



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Vitor Luís de Almeida

**ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS  
DA PROVA E SUA CONTRAPOSIÇÃO À  
IMPARCIALIDADE DO JULGADOR: UMA  
APLICAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL  
COOPERATIVO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Processuais orientada pelo Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dezembro de 2019

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

***ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA  
PROVA E SUA CONTRAPOSIÇÃO À IMPARCIALIDADE  
DO JULGADOR: UMA APLICAÇÃO DO SISTEMA  
PROCESSUAL COOPERATIVO NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO***

VITOR LUÍS DE ALMEIDA

Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Processuais orientada pelo Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dezembro de 2019



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

***“A Justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a Justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”***

***(Rudolf von Ihering – A Luta pelo Direito, Viena: 1872)***

## **DEDICATÓRIA**

*À Jamille, minha amada esposa, por sua rara inteligência e encantadora beleza, pela dedicação aos nossos filhos, por todos os anos que já passamos juntos e por todos aqueles que espero ainda viver ao seu lado...*

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao Grande Arquiteto do Universo, que é Deus, pela dádiva da vida e do convívio com aqueles que amo.*

*A meus pais, Wanderson e Jacqueline, pela educação fundada em princípios morais que me proporcionaram.*

*A meu irmão, Júlio César, pela confiança e incentivo sempre dispensados.*

*Aos meus amados filhos, João Vitor, Pedro e Duda, por garantirem a constante renovação de minhas forças e projetos, proporcionando-me o orgulho de ser pai e a alegria de viver...*

*À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e, em especial, ao Prof. Dr. João Paulo Fernandes Remédio Marques, pela essencial e imprescindível orientação na elaboração deste estudo.*

## RESUMO

Com o presente trabalho, tem-se o objetivo abordar alguns polêmicos aspectos afetos ao tema do ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e sua contraposição à imparcialidade do julgador, considerando-se a existência de um sistema processual cooperativo no processo civil brasileiro.

Com o advento da constitucionalização do processo, o ativismo judicial passou a se desenvolver em diversos ordenamentos jurídicos como uma manifestação de legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade, no escopo de realização dos deveres e objetivos do Estado. Tendo por base princípios constitucionais processuais, sobretudo derivados do devido processo legal e do justo processo, o mencionado ativismo também se realiza na seara processual, com fins à garantia dos direitos fundamentais às partes. Fomenta ainda uma maior participação do magistrado na relação processual, com fins a que o julgador deixe de ser apenas um “convidado de pedra”, responsável pela aplicação do direito, e passe a ter uma conduta mais ativa na relação processual, inclusive no que diz respeito à instrução probatória e à busca pela descoberta da verdade.

Restando ultrapassada a aplicação individualizada dos modelos processuais do dispositivo e do inquisitório, surge o modelo misto ou cooperativo de processo, no qual o juiz e as partes devem colaborar entre si para o desenvolvimento de uma relação processual adequada, com a construção de uma decisão justa, pautada na veracidade dos fatos. Nesse novo paradigma processual, no qual o juiz e as partes devem agir como uma verdadeira “comunidade de trabalho”, os poderes instrutórios do magistrado aliados aos princípios fundamentais processuais do contraditório como poder de influência, igualdade substancial (paridade de armas) e boa-fé objetiva unem-se ao ativismo judicial na seara processual para fundamentar a aplicação da dinamização do ônus da prova, cujo objetivo é flexibilizar as regras abstratas e tradicionais de distribuição do ônus probatório, adequando-as ao caso concreto, quando uma das partes possua melhores condições probatórias com relação a determinados fatos.

Em que pese a adequação dessa flexibilização do ônus probando, também conhecida como teoria das cargas probatórias dinâmicas, e sua recente positivação no ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se necessário que sua

adoção seja realizada de forma ponderada, com fins a não gerar uma violação do princípio da imparcialidade, que também se apresenta como fundamental à relação processual.

A análise precípua do estudo será desenvolvida sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando a proposição de soluções à mencionada contradição, registrando-se que o interesse pela temática funda-se na crescente preocupação em garantir uma posição ativista do juiz, quando necessária a adoção da dinamização do ônus da prova, a qual seja capaz de preservar sua imparcialidade e se desenvolver em um sistema processual cooperativo, que busque resultados mais justos e efetivos ao desempenho da função jurisdicional.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Ativismo judicial. Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Princípio da imparcialidade. Sistema processual cooperativo. Processo civil brasileiro.

## **ABSTRACT**

With the present work, the objective is to address some controversial aspects related to the topic of judicial activism in the dynamization of the burden of proof and its opposition to the impartiality of the judge, considering the existence of a cooperative process system in the Brazilian civil process.

