobre instrumentalizar “o processo e o juiz com os meios de prova e modo ou forma de as realizar dotados de possibilidade de alcançarem aos julgadores uma plena e efetiva demonstração do fato que se pretende provar”, o que ilustra o prestígio que se dá à função subjetiva exercida pelos ônus probatórios. A alteração de seu esquema legal, portanto, dá-se no sentido de proporcionar a máxima efetividade da prova no contexto da decisão judicial, mediante a adequada equalização da atividade das partes. Aquele que detém melhores condições de provar, segundo a realidade da vida, será onerado pela prova, como forma de evitar gravame ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

As demandas envolvendo a responsabilidade civil profissional, especialmente a do médico, são aquelas que mais são utilizadas pela doutrina argentina para demonstrar a

³¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível Agravo de Instrumento nº 70011843224. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em: 09 nov. 2005.

aplicação da técnica da dinamização³¹⁸. No Brasil, tais casos têm sido submetidos ao regime do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que toca à técnica de “inversão” do ônus da prova³¹⁹, muito embora haja a ressalva acerca do “serviço de saúde prestado em hospital público”³²⁰. Seja como for, os casos envolvendo as ações de responsabilidade civil por erro médico, face às suas peculiares características, são aptos a ilustrar a aplicação da técnica da dinamização, mormente no que toca à prova da culpa³²¹.

³¹⁸ Roberto A. Vázquez Ferreira, nesse sentido, recolhe interessantes observações acerca do tratamento probatório nos casos envolvendo a responsabilidade civil médica em diversos países. Observa que, na Itália, o juiz se vale das máximas de experiência comum para presumir a culpa do médico. Valendo-se de precedente da Corte de Cassação, afere que “quando se trate de operações de fácil execução, em que o normal é que da intervenção médica siga a cura do paciente, a prova dada por este acerca do tipo de operação, da sua fácil execução e do dano conseqüente, permite ao juiz presumir a culpa do médico, correspondendo a este a prova da ausência de sua culpa”. Na França, por outro lado, a jurisprudência tem evoluído no sentido de reduzir o módulo de prova, tendo os juízos se valido dos indícios em torno da culpa para presumir sua existência, naqueles casos em que “a ocorrência do dano não se pode explicar, segundo a experiência comum, senão por uma falta médica”. Na Espanha também os tribunais se baseiam nas máximas de experiência comum para trabalhar a presunção de culpa do profissional: segundo o Tribunal Supremo, a culpa pode ser demonstrada através de prova *prima facie* quando o dano não se pode explicar segundo a experiência comum e no se aportem provas contrárias oportunas. Nos países do Common Law, a jurisprudência maneja principalmente a técnica da *res ipsa loquitur* (“as coisas falam por si mesmas”), que diz com a existência de coisas que pode fazer um médico para as quais a qualificação de imprudência é tão simples que não requer maior exame, como, por exemplo, o esquecimento de um bisturi dentro do abdômen do paciente. (VÁZQUEZ FERREIRA, *La prueba...*, p. 300-304).

³¹⁹ RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. [...] Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 731.078/SP. Relator: Min. Castro Filho. Julgado em: 13 dez. 2005. DJ 13 fev. 2006, p. 799).

³²⁰ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Hipótese de discussão do foro competente para processar e julgar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo. 2. O conceito de “serviço” previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). 3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF). 4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 493.181/SP. Relatora: Ministra Denise Arruda. Julgado em: 15 dez. 2005. DJ 01 fev. 2006, p. 431).

³²¹ Mesmo nos casos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do profissional liberal é de natureza subjetiva, segundo previsão contida no §4º do art. 14, o que pressupõe a necessidade de provar a culpa. Todavia, os tribunais brasileiros, de um modo geral, têm estabelecido diferenças entre os serviços médicos que constituem “obrigações de meio” e aqueles que constituem “obrigações de resultado”, a fim de estipular que, nestes, a responsabilidade é de natureza objetiva, prescindindo, portanto, da demonstração da culpa. Assim, já manifestou o STJ que “contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.” (BRASIL.

Em tais casos, segundo a disposição legal, recai sobre a vítima do erro o ônus de provar a culpa do profissional. Todavia, não raro tal tarefa se revela das mais árduas: o paciente não detém os prontuários médicos, o que não lhe permite pontuar com exatidão o procedimento que lhe foi ministrado; no mais das vezes, até os exames solicitados acabam ficando em poder do médico. Nada obstante isso, quando se está na sala de cirurgia, pode estar inclusive sedado, o que lhe retira capacidade de discernimento para apontar as provas que poderiam melhor servir à compreensão dos fatos alegados, como a indicação de testemunhas presentes no momento da intervenção. Nada obstante, há de se considerar as dificuldades quanto à imparcialidade do perito, geralmente pertencente à mesma classe profissional e à mesma especialidade do réu.

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o primeiro a desenvolver a aplicação da dinamização, ofertando, hoje, uma vasta gama de precedentes em torno do referida técnica processual. Em um dos primeiros, teve o ensejo de assim se pronunciar a respeito de um caso de erro médico, diante da dificuldade que o caso concreto impunha à produção da prova da culpa do profissional:

“Não se ignora a dificuldade de obtenção da prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado, e equivocado, conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência de demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a essa seara a denominada Teoria da carga dinâmica da prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (se não a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade de sua atuação.”³²²

De se notar que, nos casos de responsabilidade civil do médico, a imposição do dever de exibição de documentos não é suficiente para o esclarecimento da verdade, na medida em que este poderá escolher quais os documentos que irá juntar, excluindo aqueles que não lhe interessam e que, justamente por deficiência de conhecimento técnico, a vítima desconhece existir. Torna-se mais efetivo, do ponto de vista formação do juízo de fato, onerar o médico da demonstração de que atuou com prudência, perícia e diligência, o que remeteria ao afastamento de sua culpa e, com efeito, ao julgamento de improcedência do pedido de responsabilização profissional.

Nada obstante, prestigia-se a natureza pública do processo, favorecendo a aplicação do dever de colaboração das partes para a descoberta da verdade: “em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou do instrumento probatório ou por ser o único que ‘dispõe’ da prova, etcétera, [o médico] se encontra em melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de atribuir-lhe um ônus probatório que, em princípio, [...] não teria”³²³. Estimula-se, pois, o dever de cooperação das partes para com o juiz. Não se quer aqui confundir o dever de com a idéia de ônus. O dever de colaboração é um imperativo de interesse alheio, *in casu*, um interesse público na adequada resolução da controvérsia, para o que se revela fundamental um correto acertamento dos fatos. Disciplina mais adequada dos ônus probatórios apenas vai estimular o cumprimento de tal dever, proporcionando a estruturação da atividade probatória das partes.

Justificam-se, assim, os apontamentos da reforma do Código de Processo Civil português, no sentido que o dever de colaboração das partes em face do tribunal é independente de eventual modificação na distribuição do ônus da prova. Quando se trata de ônus de provar não se alude a um “dever de provar”. Todavia, a imposição do ônus acaba

³²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 597083534. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgada em: 03 dez. 1997.

³²³ BARBERIO, Cargas..., p. 101.

estimulando a descoberta da verdade e, por via indireta, estimulando o cumprimento do dever de colaboração da parte onerada no que toca a esse fim. A transferência do ônus acarreta um estímulo aos esforços de prova e, portanto, ao cumprimento desse dever.

5. Legislação e dinamização

O direito processual civil brasileiro carrega consigo um mito, que nada mais configura senão uma marca indisfarçável da influência do racionalismo próprio do Estado Liberal em nossas instituições jurídicas: aquele de que, para qualquer alteração no esquema legal de distribuição dos ônus probatórios seja necessária uma lei.

O Estado tem o dever de tutelar os direitos fundamentais. Nesse sentido, deve criar estruturas procedimentais aptas a proporcionar a desimcubência de tal dever. Isso não quer dizer, todavia, que apenas o legislador é que deve criar tais mecanismos que possibilitem a adequada e efetiva tutela dos direitos através do processo: na omissão do legislador, nada justifica que o juiz fique de braços cruzados, permitindo a violação de direitos fundamentais apenas e tão-somente porque o legislador deixou de cumprir com o seu dever.

A omissão da lei não justifica a omissão do juiz, que deverá suprir a omissão legislativa para poder exercer adequadamente sua função. Se o processo fosse, *de per se*, “justo”, apenas por que fosse “regulado pela lei”, a conquista do “processo constitucional” naufragaria na primeira e mais externa barreira protetiva, assumindo um significado puramente extrínseco e superficial³²⁴. Hoje, não há como negar a possibilidade de conformação da lei, “afastando-se injustiças decorrentes da imprevisão do legislador relativamente às peculiaridades de cada caso”³²⁵.

³²⁴ O processo não pode sustentar-se justo se não enquanto a lei que o regula respeite *ab intrinseco* as condições essenciais (quais sejam: o contraditório, a paridade das partes, e a imparcialidade do juiz), que se afiguram como garantias mínimas, necessárias e suficientes para que o processo possa ser considerado justo, equo e devido. Conforme TARZIA, Il giusto..., p. 129.

³²⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos...*, p. 23.

No âmbito do direito espanhol se concebe, a partir da *constitucionalização do direito à prova*, mandatos ao legislador, no sentido de regular os mecanismos, técnicas e procedimentos necessários para a efetivação dos direitos. Mas não apenas ao legislador: ao juiz, que deve, a par das disposições legislativas, velar pela interpretação conforme à Constituição, por uma maior sensibilidade em relação aos direitos fundamentais processuais probatórios, pela promoção da satisfação do direito à prova, pela admissão da prova “justificada”, pela promoção do contraditório acerca das provas determinadas *ex officio*, e, finalmente, pela restrição aos formalismos exagerados³²⁶.

Com efeito, não é mais possível conceber, no Estado Constitucional, distribuição dos ônus probatórios que viole direta ou reflexamente direitos fundamentais. Não se pode admitir que a ausência de uma norma aberta para o caso da distribuição dos ônus probatórios possa significar a degradação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, aquele que responde pela tutela de todos os demais direitos³²⁷.

Não é possível crer – como ocorria à época do Estado Liberal – que os direitos fundamentais devem se conformar à lei. A lei é que deve se conformar à Constituição e, nessa medida, a responsabilidade do juiz se revela muito maior do que meramente pronunciar as palavras da lei: deve ele trabalhar para conformar a lei à Constituição³²⁸, criando estruturas procedimentais aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional à luz das circunstâncias concretas do caso.

Jamais se pode esquecer que “o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inevitável riqueza da vida”. Nesse sentido, “o rigor

³²⁶ LLUCH, Xavier Abel. Sobre la prueba...p. 35-38.

³²⁷ No mesmo sentido, GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, 2007, p. 282.

³²⁸ Conforme anota C.A. Alvaro de Oliveira, “É verdade que o procedimento, em maior ou menor medida estratificado na legalidade, sempre constitui o plano do exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa das partes. Também não padece dúvida de que a sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder. Todavia, a formação do próprio procedimento está impregnada de valores e até o rito pode ser estruturado injustamente, se não obedecidas as garantias fundamentais do processo, os princípios que lhe são ínsitos e o nível de desenvolvimento de cada povo”. Nessa medida, a tendência evolutiva da humanidade “tem constantemente se manifestado no sentido de liberar o órgão judicial de seus grilhões formalísticos, outorgando-lhe papel ativo na direção do instrumento processual e na busca da verdade fática e sua valoração [...]”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 187-188).

do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência que rompem com a abstração e a generalidade³²⁹. Com efeito, há muito não se nega em doutrina que “o mais valioso instrumento” de que dispõe o juiz para a correção das desigualdades no processo consiste na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito, em autêntica direção e complementação dos esforços realizados pelas partes³³⁰, pois o juiz “não é uma máquina silogística nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão”.³³¹

Nessa quadra, a dinamização dos ônus probatórios, embora possa se dar em razão de lei – *ope legis* –, como ocorre a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, hipótese em que a lei vincula o juiz a dinamizar o estático art. 333 do CPC a fim de conformá-lo constitucionalmente à luz da verossimilhança das alegações do consumidor e da sua hipossuficiência, também o pode através de decisão judicial, naqueles casos em que o próprio legislador venha a conferir ao juiz poder para operar a dinamização, ou ainda nos casos em que a lei se omite, hipóteses estas em que a dinamização poderá se operar *ope iudicis*, a fim de adequar a estruturação da atividade probatória das partes à luz do direito fundamental à prova e do direito fundamental a igualdade substancial entre estas³³².

Nada justifica, portanto, a utilização do Código de Defesa do Consumidor para os casos que se encontram alheios às relações de consumo, como o direito ambiental, por exemplo. A disciplina dos ônus probatórios nos casos envolvendo a proteção do meio ambiente, que normalmente são problemáticas em face das dificuldades que cercam a prova do dano e do nexo de causalidade, deve ser objeto de conformação por ato judicial, quando ao

³²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 190-191.

³³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 1985, p. 146-147.

³³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 191.

³³² Após diálogo com o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre a natureza da “inversão” preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, por decorrência da defesa da presente dissertação de mestrado, passamos a melhor questionar o problema. A aludida modificação dá-se *ope legis* ou *ope iudicis*? A solução, realmente, é das mais difíceis. Muito embora a lei esteja a vincular o resultado da apreciação judicial quanto aos requisitos do inciso VIII do art. 6º do CDC, não deixando outra opção ao juiz senão a modificação da estrutura da distribuição do ônus da prova em favor do consumidor – de se notar que o juiz, *in casu*, não poderá “inverter” os ônus probatórios para beneficiar o fornecedor –, não se pode negar que existe importante trabalho de construção judicial para que seja aplicada referida norma. Assim, muito embora estejamos a manter o posicionamento em torno da natureza *ope legis* da “inversão” prometida pelo CDC, reconhecemos que a hipótese é daquelas de examinação difícil, justamente porque envolve conceitos abertos e de indispensável integração pelo juiz.

autor evidenciem-se dificuldades na obtenção dos elementos probatórios que, de outra banda, podem ser melhor alcançados pelo réu. O direito fundamental ao meio ambiente, de previsão expressa na Constituição (art. 225) não tolera violações, mormente quando estas decorrem da incapacidade do legislador para prever toda a infinita gama de situações conflituosas que podem interferir no âmbito da sua integridade, como ocorre, por exemplo, nos casos de óbices na produção da prova.