With the advent of the constitutionalization of the process, judicial activism began to develop in various legal systems as a manifestation of the legitimacy of the judiciary before society, within the scope of the fulfillment of the duties and objectives of the State. Based on constitutional procedural principles, mainly derived from due process of law and due process, the aforementioned activism is also carried out in the procedural court, in order to guarantee the fundamental rights of the parties. It also encourages a greater participation of the magistrate in the procedural relationship, so that the judge is no longer just a "stone guest", responsible for the application of the law, and has a more active conduct in the procedural relationship, including respect to probative instruction and the search for the discovery of truth.

Once the individualized application of the procedural models of the mechanism and the inquisitorial has been overcome, a mixed or cooperative process model arises, in which the judge and the parties must collaborate in order to develop an adequate procedural relationship with the construction of a just decision, based on the truth of the facts. In this new procedural paradigm, in which the judge and the parties must act as a true "work community," the magistrate's instructional powers allied to the fundamental procedural principles of the adversary as power of influence, substantial equality (parity of arms), and good-objective faith are united with judicial activism in the procedural court to justify the application of the dynamization of the burden of proof, whose objective is to flexibilizar the abstract and traditional rules of distribution of the burden of proof, adapting them to the concrete case, when one of the parties has better conditions in relation to certain facts.

In spite of the adequacy of this flexibilization of the probando burden, also known as the theory of dynamic evidential charges, and its recent positivation in the Brazilian legal system, it is necessary that its adoption be carried out in a



weighted way, in order not to generate a violation of the principle of impartiality, which is also fundamental to the procedural relationship.

The main analysis of the study will be developed from the point of view of the Brazilian legal system, aiming at proposing solutions to the aforementioned contradiction, registering that the interest in the subject is based on the growing concern to guarantee an activist position of the judge, when necessary the adoption of the dynamization of the burden of proof, which is capable of preserving its impartiality and developing in a cooperative procedural system, which seeks fairer and more effective results to the performance of the jurisdictional function.

#### **KEYWORDS**

Judicial activism. Theory of the dynamic evidential charges. Principle of impartiality. Cooperative process system. Brazilian Civil Procedure.

## ABREVIATURAS

Art. – artigo

Ag – agravo de instrumento

AgRg – agravo regimental

AREsp – agravo em recurso especial

CF – Constituição Federal – referindo-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPC – Código de Processo Civil – referindo-se à legislação do Brasil

CPCCN - Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

CPP – Código de Processo Penal – referindo-se à legislação do Brasil

DJe – Diário da justiça eletrônico/ diário judiciário eletrônico

EREsp – embargos de divergência em recurso especial

JECC – Juizados especiais cíveis e criminais

JEF – Juizado especial federal

JEFP – Juizado especial da fazenda pública

NCPC – Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal - Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça - Brasil

ZPO – Zivilprozessordnung - Código de Processo Civil alemão

## NOTA

O presente trabalho foi redigido em atenção ao disposto no novo acordo ortográfico da língua portuguesa, celebrado entre os membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), quais sejam, Brasil, Portugal, Angola, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Guiné-Bissau e Timor Leste.

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO I - OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS NO CENÁRIO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>20</b>
1.1. Métodos de solução de conflitos.....	20
1.2. Sistemas ou modelos de direito processual.....	22
1.2.1. Sistema dispositivo, adversarial ou acusatório.....	23
1.2.2. Sistema inquisitório ou inquisitivo.....	27
1.2.3. Sistema misto ou cooperativo.....	33
<b>CAPÍTULO II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS QUE OFERECEM FUNDAMENTOS AO ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>43</b>
2.1. Princípio do devido processo legal.....	47
2.2. Princípio do contraditório.....	52
2.3. Princípio da igualdade ou isonomia.....	69
2.4 Princípios da boa-fé e lealdade processual.....	77
2.5. Princípio da cooperação.....	83
<b>CAPÍTULO III – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....</b>	<b>100</b>
3.1. Desenvolvimento dos poderes instrutórios do juiz no Brasil.....	101
3.2. Poderes instrutórios do juiz no direito comparado.....	104
3.3. Poderes instrutórios do juiz e democracia.....	109
3.4. Contraposições aos poderes instrutórios do juiz.....	112
3.5. Poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade - superação da antinomia por meio da atuação complementar e supletiva.....	115

3.6. A questão da preclusão e os limites aos poderes instrutórios do juiz.....	123
--	-----

**CAPÍTULO IV - ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO..... 131**

4.1. Os paradigmas do Direito.....	131
4.2. Ativismo judicial <i>versus</i> decisionismo.....	134
4.3. Aspectos históricos do ativismo judicial.....	139
4.4. Legitimação democrática do Poder Judiciário e as críticas ao ativismo judicial.....	142
4.5. Ativismo judicial e separação dos poderes.....	148
4.6. Teoria do garantismo processual.....	153
4.7. Contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual.....	159
4.8. O sistema processual cooperativo como uma solução à contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual.....	168
4.9- A necessidade de aplicação do ativismo judicial para garantia dos direitos fundamentais.....	171
4.10. Aplicação do ativismo judicial no âmbito da relação processual e sua evolução histórica no direito comparado.....	174
4.11. Ativismo judicial em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova.....	187

**CAPÍTULO V - TEORIA GERAL DA PROVA..... 191**

5.1. Natureza constitucional do direito à prova e suas definições.....	191
5.2. Função e objeto da prova.....	206
5.3. Fases da atividade probatória.....	216
5.4. Sistemas de valoração das provas.....	221
5.4.1. Sistema da íntima convicção.....	222
5.4.2. Sistema da prova legal.....	224

5.4.3. Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	228
5.4.4. Sistema misto.....	233
5.5. A valoração racional da prova.....	235
5.6. Ônus da prova ou carga probatória.....	242
5.6.1. Teorias da distribuição do ônus da prova.....	253
5.6.2. Ônus da prova objetivo e subjetivo.....	262
5.7. O ônus da prova em Portugal.....	273
5.8. O ônus da prova no Brasil.....	276

**CAPÍTULO VI – TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA OU DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS..... 283**

6.1. Definição da teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	287
6.2. Os princípios processuais como fundamentos da dinamização do ônus da prova.....	290
6.3. O instituto processual da <i>discovery</i> e sua aplicação analógica como fundamento para a dinamização do ônus da prova.....	296
6.4. Aspectos históricos da dinamização do ônus da prova em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	301
6.4.1. Na Argentina.....	302
6.4.2. Na Espanha.....	304
6.4.3. No Uruguai.....	306
6.4.4. Em Portugal.....	307
6.4.5. Na Inglaterra.....	314
6.5. A teoria das cargas probatórias dinâmicas no Brasil.....	317
6.6. Requisitos e hipóteses da dinamização do ônus da prova.....	328
6.7. A questão da melhor condição probatória.....	332
6.8. Limites à dinamização do ônus probatório.....	334
6.9. Alguns aspectos processuais da teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	346
6.10. Aplicabilidade da dinamização do ônus da prova.....	360
6.11. Dinamização <i>versus</i> inversão do ônus da prova.....	368
6.12. Dinamização do ônus da prova no processo penal.....	378

6.13. Algumas considerações importantes relacionadas ao ativismo judicial na dinamização do ônus da prova.....	383
---	-----

<b>CAPÍTULO VII – O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA CONTRAPOSIÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>395</b>
---	------------

<b>CAPÍTULO VIII – SUGESTÕES JURÍDICAS PARA A SUPERAÇÃO DA SUPOSTA CONTRADIÇÃO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE..</b>	<b>410</b>
--	------------

8.1. O fenômeno da constitucionalização do processo e os escopos da jurisdição.	410
---	-----

8.2. As relações entre a verdade e a prova sob a ótica do convencimento judicial.	414
---	-----

8.3. A verdade substancial e a verdade formal.....	421
--	-----

8.4. O dever de colaboração das partes e do juiz para a elucidação da verdade...	428
--	-----

8.5. Poderes instrutórios do juiz e ônus da prova.....	433
--	-----

8.6. Superação da antinomia entre princípios - razoabilidade/proporcionalidade, ponderação de valores e interpretações sistemática, teleológica e criativa do direito.....	437
--	-----

8.7. A hermenêutica como solução à contraposição entre o ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e a imparcialidade do julgador – adoção do modelo processual cooperativo.....	444
--	-----

<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>467</b>
------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>486</b>
--------------------------	------------

## INTRODUÇÃO

A exemplo do que ocorre na grande maioria dos países ocidentais, o direito brasileiro passou e ainda passa, no momento atual, pelo fenômeno da constitucionalização, aspecto advindo do chamado neoconstitucionalismo, surgido em meados do século XX.

Nesse diapasão, a consagração dos princípios como normas jurídicas e o reconhecimento da necessidade de um novo modelo de processo impôs a adequação do direito processual aos direitos fundamentais. Enquanto inserido no fenômeno da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, o processo civil passa, portanto, por uma importante reconstrução.

Na esteira do desenvolvimento no direito comparado, o ativismo judicial surge no Brasil, também no âmbito processual, com o principal objetivo de persecução de um justo processo, apresentando-se como fenômeno necessário à adequação de determinados preceitos processuais às normas constitucionais.

Ainda dentro dessa persecução, contemporaneamente, analisa-se a construção de um modelo cooperativo de processo, que, enquanto relacionado com variados princípios, impõe que diversos institutos clássicos do processo civil sejam revisitados, dentre eles, o próprio *onus probandi*.