Em precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, colhe-se interessante debate em torno do problema envolvendo a necessidade de lei para a conformação constitucional do art. 333 do CPC nas demandas envolvendo a tutela do meio ambiente. Na ementa do julgado, restou sedimentado que “A inversão do ônus da prova é mecanismo que não só pode como deve ser utilizado pelo juiz não só em face de disposições infraconstitucionais, mas também as disposições constitucionais em relevo, devendo ser consideradas a natureza do direito protegido e eventualmente violado e as conseqüências disso caso não comprovado este e o respectivo dano – jurídico e social – conseqüente, mormente em se tratando de dano ambiental”³³³.

Não bastasse a constatação de que o problema dos ônus probatórios tem base constitucional, o precedente é emblemático, sobretudo pela motivação do voto-vista, de lavra do Des. Irineu Mariani, para quem “incide o princípio supralegal da *carga dinâmica da prova* ou do *ônus probatório dinâmico*, ou seja, na realidade o ônus probatório compete a quem dispõe dos elementos de prova. O ônus flutua entre uma e outra parte conforme as circunstâncias. No caso, à evidência, se a atividade considerada ofensiva ao meio ambiente é exercida pelas demandadas, óbvio que os elementos de prova hábeis à demonstração de que tal não ocorre estão em poder delas. Cabe-lhes provar que não há ofensa ao meio ambiente, e não a sociedade, difusamente considerada, que é a vítima. Quer isso dizer que à inversão do ônus da prova, não há, no caso, sequer necessidade de ser invocado o CDC”.

Em outras palavras, a distribuição dos ônus probatórios tem significado constitucional, pois serve à tutela dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental ao meio ambiente (art. 225 da Constituição). Não é a ausência de lei que evitará uma conformação

³³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70011843224. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em: 09 nov. 2005.

diferente daquela plantada no art. 333 do CPC a fim de que se possa promover a efetiva e adequada tutela dos direitos, mormente o de natureza ambiental³³⁴.

Seja como for, o problema para aqueles que entendem ser imprescindível a lei para que se opere uma conformação constitucional dos ônus probatórios tende a diminuir com a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 3015/2008, que inclui mais um parágrafo ao art. 333 do Código de Processo Civil, que passaria a assim ficar disposto:

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.

§ 1º É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indispensável da parte;

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

§ 2º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.

A justificativa do projeto, de autoria do Dep. Manoel Alves da Silva Júnior (PSB/PB), vai no seguinte sentido:

“As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova e sim, quem arca com as conseqüências da não produção da prova. A norma presente no art. 333 do CPC – Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova é estático: do autor, com relação ao que alega, e do réu, em relação a fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Contudo, a doutrina processualista desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas que defende que o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com as peculiaridades do caso concreto. De fato, regras previamente estabelecidas, em muitos casos, dificultam a produção da prova e acabam por fazer com que a parte arque com as conseqüências de não ter provado fato de difícil elucidação.

³³⁴ No mesmo sentido, MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, jun. 2003, p. 14.

A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria, já aplicada pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes.

Diante do exposto, justifico a presente proposição.

(...)

Deputado MANOEL ALVES DA SILVA JUNIOR.”

Proposto em 13.03.2008, o projeto foi enviado em 19.03.2008 para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Em 14.04.2008 foi encerrado o prazo para emendas ao texto da proposta, que aguardava, a partir de então, por aprovação junto a tal órgão parlamentar para, ao depois, nesse caso, ser submetido ao crivo dos demais parlamentares.

Muito embora a redação do projeto não seja alheia a críticas, na medida em que, como já se houve por bem verificar no presente trabalho, a dinamização proposta não decorre propriamente da “complexidade da causa”, mas sim da desigualdade entre as partes e na excessiva dificuldade na produção da prova por aquele que está onerado, bem compreendida a finalidade da disposição do novo parágrafo 2º do art. 333, não se pode objetar os benefícios que poderá gerar. Transformando-se efetivamente em lei, a disposição expressamente autoriza o órgão judicial a modificar a estrutura da distribuição do ônus da prova no processo civil com atenção às peculiaridades do caso concreto. Dessa forma, compreendendo-se que os critérios para a *dinamização* estão na Constituição e manejando-os com o devido cuidado (conforme estudaremos *infra*), não há qualquer empecilho para a aprovação da alteração proposta, o que, aliás, era justamente o que propúnhamos na redação original do presente texto, antes mesmo da proposição do projeto de lei.

Vale dizer: não se pode concordar que a dinamização dos ônus probatórios decorra da “complexidade da causa”, e isso é necessário que fique claro. Não se pode olvidar, ademais, que, em sendo mantida tal expressão no corpo da lei, possa dar ela ensejo à muitas arbitrariedades, a serem cometidas por juízes irresponsáveis. Sem embargo de tais importantes considerações, a simples possibilidade do legislador conferir ao juiz, de forma expressa, autorização para adaptar o procedimento probatório à Constituição diante das particularidades dos casos concretos, é algo que deve ser saudado no direito brasileiro como mais uma marca

do “Código Reformado”. Em outras palavras, municiar o juiz de expressos poderes de adaptação do procedimento à realidade da vida sempre será benéfico ao ideal do processo justo, desde que sejam bem atendidos os critérios constitucionais condicionantes, especialmente à luz dos postulados normativos de que cuidaremos adiante³³⁵.

Outra proposição legislativa vem do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, pelo menos no que tange aos processos submetidos ao seu âmbito de incidência. Caso se transforme em lei, a disposição de caráter aberto prevista no respectivo art. 10 instrumentaliza o juiz para operar a dinamização, mesmo quando apenas no decorrer da instrução se visualize tal necessidade:

Art. 10. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do art. 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem foi atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.³³⁶

A disposição possibilita ao juiz conformar a disciplina dos ônus probatórios à luz do caso concreto, da natureza dos fatos e da sintaxe da norma de direito material, permitindo uma instrução mais ajustada à maior ou menor proximidade das partes às provas. De se notar que, muito embora se considere a disposição positivada na lei, abre-se franca possibilidade para o juiz atuar em prol da tutela do direito material, alterando a distribuição do *onus probandi* a

³³⁵ Poderia-se, ainda, tecer crítica quanto à justificativa do projeto de lei quando menciona que “As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova e sim, quem arca com as conseqüências da não produção da prova”. Todavia, tal nos parece desnecessário, pois seria meramente repetição de todo argumento que restou desenvolvido ao longo dessa segunda parte do trabalho. Ônus da prova não é apenas regra de julgamento, mas, sim, regra de estruturação da atividade probatórias das partes, a funcionar, portanto, não apenas na decisão, mas ao longo de todo o processo.

³³⁶ Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas – Vol. 4 – setembro de 2005.

fim de colher a máxima efetividade na cooperação das partes para a formação do juízo de fato, a exemplo do que acontece na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola na disposição contida em seu art. 217, 6,³³⁷ e no art. 145 do anteprojeto de Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fé, na Argentina³³⁸.

A propósito da exposição de motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil, o legislador espanhol referiu, de maneira expressa, que “no que toca ao ônus da prova, a LEC supera os termos, em si mesmos pouco significativos, do único preceito legal até agora existente com caráter de norma geral, e acolhe conceitos já concretizados na jurisprudência. *As normas de ônus da prova, ainda que apenas se apliquem judicialmente quando não se tenha logrado certeza sobre os fatos controvertidos e relevantes em cada processo, constituem regras de decisiva orientação para a atividade probatória das partes. E são, assim mesmo, regras que, bem aplicadas, permitem ao julgador confiar no acerto de seu juízo de fato, quando não se trate de casos em que, por estar implicado um interesse público, resulte exigível que adotem, de ofício, as possibilidades de esclarecer os fatos.* Por tudo isso, há de se considerar de importância este esforço legislativo”.³³⁹

³³⁷ Art. 217. Carga de la prueba:

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de la 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 veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los 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 la prueba.
6. Para la aplicación de lo dispuesto em 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.

³³⁸ Art. 145. Cada parte tiene la carga de probar los presupuestos fácticos o, en su caso, normativos de la posición que sustenta; excepción hecha de que se tratara de un juicio donde el actor invoque un título al que se reconozca fuerza ejecutiva y que por ello la carga probatoria le incumba principalmente al demandado. Esta directiva se podrá adecuar ante la presencia de circunstancias excepcionales que justifique que el tribunal pueda valorar que alguna de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir determinada prueba.

³³⁹ Os grifos são nossos. Anota Aner Uriarte Codón que o art. 217 da LEC representa um “giro copernicano em matéria de ônus da prova”. Recolhe, ainda, que o aludido preceito vem a acompanhar a pródiga jurisprudência elaborada a respeito, no sentido de oferecer soluções à “parca e insuficiente regulação anterior contida no art. 1.214 do Código Civil” (CODÓN, Aner Uriarte. La inversión de la carga de la prueba. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga...*, p. 109).

Frise-se: o legislador espanhol, na exposição de motivos de sua recente lei processual, ao acolher a técnica da dinamização mediante norma de caráter aberto, exalta a importância da função subjetiva dos ônus probatórios, baseando justamente nela a condição para que se logre alcançar o “acerto de seu juízo de fato”!

Nada obstante, voltando os olhos para o nosso sistema normativo, ainda sem a alteração proposta nos referidos projetos legislativos, revela-se indispensável atentar para a interessante disposição contida no parágrafo único do art. 333 do CPC brasileiro, que preconizar ser “nula a convenção que distribui de maneira diversa os ônus probatórios” na hipótese de “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito”. Em outras palavras, tal disposição possibilita ao juiz, observando que a convenção sobre os ônus probatórios havida entre as partes, torna *excessivamente difícil o exercício do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa*, decretar a sua respectiva invalidade.

As razões que levaram o legislador a positivar uma disposição de tal espécie, ao lado da disposição contida no *caput* do art. 333, são mais uma marca indelével da influência liberal do nosso Código de Processo Civil.

Por primeiro, a estipulação de uma norma fechada para a distribuição legal dos ônus probatórios não surpreende, na medida em que a influência liberal de nosso CPC não tornaria possível outorgar poderes ao juiz no sentido de alterar o esquema positivado na lei, sob pena de mitigação da previsibilidade, decorrente da segurança jurídica, valor dos mais caros à ideologia liberal. A lei processual – geral e abstrata – não poderia conviver com normas abertas, especialmente na regulação de questão tão nevrálgica do procedimento probatório. Até porque ao juiz não era dado interpretar a lei, mas apenas pronunciar suas palavras, como se fosse uma “máquina silogística” emissora de sentenças.

Por segundo, nota-se que o individualismo que marca a ideologia do legislador de 1973 tem ainda outro viés: consagra a possibilidade de convenção dos ônus probatórios entre as partes. Afinal de contas, o processo liberal nada mais é que uma “coisa das partes” e, embora a lei sugira a impossibilidade de franquear ao juiz o manejo a repartição legal do ônus da prova, faculta às partes a possibilidade para assim fazê-lo, através de autêntico negócio

jurídico³⁴⁰. A interferência judicial apenas ocorreria em duas hipóteses: quando o direito do figurante é indisponível (inciso I) ou no caso de que resultasse excessiva a dificuldade do exercício do direito (inciso II).

Extrai-se, portanto, que seria inimaginável ao legislador que a lei viesse impor excessiva dificuldade ao exercício de direito, justamente porque a lei seria suprema e possui pretensão de generalidade, isto é, de bem regular todos os casos conflituosos da vida. A excessiva dificuldade ao direito de defesa poderia ocorrer apenas quando fosse objeto de negócio jurídico entre as partes, hipótese em que o juiz poderia anular a convenção e fazer valer a norma legal de distribuição.

Sem embargo da ressalva legal, no sentido de propiciar a atuação judicial única e exclusivamente no caso de vício na convenção dos ônus probatórios, hoje se deve mirar com outros olhos essa pretensão de generalidade da lei. Esta deve estar conformada com a Constituição e com os direitos fundamentais. As normas de processo são instrumentais à proteção dos direitos. Tal natureza certamente não escapa ao art. 333 do CPC. Dessa forma, quando a situação concreta for responsável pela inadequação do arquétipo legal, nada obsta que o juiz se valha da previsão contida no parágrafo único da disposição comentada – no caso de que torne *excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito* – para distribuir de outra maneira os ônus probatórios.

O certo é que o legislador vedou distribuição dos ônus probatórios que afrontasse o direito fundamental à prova. Embora não tenha imaginado que este pode decorrer de outras situações que não estritamente através da convenção dos ônus probatórios, não escapa a compreensão de que a distribuição merece ser conformada em todo o caso em se revele *excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito*. A finalidade a ser alcançada é assegurar o acesso à prova e, por via de consequência, garantir a observância do processo justo. Assim, independentemente se a distribuição é legal ou convencional, os ônus probatórios deverão conformar-se à Constituição.

³⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, v. 4, p. 229-230.

6. O equívoco da expressão “inversão” do ônus da prova

O legislador da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – preferiu denominar com o termo “inversão” a possibilidade de o juiz trabalhar com a dinamização do esquema estático previsto na lei processual. Embora a expressão já esteja consolidada em nossa tradição jurídica, especialmente para os casos envolvendo as relações de consumo, tal aspecto não é capaz de torná-la alheia a críticas, na medida em que não se afigura capaz de caracterizar, de maneira adequada, o fenômeno que verdadeiramente ocorre quando se opera a conformação constitucional do art. 333 do CPC.

O termo “inversão” aspira a consagrar a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte à outra, nada ressaltando quanto às circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser efetivamente ser transferido³⁴¹. Sabe-se que o objeto litigioso é composto de inúmeras alegações fáticas relevantes – o *thema probandum* –, mas que nem todas elas são aptas a fundamentar a transferência dos ônus probatórios, especialmente porque nem todas caracterizarão uma desigual dificuldade no exercício do direito fundamental à prova. Vale dizer: quando se fala em “inversão” está-se a pressupor a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra, a menos que haja a especificação da circunstância de fato cujo ônus foi objeto de “inversão”³⁴², o que se revela bastante incomum em nossa prática jurídica.

Em outras palavras, o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal³⁴³. Apenas altera-se o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando este rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.

A proposta em torno do termo *dinamização* leva em conta seus respectivos limites, que nada mais são senão os próprios fundamentos pelos quais se permite uma alteração no

³⁴¹ Para uma crítica similar, mas não idêntica, ao termo inversão, consulte-se ARENHART, *Ônus...*, p. 32.

³⁴² No mesmo sentido, BARBERIO, *Cargas...*, p. 102.

³⁴³ Consoante anota Peyrano, deve-se “rechaçar a tentação de considerar a doutrina dos ônus probatórios dinâmicos como uma regra de inversão do ônus da prova (que não é) e qualificá-la, de outro modo, como uma

arquétipo legal e estático do art. 333 do CPC, seja quando tal alteração é sufragada pela lei, seja quando esta é realizada pelo juiz. Vale dizer: não se pode dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir o encargo diabólico para a outra parte. Assim, a dinamização significa a flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova.

Ônus dinâmico contrasta com ônus estático. Pretende servir apenas para os casos em que transparece a insuficiência do modelo legal, estaticamente positivado no CPC, para permitir sua fluidez à dinâmica da vida, para onde o juiz sempre deve mirar na sua tarefa de bem prestar jurisdição. O termo *dinamização*, portanto, contempla a transferência do ônus acerca daquelas circunstâncias fáticas que impõem uma *probatio diabolica*, além de, concomitantemente, alertar contra o perigo de uma *probatio diabolica* reversa, que não raro ocorre nos casos de “inversão”.

Exemplos claros se verificam, por exemplo, nas demandas que buscam a desconstituição de negócio jurídico com base na fraude a credores, em que se revela excessivamente difícil a prova de pelo menos um de seus requisitos, qual seja, o da situação de insolvência do alienante e, geralmente, não dos demais requisitos (*supra*, item 2.1.1). O mesmo serve para os casos de fraude à execução (art. 593 do CPC). Outro caso se encontra nas demandas envolvendo a responsabilidade civil, em que se faz necessária a demonstração da culpa, do dano, e do nexos de causalidade, ou pelo menos dos dois últimos, para o caso da responsabilidade civil objetiva, para o fim de haja a incidência da norma de direito material. Fica claro que a transferência do ônus da prova, no mais das vezes, afeta apenas uma das circunstâncias fáticas, e não todas as demais.

7. Da responsabilidade civil objetiva e a sua relação com a distribuição dos ônus probatórios

regra não apriorística que impõe uma sorte de colaboração entre autor e réu na colheita do material probatório”. (PEYRANO, Jorge W. *Soluciones procesales*. Rosario: Editorial Júris, 1995, p. 206).

Questão das mais problemáticas no direito brasileiro decorre da confusão existente entre a distribuição do ônus da prova e a figura da responsabilidade civil objetiva, a exemplo das normas previstas nos arts. 12³⁴⁴ e 14³⁴⁵ do Código de Defesa do Consumidor e a inversão (*rectius*: dinamização) do ônus da prova, tal qual estipulada no art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal.

A responsabilidade civil, de um modo geral, tem como pressupostos a existência do dano, a culpa do agente e o nexó de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso. Dessa noção avultam duas espécies de responsabilidade: a subjetiva e a objetiva, sendo que, nesta última, se torna desnecessária a demonstração, pelo autor, de um dos aludidos pressupostos, qual seja, a culpa.

Em outras palavras, no caso da responsabilidade civil objetiva, a culpa fica inicialmente alheia ao contexto do objeto litigioso e, portanto, sequer constitui objeto de prova no processo. A culpa apenas ingressará no objeto litigioso caso o fornecedor alegue “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”, na esteira do que dispõem os parágrafos 3º do art. 12³⁴⁶ e o inciso II do parágrafo 3º do art. 14³⁴⁷.

Costuma-se confundir, em razão dessa desnecessidade de demonstrar a existência da culpa, a figura da responsabilidade civil objetiva com a inversão dos ônus probatórios³⁴⁸.

³⁴⁴ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento, de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos.

³⁴⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre fruição e riscos.

³⁴⁶ § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não serão responsabilizados quando provar: (...) III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

³⁴⁷ § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...) II – a culpa exclusiva do fornecedor ou de terceiro.

³⁴⁸ Assim, por exemplo: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ALIMENTO CONTAMINADO COM VERMES. O FATO DO PRODUTO ENSEJA A INVERSÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA, INDEPENDENTEMENTE DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO CONTIDO NOS ARTS.12 E 14 DO CODECON. ACIDENTE DE CONSUMO. FATO DO PRODUTO. DEVER DE QUALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL IN RE IPSA. INOCORRÊNCIA DE EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO. A venda de bacalhau contaminado com vermes, cujo laudo pericial atestou a existência, causa sérios danos à saúde do consumidor, configura acidente de consumo por defeito do produto, uma vez que este não ofereceu a segurança que dele podia legitimamente se esperar. A mais nova e moderna doutrina aponta o dever de qualidade nas relações de consumo como um dos grandes nortes instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor. Considerando-se a aplicação da legislação especial ao caso em tela, impõe-se a

Todavia, o que ocorre é o afastamento do elemento culpa para a aferição da responsabilidade civil, retirando-a do objeto litigioso. É o direito material que deixa de exigir a prova da culpa³⁴⁹: quando esta é incluída no objeto litigioso nas hipóteses indicadas na lei, o ônus probatório pertence ao réu, mas na condição de *fato impeditivo do direito do autor*. Não há falar em inversão ou dinamização: a distribuição “nasce” estipulada de outra maneira pelo direito material. A culpa apenas ingressará no objeto litigioso se o réu alegar culpa exclusiva do fornecedor ou de terceiro, hipótese em que lhe caberá o ônus probatório com base no art. 333, II, do CPC.

Mesmo para aqueles que sustentam subsistir um deslocamento do ônus da prova, não se pode falar em inversão. Mesmo que o réu tenha o ônus de provar a inexistência de um dos pressupostos da responsabilidade civil – a culpa –, nada se altera com relação ao ônus do autor em provar o dano e o nexo de causalidade. Em outros termos, mesmo na hipótese de responsabilidade civil objetiva, o autor terá o ônus de provar o dano e o nexo de causalidade, razão pela qual não se pode falar em “inversão”. Como trabalhar a hipótese de “inversão” do ônus da prova se apenas um terço dos pressupostos da responsabilidade civil é que teria o respectivo ônus probatório transferido?

Quanto ao problema envolvendo o nexo de causalidade, o *caput* do art. 12 do CDC especifica que os danos indenizáveis são aqueles “causados aos consumidores por defeitos [...] de seus produtos”. Assim, verifica-se que a lei torna necessária a existência de um defeito no produto e um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor e não apenas entre o dano e o produto³⁵⁰. Embora haja presunção legal *iuris tantum* acerca da existência do

responsabilização do fornecedor na forma objetiva, o que significa a dispensa da prova de culpa para restar evidenciado o dever de indenizar, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade. (...) (RIO GRANDE DO SUL. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71001374859. Julgado em: 28 ago. 2007).

³⁴⁹ No mesmo sentido, Voltaire de Lima Moraes, quando afirma que “a questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado em sede de direito substancial, enquanto a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual”. *Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 31, julho-setembro de 1999, p. 68.

³⁵⁰ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006, p. 259. Na jurisprudência, vide: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFEITO DO PRODUTO. REFRIGERANTE IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. SUBSTÂNCIA ALIMENTÍCIA AVARIADA, POR CONTER FUNGOS FILAMENTOSOS, OVOS E FRAGMENTOS DE INSETO. CARACTERIZADO O DANO E O NEXO E AUSENTE QUALQUER DAS EXCLUDENTES PREVISTAS NO ART. 12, §3º, DO CPC. Configurado o dever do fabricante de indenizar o consumidor pelos danos causados em decorrência do defeito no produto. Fungos, ovos e fragmentos de insetos no refrigerante produzido pela ré. Dano moral pela repugnância, nojo e, principalmente pela quebra da confiança, princípio

defeito (art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, I do CDC), a impor o ônus de provar sua inexistência ao fornecedor, não se pode avistar qualquer alteração na sistemática dos ônus probatórios no que toca à prova do *nexo de causalidade* entre o defeito do produto e o dano.

Em outras palavras, o ônus da prova do nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o dano permanece, de regra, sob os ombros do autor, consoante a disciplina do art. 333 do CPC, a menos que haja o seu respectivo deslocamento mediante decisão judicial. Por tal razão, portanto, também se revela ilógico confundir a responsabilidade civil objetiva com o fenômeno da inversão dos ônus probatórios. O autor, de regra, permanece na contingência de ter de provar os demais pressupostos da responsabilidade civil, tais como o dano³⁵¹ e o nexo de causalidade³⁵². Ainda que o defeito seja presumido, não se exclui a necessidade de demonstrar o nexo causal entre este e o dano, ou seja, de que o dano decorreu do defeito do produto ou do serviço.

Muito embora na seara da responsabilidade civil objetiva do fornecedor de produtos e serviços não ocorra qualquer modificação da distribuição vertida no art. 333 do CPC, o juiz

basilar das relações de consumo. (...). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014687552. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Julgado em 26 abr. 2007).

³⁵¹ APELAÇÃO CÍVEL. FRAUDE. HABILITAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Muito embora esteja caracterizada a fraude, pela qual foi habilitada uma linha telefônica em nome do autor, circunstância que caracteriza a falha na prestação do serviço, há que se ter presente que a responsabilidade civil não surge, tão-somente, pela prática de ato ilícito. Não há falar em indenização sem que haja prova do dano. No caso dos autos, não se pode admitir que a fraude tenha causado dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, possa ter interferido intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, circunstâncias que configurariam o dano moral. Apelo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70020110649. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007). Ainda: CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. DANO MORAL E MATERIAL. SAQUES REALIZADOS MEDIANTE O USO DO CARTÃO MAGNÉTICO EM TERMINAL ELETRÔNICO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA FALHA DO SERVIÇO BANCÁRIO. É responsabilidade do correntista a guarda do cartão magnético e o sigilo da senha respectiva, que é pessoal e intransferível, somente podendo ser responsabilizado o banco depositário se restar cabalmente comprovada a falha no serviço. Relação de consumo que não dispensa a prova do dano e do nexo causal. Apelo provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70019220326. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em: 12 jul. 2007).

³⁵² RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS. COMPANHIA ELÉTRICA. QUEIMA DE APARELHO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A ALEGADA QUEDA DE TENSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA REDE DA RÉ DAR CAUSA AO DANO. NEXO CAUSAL PARA A CONCESSÃO DA INDENIZAÇÃO PRETENDIDA NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71001356922. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em: 21 ago. 2007). Ainda: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL. Ausente a prova do nexo de causalidade entre o incêndio havido no motor do veículo da autora e o serviço prestado pela ré, inexistente o dever de reparação. Art. 333, I, do CPC. Litigância de má-fé da autora não caracterizada. Apelo desprovido.

poderá lançar mão da dinamização dos ônus probatórios quando, a fim de garantir a adequada prestação da tutela jurisdicional, isso seja necessário para a produção da prova dos outros pressupostos da responsabilidade civil³⁵³. Dessa forma, a dinamização deslocará os ônus probatórios no sentido de que o réu seja onerado da prova da inexistência de nexo de causalidade ou que demonstre a inocorrência do próprio dano, como nos casos, por exemplo, envolvendo o furto de veículos em *shopping centers*, especialmente quando estes dispõem de câmeras e podem demonstrar que o dano não ocorreu nas suas dependências³⁵⁴.

O mesmo se diga quanto à responsabilidade civil objetiva em face de danos causados ao meio ambiente: consoante a Lei nº 6.938/81 que estabelece a “Política Nacional do Meio Ambiente” e, no § 1º de seu art. 14, dispõe que o poluidor é obrigado, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Embora não seja necessário provar a culpa do suposto poluidor, é evidente que o ônus de provar o dano e o nexo de causalidade não recai sobre este, no sentido que demonstre a não ocorrência do dano ou que não existe nexo de causalidade entre sua conduta e a ocorrência do dano. Não há inversão do ônus probatório, mas apenas a desnecessidade de provar a culpa. Poderá haver, é verdade, à luz do caso concreto, a dinamização, mediante a transferência do ônus de provar o nexo de causalidade (sua inexistência), por exemplo, especialmente em face das dificuldades que giram em torno da demonstração da causalidade em casos envolvendo a tutela do meio ambiente.

(RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70019299999. Relator: Leo Lima. Julgado em 18 jul. 2007).

³⁵³ Contra, entendendo que “revela-se redundante e desnecessário inverter-se o ônus da prova no sistema da responsabilidade objetiva”, KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 150.

³⁵⁴ REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VEÍCULO QUE RESTOU DANIFICADO NO MOMENTO EM QUE SE ENCONTRAVA EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER. Prova do dano. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade configurada. Aplicação da Súmula 130 do STJ. Recurso desprovido. Unânime. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso Cível Nº 71000649632. Relator: João Pedro Cavalli Junior. Julgado em: 14 abr. 2005). De se notar que, no caso deste julgado, a dinamização dos ônus probatórios, no sentido de onerar a empresa de que o dano não ocorreu em suas dependências, decorreu da circunstância de que o local era vigiado por câmeras e, portanto, facilitariam a prova por parte da empresa demandada.

A propósito, aliás, existe certo consenso acerca das dificuldades que orbitam a prova do nexo de causalidade em demandas envolvendo a tutela ressarcitória do meio ambiente³⁵⁵. A prova do nexo causal geralmente é difícil em face da distância temporal entre o fato gerador e o dano³⁵⁶, em razão de que os fatos da poluição normalmente são de natureza complexa e possuem efeitos difusos, ocasionando danos distanciados de sua fonte e prolongados no tempo, muitas vezes em concurso com outras fontes poluentes³⁵⁷. O fenômeno denomina-se “dispersão do nexo causal”, na medida em que o dano pode ser atribuído a uma multiplicidade de causas, fontes e comportamentos. Dessa forma, a tutela do meio ambiente compreende a peculiaridade dessa “causalidade complexa”, que decorre especialmente da dificuldade que se tem em identificar quem, entre tantas possíveis fontes de poluição, efetivamente causou ou está em vias de causar o dano³⁵⁸.

Quanto à prova do dano ambiental, este “caracteriza-se por seu caráter difuso” e pela sua “autonomia em relação aos danos impostos aos diversos elementos que integram o meio ambiente (ar, água, solo, vegetação)”, gerando efeitos “complexos” e que “variam de intensidade e imediatez”³⁵⁹. O dano ao meio ambiente também, por vezes, resulta excessivamente difícil de ser provado, assim como o grau de sua intensidade, o que pode acarretar prejuízos à adequada e efetiva tutela ambiental.

Diante de tal dificuldade, faz-se necessário que o juiz disponha de técnicas processuais que possibilitem descobrir a verdade em torno do nexo de causalidade, assim como do dano, a fim de bem desempenhar sua tarefa de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva ao meio ambiente. Afinal de contas, defender neste âmbito uma imóvel aplicação das normas probatórias gerais significa, na realidade, negar operatividade do instituto da responsabilidade civil ou, antes disso, à própria Constituição, na medida em que essa prevê expressamente, em seu art. 225, o direito fundamental ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e à sua respectiva integridade³⁶⁰.

³⁵⁵ Conforme, por todos, Ana Perestelo de Oliveira, “A demonstração da causalidade, dentro ou fora da responsabilidade ambiental, apresenta, pois, dificuldades acrescidas”. (OLIVEIRA, Ana Perestelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 84).

³⁵⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 262.

³⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, 1998, p. 44.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

³⁵⁹ MARCHESAN; STEIGLEDER, *Fundamentos...*, p. 14.

³⁶⁰ CRUZ, op. cit., p. 262. No mesmo sentido, Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Steigleder, inclusive estabelecendo interessante conexão entre os princípios da precaução e da prevenção, bem como do poluidor-

Uma dessas técnicas, talvez a mais proveitosa, é a dinamização dos ônus probatórios. Ao transferir o ônus da prova ao suposto ou potencial poluidor, permite-se que este, na condição de maior proximidade dos meios e fontes de prova, demonstre que não existe nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano ambiental ou, ainda, quanto à inexistência de danos ao meio ambiente.

PARTE IV – A APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO

1. Introdução

Postas as premissas básicas acerca da técnica da dinamização do ônus da prova, principalmente no que toca aos fundamentos constitucionais que lhe outorgam legitimidade no Estado Constitucional e que permitem concluir, inclusive, que a eventual inexistência de lei não revela óbice para uma conformação dos ônus probatórios à luz de determinadas particularidades do caso concreto, revela-se necessário estabelecer o modo pelo qual o juiz no sistema brasileiro poderá superar a disposição positivada na lei (art. 333, incisos I e II, do CPC) para aplicar outra repartição do *onus probandi*.

Como se observou linhas acima, caso a distribuição consagrada no art. 333, incisos I e II, do CPC, à luz das peculiaridades do caso concreto, não esteja adequada à Constituição, especialmente no que toca à efetividade do direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXV, LIV e LV), no particular quanto aos direitos fundamentais à igualdade e à prova, deverá ocorrer sua conformação, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, sobretudo, de mitigação da função pública desempenhada pelo processo, qual seja, a de pacificar realizando justiça.

pagador e a necessidade de modificação na estrutura legal dos ônus probatórios. (MARCHESAN; STEIGLEDER, *Fundamentos...*, p. 22-23).

É certo que a lei não conseguirá prever toda e qualquer situação particular que a vida pode apresentar. A norma fechada contida no art. 333, incisos I e II, do CPC, não escapa a tal realidade. Embora seja apta para regular um grande contingente de casos – a grande maioria deles, pode-se dizer – não há como ter pretensão de generalidade absoluta. Haverá casos em a disciplina dos ônus probatórios positivada na lei processual não se apresentará adaptada a cumprir sua tarefa de tutelar o direito material e fazer justiça. Naquelas situações em que haja manifesto desequilíbrio nos esforços probatórios, bem como excessiva dificuldade no exercício do direito à prova, nada justifica a manutenção da repartição de ônus probatórios disciplinada pela regra insculpida na lei.

A problemática parece que irá desnudar com a positivação do parágrafo segundo do art. 333 do CPC, bem como com a transformação em lei do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Todavia, apenas *parece*. Mesmo com a edição das referidas regras, a dotar expressamente o juiz de poderes para criar outra conformação dos ônus probatórios no processo, o problema não cessa aí. Deve-se buscar dotar o juiz de *critérios* seguros para operar a *dinamização*. Caso contrário, a tendência é que o incremento de poderes do órgão judicial se aproxime da arbitrariedade, perigo com o qual não se afortuna a convivência. Ainda mais diante da confusa locução contida no projeto de reforma do art. 333, a tornar muito mais amplo o poder do órgão judicial em relação ao que dispõe, por exemplo, o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Ao intérprete é preciso adotar *critérios*. A tarefa aqui, a partir de agora, é fundamentalmente esta: proposta a técnica da dinamização, vale examinar os critérios que legitimam sua aplicação no direito brasileiro. Com efeito, tratando-se da aplicação de técnica processual e do conflito entre princípios e regras, a orientação a ser seguida encontra leito na figura normativa dos *postulados*, isto é, normas que irão orientar a distribuição dos ônus probatórios, ora para fazer prevalecer o enquadramento disciplinado pela lei, ora para conformá-lo a partir da necessidade de respeitar os direitos fundamentais à igualdade e à prova no processo.

2. Os postulados normativos: normas que estruturam a aplicação de outras normas

Falar em postulados normativos significa propriamente superar o terreno das normas para adentrar ao terreno das metanormas. Assim leciona Humberto Ávila em obra que se tornou referência internacional no que se refere à sempre intrigante dissociação entre princípios e regras³⁶¹. Os postulados diferem de tais figuras normativas porque se situam num segundo grau, isto é, estabelecem a estrutura ou os *critérios* de aplicação dos princípios e das regras. Seu funcionamento é diferente, portanto, “só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”.³⁶²

Com efeito, o funcionamento dos postulados difere do dos princípios e das regras. Enquanto os princípios são definidos como “normas imediatamente finalísticas”, que “impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção” e as regras são “normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”, os postulados normativos não impõem a promoção de um fim ou descrevem comportamentos. A função dos postulados é, justamente, estruturar a aplicação do dever de promover um fim ou estruturar a aplicação de normas que descrevem comportamentos. Vale dizer: os postulados não prescrevem direta ou indiretamente comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Daí porque inserir os exames da razoabilidade e da proporcionalidade, por exemplo, em tal espécie normativa, na medida em que nem um nem outro impõe a promoção de um estado ideal de coisas a ser atingido ou a descrição de um comportamento devido, mas, sim, serve de método de aplicação do princípio ou da regra a ser utilizada pelo intérprete em determinado caso concreto³⁶³.

Para o que aqui nos importa, a disciplina do ônus da prova é regulada por uma regra, aquela que vai disposta no art. 333 do Código de Processo Civil. Referida norma está nitidamente a descrever comportamento devido às partes, estabelecendo os ônus probatórios de cada uma e as conseqüências pelo seu não cumprimento. Todavia, no que concerne ao problema da distribuição do ônus da prova, concorrem, como se teve o ensejo de observar,

³⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*.

³⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, p. 88.

outras normas, sobretudo de natureza principal: a que impõe a observância da igualdade entre as partes e a da amplitude de prova. Cumpre lembrar que, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais fundam *princípios orientadores do ordenamento jurídico*. Dessa forma, o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental à prova, no âmbito do direito probatório, estão a fundar os princípios assinalados, que necessariamente estarão a participar do processo de aplicação do direito no caso concreto.

À luz de tal realidade entram em cena os postulados normativos, justamente para estruturar a aplicação das referidas normas nos casos concretos. Por vezes, a regra prevista no art. 333 do CPC será aplicada sem qualquer restrição, porque alinhada com os princípios referidos. Todavia, haverá casos em que a regra não será aplicada, cedendo passo à outra moldura, esta sim ajustada aos direitos fundamentais processuais assinalados. Trata-se de dar atenção ao *postulado da razoabilidade*, a funcionar como *equidade*, isto é, mediante a harmonização da regra geral do art. 333 do CPC com o caso individual³⁶⁴.

Vale dizer: a *razoabilidade* é utilizada como diretriz que exige a *relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto*, quer mostrando sobre qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em face das suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Significa dizer que *uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas*: uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária³⁶⁵.

Assim que, se o art. 333 do CPC é instituído para assegurar a igualdade das partes, fica fácil compreender as razões para sua não-aplicação, pelo menos sem qualquer adaptação, naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a *razão motivadora da regra* – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada.

³⁶³ Idem, p. 88-89.

³⁶⁴ Idem, p. 103.

³⁶⁵ Idem, 105-106.

Por outro lado, haverá situações em que a regra prevista no art. 333 do CPC estará em flagrante confronto com o direito fundamental à prova. Tal direito fundamental, em sua dimensão objetiva, funda princípios que orientam a máxima amplitude dos esforços probatórios, bem como a proibição da *probatio diabolica*. O caso concreto poderá apontar para o confronto entre tais princípios e a regra de repartição dos ônus probatórios prevista no *caput* e incisos do art. 333 da lei processual. Se tais princípios estão, no caso concreto, a instituir *razões contrárias* à aplicação da regra, como de fato demonstrou-se ocorrer em diversos casos, esta não deve ser aplicada.

Para que tal construção seja legítima, torna-se necessário aferir “o aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”, porque em “determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal”. Vale dizer: em alguns casos, mesmo que preenchidas as hipóteses de aplicação da regra do art. 333 do CPC, ela não poderá ser aplicada, porque sua aplicação é excluída pela razão motivadora da própria regra – *necessidade de preservar a igualdade substancial entre as partes* –, e porque sua aplicação revela conflito com o princípio da proibição da *probatio diabolica*, decorrente do direito fundamental à prova³⁶⁶. Vejamos, novamente, a operacionabilidade prática do postulado da razoabilidade no âmbito do art. 333 do CPC.

Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, recorreu-se da decisão que havia dinamizado os ônus probatórios em desfavor do réu em ação de indenização por responsabilidade civil profissional, impondo-lhe o ônus de provar que agiu sem culpa. A decisão foi pela manutenção da decisão atacada, pelo motivo fundamental de que, “no caso concreto, efetivamente há dificuldade técnica manifesta da autora em realizar a prova necessária para demonstrar a veracidade de suas alegações”, além de que, “para o réu, por certo, tal dificuldade não se vislumbra”³⁶⁷.

Mais recentemente, o mesmo Tribunal teve o ensejo de trazer à lume estudo mais aprofundado sobre a matéria, em precedente cuja ementa é digna de completa transcrição:

³⁶⁶ Idem, p. 103 e 105.

³⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo nº 70018912667, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 21/03/2007.

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS³⁶⁸.

Observa-se, *em ambos os casos*, a aplicação, pelo órgão judicial, do postulado da razoabilidade, funcionado este como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto. Assim, observa-se que a regra do art. 333 do CPC não se aplica aos casos concretos em razão das suas respectivas especificidades, notadamente, decorrentes da “dificuldade técnica manifesta (...) em realizar a prova necessária para demonstrar a veracidade de suas alegações”, aliado à circunstância da inexistência de dificuldade na produção da prova por parte do réu. Nem sempre irá se aplicar o art. 333 do CPC a partir do preenchimento das condições previstas em sua hipótese. Se a razão motivadora da regra – igualdade – não é satisfeita, bem como se nota a existência de um forte princípio contrário, decorrente do direito fundamental à prova na sua perspectiva objetiva, a generalidade da lei cede passo à particularidade do caso. Vale notar a utilização de uma máxima de experiência comum para a constatação da desigualdade existente entre as partes na

³⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Odone Sanguiné, julgado em 31 ago. 2007.

produção da prova da culpa, justamente o que determinou a dinamização do ônus da prova quanto a tal específica questão de fato.

Repita-se: deve haver muito cuidado no manejo da dinamização dos ônus probatórios. Consoante já se alvitrou na doutrina, trata-se de técnica perigosíssima³⁶⁹, especialmente porque permite a construção de encargo diabólico quando utilizado descriteriosamente. O postulado normativo da razoabilidade permite a operação segura da técnica, permitindo que, constatado o desequilíbrio nos esforços de prova, aliado à excessiva dificuldade na sua produção, possa o juiz dar nova configuração à regra contida no art. 333 do CPC. Cumpre estar atento.

O certo é que, em última análise, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva não pode ficar à mercê da composição fechada na disciplina dos ônus probatórios. Ao juiz não será dado “lavar as mãos”, fechando os olhos para eventual inconstitucionalidade a transparecer em concreto: deve proceder em distribuição consentânea com o ideal de um processo justo. Dinamiza-se a disposição estática, ajustando-se o procedimento probatório à realidade da vida e, assim, à promessa constitucional de efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos.

O projeto de lei em torno da reforma do art. 333 do CPC, com a inclusão de outro parágrafo no seu bojo, a permitir expressamente ao juiz conformar alternativa à distribuição positivada vem justamente no encalço do espírito do “Código Reformado”, qual seja, de conformar nossa lei processual, de matriz liberal, às diretrizes de nossa Constituição. Muito embora a redação do projeto não seja das melhores, porque não explicita os critérios pelos quais necessariamente passará a dinamização – como suso mencionado –, pelo menos está a anunciar tal possibilidade. Não precisaria, é verdade. Mas não há dúvidas de que a explicitação do caminho, no guia do viajante, sempre colabora para o alcance mais previsível e justo do fim.

De qualquer modo, não é pela ausência de expressa disposição legal que os ônus probatórios não poderão ser dinamizados. A ausência de lei para os demais casos não regulados pelo Código de Defesa do Consumidor não afasta o dever de conformar o art. 333

³⁶⁹ KNIJNIK, *As perigosíssimas...*, *passim*.

do CPC à Constituição. A dinamização, portanto, opera-se *ope judicis*, não havendo qualquer óbice para isso, na medida em que “as omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica ou demagógica”³⁷⁰.

3. A motivação judicial e as bases constitucionais da dinamização

A previsibilidade, embora fosse um dos cânones do Estado Liberal, não deixa de ser um valor bastante importante dos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o formalismo processual continua ter sua forma pré-determinada na lei, gerando uma previsibilidade que informa segurança aos jurisdicionados, que ingressarão no processo sabendo, de antemão, a delimitação de suas faculdades, poderes e deveres, coordenação da sua atividade, a ordenação e a organização do procedimento. Além da previsibilidade, a lei também se revela importante para a conter o arbítrio do órgão judicial, evitando que sua atuação ultrapasse limites pré-determinados pela ordem legal.

Com efeito, toda e qualquer teoria que se dedique a propor uma relativização da lei – como é o caso da teoria da *dinamização dos ônus probatórios* – normalmente tende a ser observada com certa desconfiança. Não raro, seus defensores são rotulados de alternativistas, isto é, partidários de uma espécie de “direito alternativo”. Mormente no Brasil, em que se observa claramente a presença ainda intensa do “paradigma racionalista”³⁷¹ nas nossas instituições jurídicas.

³⁷⁰ MARINONI, *Teoria...*, p. 61.

³⁷¹ Humberto Ávila afirma, nesse sentido, que “o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a *solução simplista* de que o *Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes*. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição” (ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126-127). Os grifos são nossos.

Não se desconhece a dignidade da legislação no Estado Constitucional. A bem da verdade, o “constitucionalismo” envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser reconhecida pelos juízes”, sendo que os juízes não são “os senhores do direito no mesmo sentido que era o legislador no século passado”, mas sim “os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça”³⁷². Assim é que a lei, por princípio, deve editar os critérios de distribuição dos ônus probatórios, critérios estes aptos a resolver as dificuldades em torno da igualdade e do direito à prova³⁷³.

A técnica da dinamização dos ônus probatórios propõe-se a superar a previsão positivada no art. 333 do CPC apenas quando esta não se revela ajustada para os fins a que se destina, nos quais se inclui principalmente o de estruturar um procedimento que sirva à adequada e efetiva tutela dos direitos. A técnica da dinamização dos ônus probatórios tem esteio constitucional, no direito fundamental ao processo justo (art. 5º, XXXV) e apenas quando tal direito não estiver sendo observado em concreto³⁷⁴ é que a regra em questão será objeto de conformação à Constituição, mediante a aplicação do postulado da razoabilidade.

A correta aplicação da norma processual pelo juiz é característica de um Estado preocupado na tutela dos direitos, que compreende a importância de que o processo esteja adaptado à sua realidade cultural e no qual se evidencia o incremento da responsabilidade da jurisdição como única forma de realizar justiça. A maior responsabilidade do juiz, por sua vez, é diretamente proporcional à importância de respeito ao dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição)³⁷⁵.

A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ele, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele

³⁷² ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 153.

³⁷³ No mesmo sentido, RANGEL, *O ônus...*, p. 138.

³⁷⁴ Consoante anota Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, “O compromisso do Juiz, diz-se amiúde, mas nunca é demais repeti-lo, é com o caso concreto. Deve submeter-se à norma jurídica, sem dúvida, mas jamais esquecer-se que ela não se exaure no aspecto formal, na lei, senão que se compõe de elementos outros, que, as mais das vezes, só lhe oferece com o processo”. (DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, jul. 2001).

³⁷⁵ Acerca do *processo de racionalização jurídica* na fundamentação judicial acerca do juízo de fato, ver KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11-25. Sobre a motivação das decisões judiciais, confira-se LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do

caso concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica da dinamização dos ônus probatórios³⁷⁶. Em outras palavras, o juiz tem o dever de evidenciar que, à luz das circunstâncias do caso concreto, se está diante de uma violação do direito fundamental à igualdade, bem como do direito fundamental à prova. A ausência de uma decisão coerentemente fundamentada acerca da *dinamização* padece de vício grave, merecendo o decreto de invalidade³⁷⁷.

Em outras palavras: a superação da distribuição positivada na lei acarreta a necessidade de estabelecer outro molde, a ser formulado pelo órgão judicial. Dessa forma, necessário que assim o faça mediante os critérios antes elencados, ligados aos direitos fundamentais da igualdade e do direito à prova. Será através de tais critérios que irá balizar-se a dinamização dos ônus probatórios no sistema jurídico brasileiro e, aliado a isso, tornar possível o controle de eventual arbitrariedade promovida pelo órgão judicial³⁷⁸. Para que tenha esteio o *livre convencimento motivado*, o juiz deve fornecer, de maneira completa, o anúncio dos critérios utilizados para o alcance de tais conclusões sobre eventuais modificações no procedimento legal probatório. A motivação cumpre a tarefa de permitir que o ato jurisdicional exiba a própria verdade que, nesse caso, é o juízo correto, criticamente demonstrado e racionalmente aceitável³⁷⁹.

direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 259-282.

³⁷⁶ O direito fundamental à motivação das decisões judiciais compreende “não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individuação das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes conseqüências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade”. (ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 88-89).

³⁷⁷ Com Barbosa Moreira, “Há um modo puramente formal de prestar homenagem a semelhante preceito [art. 93, IX, da Constituição], que está longe de corresponder-lhe o espírito. Quantas vezes lemos pronunciamentos de órgãos judiciais que indeferem o requerido ‘por falta de amparo legal’, ou ‘porque não concorrem os pressupostos necessários’! São fórmulas vazias, que nada significam: fazer uso delas é como tirar o chapéu, para cumprimentar à distância alguém que, ao mesmo tempo, entre dentes, se está mandando ao inferno”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 319, 1992, p. 74).

³⁷⁸ Mesmo a “inversão” do ônus da prova, tal qual prevista na legislação consumerista, não dispensa fundamentação que esteja alinhada com os pressupostos previstos na lei. A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “para que seja determinada a inversão do ônus da prova, é mister que o magistrado o faça justificadamente, demonstrando presentes os requisitos do art 6º, VIII, do CDC, o que inoocorreu na hipótese dos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* limitou-se a afirmar que, tratando-se de relação de consumo, tem o fornecedor melhores condições de produzir a prova” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 615.553/BA. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 07 dez. 2004. *DJ* 28 fev. 2005, p. 220).

³⁷⁹ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica*: un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996, p. 259-260.

Nesse sentido, em ação coletiva de consumo, a instituição financeira demandada recorreu da decisão que inverteu os ônus probatórios, sustentando que o regramento previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria às instituições financeiras. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso, entendeu por sua aplicação, não apenas porque às instituições financeiras se aplicaria a mencionada regra, mas principalmente porque “o encargo probatório deve ser transferido àquela parte que possui melhores condições de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias que envolvem a lide”, sendo esta uma diretriz que “consiste em tutelar a *igualdade real*”, cabendo “ao magistrado sopesar essa situação de desigualdade, que se transpõe à relação jurídica processual, equilibrando essa condição de desigualdade”³⁸⁰.

Observa-se no caso ilustrado que o aplicador valeu-se do direito fundamental à igualdade para superar a regra do art. 333 do CPC. Com efeito, no exemplo dado, mesmo que a dinamização tenha se dado com amparo na lei específica – o CDC – a fundamentação poderia muito bem basear a modificação *ope judicis*: o direito fundamental à igualdade é empregado para superar a disposição prevista no art. 333 do CPC, alinhando a nova distribuição do ônus da prova à Constituição.

Em outro caso, julgado pelo mesmo tribunal, recorreu-se da decisão que havia dinamizado os ônus probatórios em desfavor do réu em ação de indenização por responsabilidade civil profissional. A decisão foi pela manutenção da decisão atacada, pelo motivo fundamental de que, “no caso concreto, efetivamente há dificuldade técnica manifesta da autora em realizar a prova necessária para demonstrar a veracidade de suas alegações”, além de que, “para o réu, por certo, tal dificuldade não se vislumbra”³⁸¹.

Observa-se, *in casu*, que a fundamentação do órgão judicial observou claramente os dois critérios balizadores da técnica da dinamização: havia desigualdade no alcance do material probatório e, além disso, a parte onerada pela dicção legal do art. 333 do CPC encontrava-se em excessiva dificuldade em se desincumbir do ônus.

³⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível. Agravo Interno nº 70005776349. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Julgado em: 11 mar. 2003.

³⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Cível. Agravo nº 70018912667. Relator: Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em: 21 mar. 2007.

Em ação de cobrança de débitos telefônicos cumulada com repetição de indébito, a autora sustentou que estava sendo descontada pela ré por serviço que não havia solicitado. Em julgamento acerca da questão, a Terceira Turma Recursal dos Juizados Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul sustentou que o ônus probatório “só poderia recair mesmo sobre a ré recorrente, por ser ela quem se encontrava no controle sobre os meios de prova”, sendo que “não se pode exigir da autora que realize prova negativa de que não contratou o serviço em questão”.³⁸²

Observa-se, *in casu*, que a fundamentação recaiu na impossibilidade de onerar excessivamente uma das partes na produção de determinada prova. Impor ao consumidor o ônus de provar que *não* contratou o serviço cobrado constitui manifesta *probatio diabolica*. Em contrapartida, a fornecedora deve dispor, justamente por ser uma empresa de telefonia, dos requerimentos de serviços efetuados pelos seus contratantes. A motivação, aqui também acaba abarcando os dois critérios para a dinamização, muito embora a preservação do direito fundamental à prova seja mais explícito, sendo o outro – direito fundamental à igualdade – decorrência lógica da assertiva de que a fornecedora era “quem se encontrava no controle dos meios de prova”.

Não se desconhece, ainda, o caso da prova de um dos requisitos para a implementação do *usucapião constitucional extraordinário*, previsto no art. 191 da Constituição: a circunstância de que o autor *não é* proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Trata-se, a toda evidência, de *fato constitutivo do direito do autor*. Vale dizer: a aplicação do art. 191 da Constituição depende, necessariamente, da prova de tal alegação de fato, muito embora se trate de *probatio diabolica*. É impossível ao autor produzir prova categórica acerca do fato negativo relativo à *inexistência* quanto à propriedade de outro imóvel. Nesse sentido, a fim de não indisponibilizar o exercício do direito à usucapião, faz-se necessário dar outra conformação à distribuição dos ônus probatórios.

Em recente precedente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve o ensejo de sustentou que, em casos tais, “*tem prevalecido o entendimento de que aos prescribentes bastará alegar a sua condição de não-proprietários de outro imóvel urbano ou rural, competindo ao réu, se for o caso, produzir prova em sentido contrário*”, pois “se trata de

³⁸² RIO GRANDE DO SUL. Juizados Especiais Cíveis. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71001274430. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em: 10 jul. 2007.

prova negativa, praticamente impossível”. Na motivação, as razões foram no sentido de que “exigir do usucapiente tal prova, em país com dimensões continentais, como o Brasil, equivaleria a tornar inútil o seu alegado direito, porquanto lhe seria praticamente impossível a apresentação de certidões negativas de propriedade, expedidas por todos os cartórios de registros de imóveis do território nacional”. Em outras palavras, restou examinada a excessiva dificuldade do autor na produção da prova, a par da maior facilidade do réu em produzir prova em sentido contrário³⁸³.

Para o bem da verdade, na grande maioria das vezes, a disposição do art. 333 do CPC será apta a estruturar a atividade probatória em termos isonômicos e adequados do ponto de vista do direito fundamental à prova, de sorte a propiciar o amplo acesso à jurisdição. Todavia, haverá casos em que, diante de circunstâncias muito peculiares, que apenas serão verificadas em concreto, a regra não poderá ser aplicada, porque sua razão motivadora não se verifica em concreto ou porque outros princípios deverão ser observados. Serão casos extremos em que será necessária outra conformação dos ônus probatórios, através da técnica da dinamização, a proporcionar distribuição mais fluída dos esforços de prova, adequando assim o procedimento probatório aos direitos fundamentais da igualdade substancial e à prova.

4. Aspectos pragmáticos: o procedimento da dinamização

Toda e qualquer modificação na distribuição dos ônus probatórios prevista na lei processual civil torna necessária uma decisão judicial para operar-se. Sem expressa decisão não há falar em alteração do esquema positivado no art. 333 do CPC. Mesmo nos casos envolvendo relações de consumo, tal compreensão se revela evidente, na medida em que a “inversão” dependerá da aferição dos requisitos previstos em lei. Assim, estando em litígio um consumidor e um fornecedor, não necessariamente haverá a “inversão” dos ônus probatórios, pois pode escapar à situação concreta os requisitos versados no art. 6º, VIII, do

³⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70010507440, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, julgado em 10 dez 2004.

Código de Defesa do Consumidor. A dinamização, assim, jamais opera de imediato: dependerá, sempre, de decisão expressa do órgão judicial, rigorosamente fundamentada.

Por outro lado, a decisão acerca da dinamização ou da “inversão” dos ônus probatórios prescinde de requerimento das partes para ser operada.

O juiz, evidenciando a inconstitucionalidade da distribuição positivada na lei, deve proceder na conformação da disposição à Constituição, deslocando o ônus da prova relativo a determinada(s) circunstância(s) de fato de uma parte à outra, a fim de garantir a observância do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. Seus corolários – igualdade e direito à prova – constituem questões de ordem pública, eis que se ligam diretamente à finalidade principal do processo, que é promover o alcance da justiça. Assim, mesmo na ausência de requerimento da partes, uma vez flagrada a inconstitucionalidade da distribuição do art. 333 do CPC, constitui verdadeiro dever do juiz determinar, até mesmo de ofício, a dinamização dos ônus probatórios, com o fito de possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional.

No que toca à “inversão” prevista no Código de Defesa do Consumidor, não é apenas a Constituição que impõe tal dever, mas a própria lei é que está a vincular o juiz a proceder na conformação constitucional dos ônus probatórios. Aferidos os requisitos *in concreto*, o juiz deve atender a lei e promover a aludida “inversão” que, substancialmente, como seu viu *supra* (parte III, item 6), revela-se *dinamização*.

Evidentemente, nada obsta que as partes deduzam requerimento em prol da dinamização. Nesse caso, caso o juiz afira a necessidade de dinamizar, de plano pode assim proceder. Caso contrário, deverá intimar a parte requerente para que demonstre a necessidade de dinamização, isto é, demonstre que, à luz do caso concreto, está havendo prejuízo ao direito fundamental de acesso à justiça.

4.1. O momento da decisão que opera dinamização dos ônus probatórios no processo

O problema envolvendo o momento da dinamização dos ônus probatórios revela-se, ainda hoje, algo significativo, especialmente pela ausência de consenso entre doutrina e jurisprudência a esse respeito.

Em doutrina afloram opiniões de autores no sentido de que decisão relativa à modificação da distribuição do ônus da prova deve ocorrer quando da sentença. Outros entendem tal decisão deve ocorrer na fase postulatória, logo após o recebimento da petição inicial. E terceira corrente sustenta que o provimento deve ocorrer no momento de saneamento do processo.

Dentre os primeiros, aqueles a sustentar que o “momento de aplicação da regra de inversão do ônus da prova (...) é o do julgamento da causa”, pois “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa”³⁸⁴, bem como que “a regra de inversão do ônus da prova é regra de julgamento, servindo para orientar o juiz na hipótese de um *non liquet* em matéria de fato”, não cabendo “ao magistrado antecipar o juízo sobre a inversão do ônus da prova para momentos procedimentais anteriores, quando a cognição ainda é sumária e superficial, pois com isto estará pré-julgando os fatos alegados”.³⁸⁵ De ser destacada, ainda, a opinião de que “o momento adequado à inversão judicial do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa”, pois “antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que *para ele* só são relevantes em caso de insuficiência probatória.”³⁸⁶

Há concepção que vai ainda mais além, para sustentar que “*não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou a sua inversão* (CDC 6º VIII), porque não se trata de regra de

³⁸⁴ WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

³⁸⁵ Ada Pellegrini Grinover. *Parecer ministrado a pedido da empresa Souza Cruz S.A. e juntado aos autos da Ação Civil Pública movida pela Associação de Saúde do Fumante – Adesf – processo nº 1.503/95, da 19ª Vara Cível de São Paulo (SP), ao responder questionamento sobre o sentido e alcance da regra de inversão do ônus da prova*. apud CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 175.

³⁸⁶ Essa é a opinião de Candido Rangel Dinamarco, muito embora reconheça que “isso não significa que, antes do momento de julgar, a disciplina do ônus da prova seja destituída de relevância no processo”, sendo “dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante a fixação de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 81-83).

procedimento³⁸⁷ ou que se revelaria “desnecessário aviso prévio ao fornecedor de produtos e serviços de que poderá ou haverá ‘inversão do ônus da prova’ e, portanto, não há falar-se em momento de tal aviso ou mesmo da ocorrência de eventual ferida ao princípio constitucional da ampla defesa”.³⁸⁸

O próprio Superior Tribunal de Justiça, certa vez, já consignou tal entendimento, ao justificar que “não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova”³⁸⁹, chegando a consignar em recente precedente que “conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento”³⁹⁰, convicção partilhada também por alguns precedentes oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.³⁹¹

Em sentido contrário, qual seja, de que a decisão acerca da modificação da distribuição pautada pelo art. 333 do CPC deva ocorrer na fase de saneamento do processo, exsurtem opiniões de que “a oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória”, porque assim “a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes”³⁹², bem como a de que “o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dá-se por ocasião do saneamento do processo [...] ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas [...]”³⁹³.

³⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.], p. 696.

³⁸⁸ MONNERAT, Carlos Fonseca. Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, jan.fev. 2004, p. 84.

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 203.225/MG. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 2 abr. 2002. *DJ* 5 ago. 2002, p. 344.

³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19 jun. 2007, *DJ* 27 ago 2007, p. 220. Da ementa ainda consta: “Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória”.

³⁹¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REGRA DE JULGAMENTO – SENTENÇA – MOMENTO OPORTUNO – VOTO VENCIDO. A inversão do ônus da prova, que visa proteger a parte processual mais fraca na relação de consumo, é regra de julgamento, e não de procedimento. Desta forma, não pode ser aplicada senão após o oferecimento e a valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida após analisar o conjunto probatório. É dispensável caso o magistrado forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas durante o feito”. Retirado do relatório do REsp nº 598.620 – MG, proveniente de acórdão proferido na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

³⁹² GIDI. *Aspectos...*, p. 587.

³⁹³ MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, jul./set. 1999, p. 69. No mesmo sentido, MENDES JÚNIOR, O momento..., p. 89 e BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a

Colhem-se exemplos desse mesmo entendimento em precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁹⁴, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁹⁵ e do próprio Superior Tribunal de Justiça³⁹⁶.

O problema deve ser solvido, naturalmente, à luz dos direitos fundamentais. Nesse sentido, inviável que a decisão a respeito da modificação na distribuição dos ônus probatórios previstos no art. 333 do CPC – norma cuja função é a de estruturar a participação das partes no aporte do material probatório – venha a ocorrer tão-somente por ocasião da sentença. Em ocorrendo a dinamização dos ônus probatórios na sentença, as partes – especialmente aquela que é “presenteada” com o ônus – é surpreendida por gravame processual do qual não terá mais a oportunidade para se desincumbir. Fere-se, de manifesto, o direito fundamental ao contraditório, na medida em que a participação para a construção da decisão judicial restará prejudicada, diante da impossibilidade de cumprir com o ônus probatório posteriormente ao encerramento da instrução. A sentença assim plasmada carece, portanto, de legitimidade.

Nada obstante, ao surpreender as partes com a alteração na repartição dos esforços de prova quando da sentença, acaba-se por violar a próprio interesse público. Revela-se “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tinham percebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-lhes melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro dessa

inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 86, p. 294-309, abr./jun. 1997, esp. p. 306-307.

³⁹⁴ “Sobre mais, prevalece o entendimento, tanto nesta Corte como nos Pretórios excelsos, que o momento adequando para estabelecer a inversão do ônus da prova é o do saneador, pois é o instante processual imediatamente anterior ao da produção das provas”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014109565. Relator: Des. Pedro Celso Dal Prá. Julgado em: 20 jan. 2006.

³⁹⁵ “Ademais, o juízo, utilizando-se de seu poder-dever, observou o correto momento para proceder à inversão, ou seja, na decisão saneadora, em momento anterior à fase de instrução de provas [...]”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 25.653/05, Rel. Desa. Helda Lima Meireles.

³⁹⁶ “Em casos que tais, na forma do que dispõe o §3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, deve o recurso ficar retido até o final da causa. Malgrado o caráter restritivo da norma supra, em circunstâncias excepcionais, a jurisprudência desta Corte tem admitido o processamento e julgamento do recurso especial. É o caso sob exame, em que se discute a possibilidade de inversão do ônus da prova, sob pena de se tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça”. Recurso Especial nº 540.235 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho. Ao entender se tornar “inócua a ulterior apreciação da questão”, para o caso do recurso ficar retido nos autos, quando seria apreciado apenas quando da sua oportuna reiteração, apenas ao final da demanda, o precedente aponta claramente em que fase deve haver a inversão do *onus probandi*.

mesma orientação, *a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo iura novit curia, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos no litígio, em homenagem ao princípio do contraditório*. [...] A “problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta intimamente com o próprio interesse público, na medida em que *qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça*”.³⁹⁷

Ao fim e ao cabo, vai violado também o dever de colaboração do órgão judicial para com as partes, na medida em que o juiz deixa de cumprir com o seu dever de prevenção, no sentido de “prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos”, bem como o seu dever de “de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais”.³⁹⁸

A decisão que modifica o ônus da prova deve ser dada anteriormente à instrução probatória. Jamais o ônus probatório pode ser objeto de dinamização, seja esta legal ou judicial, apenas no momento da sentença. Qualquer alteração na estruturação da atividade probatória das partes deve dar-se, por óbvio, antes da colheita das provas, com o que se estará, sempre, evitando a ocorrência de vícios insanáveis ao processo, por violação do direito fundamental ao contraditório.

Nas demandas envolvendo relações de consumo, tal realidade fica ainda mais clara, pois, embora a lei preveja expressamente o dever de dinamização dos ônus probatórios, isso somente irá ocorrer à luz do caso concreto, caso o juiz afira que o consumidor é “hipossuficiente” e suas alegações estiverem dotadas de “verossimilhança”. Assim, não é toda

³⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, p. 237. Em ensaio mais recente, o jurista anota a introdução de tais conceitos, já amplamente difundidos na doutrina e jurisprudência, na reforma processual de 1977 da então Alemanha Federal, para fazer constar, no § 278 II da Ordenança Processual Civil (ZPO) a disposição segundo a qual “o juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se tiver a oportunidade de se manifestar a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória”. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes...*, p. 103, nota 45. Em sentido contrário situa-se a interessante opinião de Ernane Fidélis dos Santos, para quem a distribuição dos ônus probatórios deve respeitar a normalidade e, nesse sentido, sendo “regra comum a todos”, sua eventual inversão na sentença não acarreta surpresa. SANTOS, *O ônus...*, p. 277. Não há como concordar com o processualista: na nossa opinião, não apenas as presunções judiciais, mas também as máximas de experiência comum devem ser objeto do diálogo entre os sujeitos do processo anteriormente à decisão que, baseada em tais pressupostos, venha a alterar a conformação dos ônus probatórios.

demanda baseada em relação de consumo que remete, de plano, à modificação da moldura do CPC acerca dos ônus probatórios. Não havendo qualquer decisão a esse respeito, o fornecedor estruturará sua atividade probatória em consonância com o que predis põe o art. 333 do CPC. Por que se comportar de maneira diferente, se a mera constatação de que há relação de consumo não importa, *de per si*, a inversão do *onus probandi*? Pensar diferente seria consagrar a insegurança jurídica e desmerecer a importância fundamental da participação das partes na instrução probatória.

Por tais razões, é de se receber com entusiasmo a Súmula nº 91 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, recentemente publicada: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. A justificativa é de que “a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, não é legal, mas judicial, pelo que o fornecedor seria surpreendido, se se considerasse a sentença como momento processual da inversão, em afronta ao princípio do contraditório”³⁹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, vem paulatinamente reforçando tal entendimento, ilustrado por recente precedente no qual se fixou que “dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória - momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes”.⁴⁰⁰ O mesmo vale para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao sedimentar “deve ser observado o direito fundamental do contraditório (vislumbrado na modalidade contemporânea de *cooperação processual*) e o da ampla defesa, fazendo-se *mister* a abertura de prazo, para que o réu produza as provas que pretenda, já ciente de seu encargo (subjeto) probatório”.⁴⁰¹

³⁹⁸ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. *Aspectos do novo processo civil português*. In: Revista Forense, v. 338, 1997, p. 151.

³⁹⁹ Súmula de jurisprudência predominante nº 006/2005, publicada no DJ de 17.11.2005. Segundo Voltaire de Lima Moraes, o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul tinha firmado entendimento similar, no sentido de que “quando, a critério do juiz, configurar-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão, sem essa cautela processual, implicará em surpresa e cerceamento de defesa”. MORAES, Anotações..., p. 67-68.

⁴⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 662.608/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em: 12 dez. 2006. DJ 05 fev. 2007, p. 242. Sobre a questão, ver, ainda, interessante debate havido em sede de esclarecimentos no julgamento do BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma REsp 442.854/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 11 nov. 2002. DJ 07 abr. 2003, p. 283.

⁴⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº70020308474. Relatora: Desa. Judith dos Santos Mottecy. Julgado em: 25 out. 2007.

A comunicação prévia da dinamização proporciona uma colheita mais vigorosa das provas, na medida em que, conhecendo as partes suas respectivas necessidades, reunirão todas as suas forças a fim de evitar a insuficiência de provas. Prestigia, portanto, não somente o contraditório, mas também uma maior cooperação das partes na busca dos elementos necessários para evitar a utilização da “regra de julgamento”. Enriquece-se o diálogo e torna-se mais eficaz a produção das provas necessárias à formação do convencimento judicial.

A pretérita delimitação dos respectivos encargos convoca as partes, portanto, a depositarem todas as suas forças em prol de evitar a incidência da “regra de juízo”, ou seja, a faceta nefasta do ônus da prova. Se o processo cumpre sua finalidade quando faz justiça e se a justiça encontra-se intimamente ligada à descoberta da verdade, somente se alcançará a verdadeira justiça evitando-se a formalização do juízo. Tudo leva a crer, portanto, que o estímulo à produção probatória, mediante a eficaz e tempestiva repartição do ônus da prova, é o que proporciona resultado mais ajustados aos desígnios de justiça.

Aliás, o problema envolvendo o momento da alteração dos esforços de prova nos parece ser um dos pontos fracos da doutrina argentina em torno do tema⁴⁰². Para o bem da verdade, um prato cheio para os críticos, que jamais deixaram de atentar para a circunstância de que o juiz, ao dinamizar os ônus probatórios em sede de sentença, “variou, à sua vontade, as regras do jogo às quais se ajustaram os contendores durante todo o processo”, fazendo-o, no entanto, “após o jogo terminar”, o que responderia a uma “ilegitimidade manifesta, por mais que possa ser justa a solução dada ao caso”⁴⁰³.

Tal raciocínio está rigorosamente correto. Não há como sustentar que “ninguém pode surpreender-se caso se sanciona sua má fé, malícia, abuso ou falta de lealdade ou probidade, tampouco pelo fato de que o tribunal assumo responsabilmente sua função e se preocupe por manter a igualdade das partes, e muito menos pelo fato de que se resolva com justiça o caso”⁴⁰⁴. Primeiro, porque a dinamização nada tem de punição. Segundo, porque fere de morte

⁴⁰² O que é reconhecido por Peyrano, ao aferir que “esta linha de impugnação é a mais séria”. (PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: PEYRANO, Jorge W.; LÉPORI WHITE, Inés (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 88.

⁴⁰³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presentación. In: GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 21.

⁴⁰⁴ LÉPORI WHITE, Inés. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W.; LÉPORI WHITE, Inés (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 73.

justamente uma das bases mais proclamadas por aquela doutrina: o dever de colaboração entre os sujeitos do processo (juiz-partes, partes-juiz)⁴⁰⁵.

No que se refere à realidade brasileira, é o próprio Código de Processo Civil que estabelece, com todas as tintas, o momento adequado da decisão que altera a disciplina dos ônus probatórios: a audiência preliminar prevista no art. 331, em cujo parágrafo 2º inclusive indica tal possibilidade, ao dispor que “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, *decidirá as questões processuais pendentes* e determinará as provas a serem produzidas [...]”⁴⁰⁶.

Se realmente “estão presentes nessa audiência [...] as três finalidades manifestamente atribuídas à audiência preliminar no Código de Processo Civil Tipo Para a América Latina: conciliar, decidir sobre matéria processual, delimitar o que discutir e *como provar*”⁴⁰⁷, e se nesta oportunidade deve-se “delimitar a instrução a ser feita”⁴⁰⁸, parece haver uma indelével sugestão do legislador para que ali ocorra a decisão relativa à modificação do *onus probandi*.⁴⁰⁹ Semelhante entendimento é gravado pela melhor doutrina espanhola⁴¹⁰.

Para o caso argentino, é o próprio Peyrano que advoga a necessidade da criação, pelo legislador argentino, de uma audiência destinada a este fim, ao propor “de *lege ferenda* que [...] se adote no futuro alguma espécie de audiência preliminar” momento em que “seria conveniente tomar o cuidado de alertar às partes acerca de que as circunstâncias do caso

⁴⁰⁵ Nesse sentido, a ZPO alemã, em seu § 139, com nova redação vigente desde 2002, veda qualquer decisão fundada em um dado jurídico do qual uma das partes não tenha se percebido, isto é, sem que tenha havido pretérita advertência e oportunidade delas se expressarem a tal respeito. Trata-se do dever de esclarecimento ou colaboração judicial. Sobre o assunto, ver RAGONE, Alvaro J. Pérez; PADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 67-78.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido, MENDES JÚNIOR, O momento..., p. 89.

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 119. A ênfase é nossa.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁴⁰⁹ Sobre a audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC brasileiro, consulte-se DALL’AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Audiência de conciliação. In: INOVAÇÕES do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79-99. Sobre a audiência preliminar no novo processo civil português, ver SILVA, Paula Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 213-269. Em consonância com o entendimento de que a inversão do ônus da prova deve ser dada na audiência de instrução, confirmam-se os nossos *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*. (KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-49 e ALVES, Maristela da Silva. *Ônus da prova como regra de julgamento*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 77-89, esp. p. 85.

fazem que tal ou qual litigante deverá suportar um esforço probatório especial, distinto e superior ao que surge do reperto normal e corrente do *onus probandi*".⁴¹¹

Nada obstante, caso a necessidade de *dinamização* seja vislumbrada pelo órgão judicial apenas posteriormente ao encerramento da instrução, nada obsta que assim proceda, desde que possibilite à parte que recebeu o ônus a oportunidade de produzir a prova destinada a cumprir com sua tarefa. Mesmo quando o processo já se encontra em segundo grau de jurisdição, caso se observe a necessidade de se dinamizar os ônus probatórios, nada obsta que o tribunal assim determine, desde que permita às partes, a partir desta reestruturação da sua atividade probatória, desincumbir-se de seus ônus e, assim, participar adequada e efetivamente da construção da decisão judicial⁴¹².

O importante é que as partes não sejam surpreendidas por ingerências imprevistas, que alterem as regras do jogo e impeçam, na bilateralidade do equilíbrio, exercer o direito de amplo e irrestrito acesso à ordem jurídica justa⁴¹³.

4.2. O recurso cabível da decisão sobre a dinamização dos ônus probatórios

Considerando que a decisão que defere ou indefere a dinamização dos ônus probatórios deve ser dar na fase de saneamento do processo, evidentemente que se trata de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC). O recurso cabível, portanto, é o agravo. A questão se problematiza, no entanto, quando se questiona, à luz da sistemática recursal brasileira, sobre a modalidade de agravo adequada para impugnar aludida decisão.

O direito brasileiro prevê duas modalidades para o recurso de agravo: na forma retida e o na forma "de instrumento". A recente reforma imposta pela Lei nº 11.187/05 deu nova redação ao art. 522 do CPC, o que acarretou a transformação do agravo na modalidade retida

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ, Tania Chico. La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga...*, p. 150.

⁴¹¹ PEYRANO, Nuevos..., p. 24.

⁴¹² No que se refere ao procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, confira-se o ensaio de RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 67, pp. 195-200, jul. 1996, em que o autor advoga a mesma opinião aqui sustentada.

⁴¹³ MORELLO, *La prueba...*, p. 101.

como regra geral, reduzindo as hipóteses de cabimento do agravo por instrumento a apenas três hipóteses: i) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; ii) no caso de inadmissão da apelação; e iii) nos casos relativos aos efeitos em que a apelação será recebida⁴¹⁴. Em outras palavras, na generalidade dos casos, o agravo retido é o cabível, conforme se observa da atual redação da lei; as exceções é que permeiam a hipótese de admissibilidade do agravo de instrumento.

A toda evidência, podemos afastar as duas últimas hipóteses, restritas ao recebimento do recurso de apelação e aos seus respectivos efeitos. A análise reduz-se, portanto, à seguinte questão: a decisão que defere ou indefere a modificação na distribuição dos ônus probatórios pode resultar lesão grave e de difícil e incerta reparação? Existiria urgência no exame, pelo tribunal, da decisão que acolhe ou desacolhe pleito acerca da dinamização ou inversão dos ônus probatórios?

Apreciando medida cautelar com o objetivo de destrancar o recurso especial interposto acerca de decisão que inverteu os ônus probatórios, o Superior Tribunal de Justiça teve o ensejo de sustentar que *não* existiria urgência na prestação da aludida tutela jurisdicional, “posto que eventual erro quanto à aplicação do ônus da prova pode ser corrigido até mesmo após a decisão de mérito”. A motivação, a bem da verdade, decorreu da opção em visualizar o ônus da prova apenas como regra de julgamento e não como regra de procedimento, raciocínio que remeteria ao entendimento de que, logicamente, o agravo de instrumento é inadmissível para impugnar decisão que modifica a estrutura dos ônus probatórios⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar dano grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

⁴¹⁵ PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR COM O OBJETIVO DE DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PERICULUM IN MORA. INEXISTÊNCIA. ART. 542, § 3º, DO CPC. - O entendimento da 3ª e 4ª Turmas do STJ é de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do § 3.º do artigo 542 do CPC. - A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. - Ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão, posto que eventual erro quanto à aplicação do ônus da prova pode ser corrigido até mesmo após a decisão de mérito. Negado provimento ao agravo interno. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg na MC 11.970/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 07 dez. 2006. DJ 18 dez.2006 p. 357).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podemos vislumbrar flagrante divergência entre seus órgãos fracionários. Enquanto há decisões proferidas em agravo de instrumento, inclusive em sede monocrática, acolhendo, ainda que tacitamente, sua admissibilidade⁴¹⁶, outras seguem sentido diametralmente oposto, hipótese em que se opera a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, segundo disposição do art. 527, II, do CPC⁴¹⁷.

A questão, naturalmente, deve ser solvida à luz do direito fundamental ao processo justo, que pressupõe uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, donde se extrai a necessidade de que seja, da mesma forma, *tempestiva*, mormente em face do direito à duração razoável do processo, também de natureza fundamental, e que se aloca no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, logrou-se demonstrar que o ônus da prova constitui, essencialmente, regra de estruturação da atividade probatória das partes, razão pela qual decisão quanto à eventual modificação da distribuição consagrada em lei deve ser tomada na fase de saneamento do processo. A justificativa é evidente: caso sejam estruturados de forma inadequada os esforços de prova, a justiça da decisão restará prejudicada, na medida em que a participação das partes é fundamental para a construção da decisão justa.

Imagine-se a hipótese de decisão que indefere a dinamização dos ônus probatórios proferida em audiência preliminar (art. 331 do CPC). A parte prejudicada interpõe o agravo na forma retida e, diante da ausência de retratação, sua análise restará postergada para o momento do julgamento do recurso de apelação, quando o agravo deverá ser reiterado nas razões ou contra-razões recursais (art. 523 do CPC). Em outras palavras, toda a instrução sucederá mediante a estruturação da atividade probatória determinada pela decisão impugnada. Somente após o término da instrução, do prazo para memoriais, da conclusão para sentença, sua respectiva prolação, publicação, interposição de recurso de apelação, prazo

⁴¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível. Agravo de Instrumento nº 70021490610. Rel. Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva. Julgado em: 26 set. 2007.

⁴¹⁷ DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. PLEITO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO CAUSARÁ LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. ART. 522 DO CPC. CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. ART. 527, II, DO CPC. REMESSA À ORIGEM PARA FICAR APENSADO À AÇÃO PRINCIPAL E PERMITIR O JUÍZO DE RETRATAÇÃO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70019837160. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Julgado em: 25 maio 2007).

de contra-razões, remessa ao tribunal, seu recebimento e pauta para julgamento é que será possível ao juízo *ad quem* julgar tal decisão. E se for o caso de provimento do agravo?

Em caso de provimento do agravo, haverá uma reestruturação dos esforços de prova. Evidentemente que, em face de tal reestruturação, impor-se-á uma nova conformação da atividade das partes, o que poderá alterar a convicção do órgão judicial em relação ao juízo de fato. Em outras palavras, o provimento do agravo retido, em atenção ao direito fundamental ao contraditório, resultará na reabertura da fase instrutória, a fim de possibilitar à parte que restou onerada por efeito da dinamização, possa se desincumbir do seu ônus⁴¹⁸. Vale lembrar que o direito fundamental ao contraditório “não se cinge mais a *garantir* tão-somente a bilateralidade de instância, antes conferindo *direito*, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”, a consagrar a “dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório”, à vista do “caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual”.⁴¹⁹

Tal necessidade de se reabrir a fase instrutória, especialmente para o fim de permitir à parte onerada se desincumbir de seu ônus, representa dilação indevida do tempo do processo, acarretando prejuízo grave e de impossível reparação a todos aqueles que dele participam. Vale dizer: prejuízo não é apenas das partes, mas do Estado, a quem compete a administração da justiça, e de toda a sociedade indiretamente atingida. Viola-se o direito fundamental da duração razoável do processo, corolário do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional⁴²⁰.

É de questionar: se a violação de um direito fundamental processual – que configura o mais fundamental, eis que instrumental a todos os demais – não constitui uma “lesão

⁴¹⁸ Aliás, convém referir que também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que recurso especial destinado à impugnação de decisão relativa à conformação dos ônus probatórios não se submete ao procedimento determinado pelo § 3º do art. 542 do CPC: “Malgrado o caráter restritivo da norma supra, em circunstâncias excepcionais, a jurisprudência desta Corte tem admitido o processamento e julgamento do recurso especial. É o caso sob exame, em que se discute a possibilidade de inversão do ônus da prova, sob pena de tornar inócua a ulterior apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 540.235-SP. Relator: Min. Castro Filho, julgado em 07.02.2006, DJ 06 mar. 2006, p. 372).

⁴¹⁹ MITIDIERO, *Processo...*, p. 37.

⁴²⁰ No mesmo sentido, Voltaire de Lima Moraes: a fim de que “o curso do processo não sofra maiores percalços, com o acolhimento, em preliminar de uma eventual apelação, do agravo retido, nulificando-se toda a fase instrutória, quer porque indevida a inversão do ônus da prova decretada, quer porque, em contrapartida, ela se

irreparável e de difícil reparação”, quais outros atrairiam tal hipótese e tornariam admissível o agravo na modalidade de instrumento?

Observa-se que o caput do art. 522 do CPC alude à “decisão suscetível” de causar lesão grave e de difícil reparação. Ao momento que a decisão é dada, evidentemente que ela se reveste de tais características, na medida em que o provimento do agravo retido em sede de recurso de apelação poderá redundar no retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição. Não há como pensar de outra forma, pelo menos quando se pensa o processo na perspectiva dos direitos fundamentais.

Assim, a decisão que defere ou indefere a dinamização dos ônus probatórios deve ser impugnada mediante o recurso de agravo de instrumento, justamente por se inserir em uma das hipóteses excepcionais previstas na lei processual.

impunha, retardando com isso, sobremaneira, a prestação jurisdicional que encerrará o processo”. MORAES, Anotações..., p. 69.

CONCLUSÕES

Nosso intento foi demonstrar que a dinamização constitui técnica destinada à conformação constitucional da distribuição dos ônus probatórios entre as partes. Sua legitimidade no direito brasileiro vai pautada pelo art. 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição, cláusulas que estão a garantir o adequado e efetivo acesso ao processo justo. A funcionalidade da dinamização extrai-se dos benefícios que provoca para a formação do juízo de fato, na medida em que provoca a otimização de esforços na busca pelo material probatório, o que tem por inarredável conseqüência o alcance dos fins primordiais do processo: a tutela dos direitos, a realização da justiça e a pacificação social.

Partindo da doutrina italiana, que surpreende a existência de dois modelos de prova – argumentativo e demonstrativo – aponta-se a existência de um terceiro modelo, o modelo contemporâneo. A caracterização deste último decorre de suas peculiares características, muito mais ligadas ao modelo argumentativo, não propriamente como um verdadeiro “retorno ao juízo”, porque com este não se confunde, mas especialmente diante da redescoberta do importante valor do diálogo na formação do juízo de fato. Apenas através da atividade dialógica das partes é que será possível aproximar ao máximo a descoberta da verdade, que deixa de ser buscada em termos absolutos para retomar sua natureza provável, face à consciência acerca da impossibilidade (falibilidade) do homem na reconstrução processual dos fatos.

As marchas e contramarchas da história permitem compreender a disciplina dos ônus probatórios, hodiernamente, na mirada do Estado Constitucional. A partir de tal constatação, procuramos demonstrar a importância da função subjetiva desempenhada pelos ônus probatórios. Sem minimizar a importância da função objetiva, de formalização da decisão judicial, de todo necessária à pacificação, a função que denota a estruturação da atividade probatória das partes caracteriza-se como a mais importante à luz do Estado Constitucional

que prega a democracia como uma de suas bases, e no qual o contraditório se assenta direito fundamental de participação na construção da decisão judicial.

O Código de Processo Civil prevê, em seu art. 333, uma norma fechada a respeito da distribuição dos ônus probatórios. O abstracionismo da lei, herança do positivismo jurídico ainda arraigado em nossas instituições jurídicas, torna incompatível a regulação de estrutura tão importante do processo – o procedimento probatório –, todas as vezes em que, em razão das peculiaridades do caso concreto, haja manifesta desigualdade entre as partes e vedação do amplo direito à prova. Todavia, a ausência de uma norma aberta não impede a atuação do órgão judicial em prol de conformar o procedimento à Constituição, especialmente em nosso tempo, um tempo com vocação para a jurisdição.

O rigorismo da lei deve ir temperado pelas vicissitudes da vida. À luz do caso concreto, visualizada a violação ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, poderá o juiz dinamizar o estático arquétipo legal positivado no art. 333 do CPC, hipótese em que estará, a um só tempo, estimulando os esforços das partes em prol da ótima formação do juízo de fato, cumprindo com seu dever de colaboração e promovendo, ao fim e ao cabo, o alcance da decisão justa, na medida em que esta sempre será dependente da adequada formação do juízo de fato.

A disciplina legal, prevista no art. 333 do CPC e baseada na teoria das normas, será, na maioria dos casos, aquela que melhor servirá a estruturação da atividade probatória das partes. Todavia, justamente por ser norma de natureza mista, com preponderância processual, a ideal conformação dos ônus probatórios dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja garantido o adequado acesso à justiça. Segundo o que pensamos, a dinamização deverá encontrar espaço nos casos em que conviverem i) a desigualdade e ii) excessiva dificuldade no exercício do direito à prova. Diante de tais fatores, concomitantes, haverá espaço para a dinamização dos ônus probatórios.

Convém alertar, no entanto, acerca perigo que navega em torno da má utilização da técnica da dinamização. Sua aplicação pressupõe casos excepcionais e a atenção aos limites impostos pela Constituição que, ao fim e ao cabo, são os mesmos que balizam sua funcionalidade no processo civil. De nada adianta dinamizar os ônus probatórios se, de tal prática, resultar mera alternância do desequilíbrio entre as partes, bem como da verificação da

probatio diabolica, entendida como a impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção da prova.

Não há confundir modelos de constatação e dinamização dos ônus probatórios. São figuras distintas. Embora ambas sejam afeitas ao direito probatório e configurem técnicas processuais destinadas a proporcionar o alcance da justiça com atenção às peculiaridades do caso concreto, diferem especialmente pela função desempenhada. Enquanto os modelos de constatação baseiam-se em critérios para determinar a suficiência de prova e, portanto, situam-se no plano de sua respectiva valoração, os ônus probatórios servem para a estruturação da atividade probatórias das partes e como regra de formalização da decisão judicial para evitar o *non liquet*. Os ônus probatórios, portanto, não participam da valoração da prova, ao contrário do que ocorre com os *standards* de convencimento judicial.

Dinamizar, convém esclarecer, não é o mesmo que inverter os ônus probatórios. Embora o termo “inversão” esteja consagrado em nossa tradição jurídica, inversão propriamente não ocorre, pois nem sempre vão transferidos todos os ônus probatórios de uma parte à outra; transfere-se apenas o ônus de provar determinadas circunstâncias de fato, notadamente aquelas sobre as quais recai uma situação de desigualdade na produção da prova e de extrema dificuldade na sua busca pela parte onerada. A “inversão” significa a transferência integral do *onus probandi*, o que causará, no mais das vezes, a *probatio diabolica* reversa. Seja como for, importa destacar que a denominada “inversão”, para ser constitucional, deve ser, em sua essência, uma *dinamização*.

A dinamização dos ônus probatórios constitui técnica processual destinada a outorgar sentido constitucional ao art. 333 do CPC, quando, à luz do caso concreto, tal dispositivo encontra-se incapacitado para conviver com o direito fundamental à igualdade substancial e com o direito fundamental à prova, ambos corolários do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. Mediante a utilização do postulado normativo da razoabilidade, poderá o juiz singular *dinamizar* os ônus probatórios, outorgando, nessa quadra, sentido constitucional ao art. 333 do CPC.

A decisão que determina a dinamização dos ônus probatórios, assim, deve estar devidamente fundamentada (art. 93, IX, da Constituição), especialmente em face do significado que se reveste a atuação do órgão judicial no sentido de afastar a aplicação da

regra prevista na lei para aplicar princípios aderentes ao direito fundamental da igualdade e do amplo exercício na produção da prova.

Ademais, a nova conformação do ônus da prova deve vir antes da instrução probatória, especialmente na audiência preliminar (art. 331 do CPC), momento em que os sujeitos processuais, em uma autêntica e dialógica comunidade de trabalho, estruturarão suas atividades no tocante à prova. A justificativa é de todo coerente: o prestígio à função subjetiva veda que os ônus sejam dinamizados posteriormente à fase instrutória, o que significaria surpreender as partes e impedir que aquela ora onerada tivesse a oportunidade de se desincumbir do seu ônus, em uma ilustrativa violação ao contraditório.

O recurso destinado a impugnar a decisão que dinamiza ou nega a dinamização dos ônus probatórios é o agravo, na modalidade de instrumento, na medida em que a hipótese se insere nas exceções previstas pela nova redação do *caput* do art. 522 do CPC. O agravo vertido na modalidade retida, na hipótese de seu provimento, não raro representará prejuízos à efetividade da prestação jurisdicional e à duração razoável do processo, direitos fundamentais que não podem ser feridos, sob pena de representarem “lesão grave e de difícil reparação”.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 718, p. 33-53, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, jul./set. 1993.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presentación. In: GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, dez. 2006.

_____. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil* (apêndice). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, número 1, dez. 2004.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVES, Maristela da Silva. *Ônus da prova como regra de julgamento*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77-89.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 5.

ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 343, maio 2006.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Igualdade tributária: estrutura, elementos, dimensões, natureza normativa e eficácia*. Tese apresentada para concurso de livre-docência junto ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro, área de Direito Tributário, da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: USP, 2006.

AZÁRIO, Márcia. *Dinamicização dos ônus probatórios*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.) *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 86, p. 294-309, abr./jun. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. In: TEMAS de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 1985.

_____. La igualdad de las partes en proceso civil. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A justiça no limiar do novo século. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 319, 1992.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista do Ministério Público*, n. 46, jan./mar. 2002.

BEDAQUE, José Roberto Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, 1998.

BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, jul./set. 1993.

BRITO, Pedro Madeira. O novo princípio da adequação formal. In: ASPECTOS do novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961.

_____. Máximas da experiência. In: *Estudos e pareceres do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come gioco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5, n. 1, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 9-18, out. 2005.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos para um curso de mestrado em direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 20, [s.d.]

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Dell'Ateneo, 1947.

CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 104, p. 9-18, dez. 2006.

_____. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*. In: KNJNIK, Danilo (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARRATA, Antônio. Funzione dimostrativa della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 56, n. 1, gen./mar. 2001.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra: João Abrantes, 1971-72.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e 2.

CODÓN, Aner Uriarte. La inversión de la carga de la prueba. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, [s.d.]

COUTURE, Eduardo *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Audiência de conciliação*. In: INOVAÇÕES do Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.] v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DÖRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1972.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

FALCÓN, Enrique M. *Cómo se ofrece y se produce la prueba: la audiencia preliminar*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo: (teoria generale). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1975. v. 35.

FERNÁNDEZ, Tania Chico. La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GADAMAER, Hans-Georg. A incapacidade para o diálogo. In: _____. *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 2.

_____. *Verdade e método*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, set./dez. 1996.

GIULIANI, Alessandro *Concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Logica (teoria dell'argomentazione). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25.

_____. L'ordo judicarius medioevale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 43, [s.d.]

_____. Prova. I – Prova in generale. a) Filosofia del Diritto. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1988. v. 38.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – Presunção Legal ou Judicial ou Ficção Legal? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 21, 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: NOVAS tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [s.d.]

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, jan./mar. 1980.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A prova nos juízos cível, tributário e penal*. 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 a probatio diabolica. In: PROCESSO e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Separata da Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, jan./fev. 2001.

_____. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, número especial comemorativo ao cinquentenário, p. 161-170, 1976.

_____. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 74-96, 1962.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: LÉPORI WHITE, Inés (Coord.) *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LENT, Friedrich. Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova: v. 9, n. 1, p. 150-158, 1954.

_____. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, p. 207.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LÉPORI WHITE, Inés. *Cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LLUCH, Xavier Abel. Sobre la prueba y el derecho a la prueba em el proceso civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

_____; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

LOPEZ MIRÓ, Horácio G. *Probar o sucumbir*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MANZONI, Ignazio. *Potere de accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 8, set./out. 2005.

_____. *Simulação e prova*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011395928.pdf>. Acesso em 07.10.2007.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 1.

_____. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, tomo 1º, v. III.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, 2001.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004.

MENDÉZ, Susana Pazos. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: LLUCH, Xavier Abel; PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Objeto y carga de la Prueba Civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. Introdução à edição portuguesa da obra de Claus Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

MENNA, Mariano. *Logica e fenomenologia della prova*. Napoli: Jovene, 1992.

MICHELI, Gian Antonio *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961.

_____. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.] v. 1.

MILHÔMENS, Jônatas, *A prova no processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, n. 21, 2003.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. t. 1.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNJNIK, Danilo (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONNERAT, Carlos Fonseca. Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, jan.fev. 2004.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, jul./set. 1999.

MORELLO, Augusto M. Morello. *La prueba: tendências modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.].

OLIVEIRA, Ana Perestelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

PELLEGRINI, José Francisco. Do ônus da prova. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16, jul. 1979.

PEYRANO, Jorge W. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

_____. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: PEYRANO, Jorge W. e WHITE Inês Lépori (Org.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

_____. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.) *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

_____. *Soluciones procesuales*. Rosario: Editorial Júrís, 1995.

PICARDI, Nicola Processo civile (diritto moderno). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

_____. La vocazione del nostro tempo por la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 1, 2004.

PINTAÚDE, Gabriel. Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelacional e no revisional/cassacional. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PITT, Gioconda Fianco. Dever de veracidade no processo civil brasileiro e sua relação com o instituto da discovery do processo norte-americano da common law. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4.

PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: PÉREZ RAGONE, Alvaro J.; ORTIZ PADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción com um estúdio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

RAGONE, Alvaro J. Pérez; PADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*: Traducción com um estúdio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W. LÉPORI WHITE, Inês (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. O ônus da prova na culpa médica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 90, jul. 2003.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. A distribuição do ônus da prova como instrumento garantidor da igualdade das partes no processo civil brasileiro. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, n. 1, dez. 2004.

RODYCZ, Wilson Carlos. A inversão do ônus da prova no Juizado Especial Cível. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 67, pp. 195-200, jul. 1996.

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

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 3. t. 1.

_____. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, [s.d.] v. 1.

SCHOPENHAUER, Arthur *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SENTIS MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, abr. 1974.

SILVA, Paula Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: ASPECTOS do novo processo civil. Lisboa: Lex, 1997.

SILVA MELERO, Valentin. *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. v. 1.

SILVEIRA, Heitor. *Porto dos retornos*. Porto Alegre, 1993.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 17, jan./mar. 1980.

STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción de Andrés de La Oliva Santos. [s.l.]: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridca moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, gen./mar. 1984.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, 1990.

_____. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale de Diritto Procedura Civile*, Milano, set. 1992.

_____. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jorfi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

TARZIA, Giuseppe. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, jul./ago. 2004.

_____. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *PROBLEMI del processo civile di cognizioni*. Padova: Cedam, 1989.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.] v. 3. t. 1.

_____. 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. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 5-23, abr./jun., 1999.

VALE, Juliana Leite Ribeiro do. *A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

VAZQUEZ, Roberto A. La prueba de la culpa y la relación causal en la responsabilidad civil medica. *Revista Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Catolica Argentina* – Procedimiento Probatorio, [s.d.]

VERDE, Giovanni. Prova (dir. proc. civ.), b) teoria generale e diritto processuale civile. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 38.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76, out./dez. 1994.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, jan./mar. 2004.

_____. *O processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.