Diante de tal realidade, a distribuição do ônus da prova, determinada de forma genérica e apriorística, demonstrou sua incapacidade em garantir aos jurisdicionados a solução mais equânime a todas as demandas judiciais. Com a concretização do direito constitucional do acesso efetivo à justiça - que tem fundamento no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – surge a necessidade de releitura desse instituto processual, a partir de uma visão constitucionalizada do processo.

Na relação jurídico-processual, muitas questões discutíveis e relevantes referem-se à fase probatória, a qual se realiza sob a ótica da divisão do ônus da prova aplicável ao caso concreto. Com fundamento no ônus probatório, cada parte litigante ou interessada tem conhecimento do que lhe cabe provar para subsidiar a possibilidade de uma decisão favorável ao pleito por si formulado, como também das consequências processuais advindas da não realização dessas provas. Não obstante essa divisão, tem também aplicação na relação processual os poderes

instrutórios do julgador, por meio dos quais, em certas situações, pode o magistrado determinar, de ofício, a realização de determinadas provas, que se mostrem necessárias a uma adequada apreciação judicial da questão e que não foram realizadas ou nem mesmo requeridas pelas partes. Nesse ínterim, surge a figura do julgador ativista, o qual, por meio de manifestação cooperativa, participa de forma “ativa” na determinação de realização de uma prova, que se mostre pertinente e necessária à devida instrução do feito.

Em tempos modernos, a célebre divisão dos Poderes constituídos do Estado encontra-se presente em grande parte dos países, especialmente naqueles que adotam o regime democrático. O princípio da separação dos poderes, hoje baseado especialmente na independência orgânica e harmônica, já se encontrava sugerido por Aristóteles, John Locke e Rousseau, sendo depois definido e divulgado por Montesquieu.

Não obstante, contemporaneamente, o ativismo judicial tem surgido como uma nova figura a permear o cenário de ordenamentos jurídicos diversos. Se por um lado pretende-se definir o ativismo judicial como efetivas manifestações do Poder Judiciário, por meio de suas decisões, em áreas antes afetas somente aos demais poderes (v.g. em políticas que envolvem saúde, educação e outros direitos fundamentais), por outro, verifica-se seu viés na seara processual, baseado na cooperação (antes visto apenas como manifestação do inquisitório), especialmente no que concerne à participação ativa do julgador no desenvolvimento da instrução probatória em sede de uma relação processual.

Nessa seara, o ativismo judicial se contrapõe ao garantismo processual, expressão usada para defender as garantias processuais das partes na relação processual frente ao Estado-juiz, baseadas em valores constitucionais e até democráticos, especialmente no que se refere à produção probatória. Entretanto, tona-se necessário demonstrar que, de outra senda, é cediço que muitos dos ordenamentos jurídicos modernos garantem ao julgador uma posição ativista na relação processual, inclusive no que diz respeito aos poderes instrutórios, no objetivo primordial de fomentar sua participação efetiva na produção probatória, com intuito basilar de avalizar o desenvolvimento de um justo processo, que leve em consideração a hipossuficiência de uma parte, em determinadas situações, bem como o princípio da igualdade em seu viés substancial.



A intensa polêmica inicial sobre a legitimidade democrática de se atribuir ao magistrado o poder de determinar a produção de provas *ex officio* enfatiza-se ainda mais quando da aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, ou das cargas probatórias dinâmicas, cuja sistematização dogmática primeva deu-se no ordenamento jurídico argentino, sob o escólio de Jorge Walter Peyrano, em que pese algumas manifestações que apontam seu surgimento em momentos anteriores. Consoante referida sistematização, “as cargas probatórias dinâmicas” consubstanciam-se em um instrumento processual destinado a dinamizar a regra processual, tradicional e genérica, da distribuição do ônus da prova, como uma pauta de valoração a ser realizada pelo julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução, atribuindo em favor da parte que tinha as melhores condições técnicas, profissionais, fáticas ou econômicas o encargo de suportar a ausência da prova ou sua insuficiência.

Por conseguinte, depreende-se que, quando da aplicação da dinamização do ônus da prova pelo julgador, no intuito de flexibilizar e redistribuir o ônus probatório, influndo em sua valorização, encontra-se nitidamente presente um ativismo judicial realizado na seara processual. Frise-se que o objetivo dessa aplicação mostra-se não como uma manifestação de subjetivismo exacerbado ou mesmo arbitrariedade do julgador, como pretendem alguns, mas, sim, como uma efetiva atuação, baseada em princípios e normas aplicáveis em situações especiais e peculiares, nas quais pretende-se garantir uma distribuição do ônus probatório que se demonstre mais justa, fomentando a aplicação do princípio da igualdade substancial também na relação processual.

Não obstante, apesar da justificativa para realização desse ativismo na dinamização do ônus probatório, não se pode perder de vista que o julgador, desde o início, tem seu poder jurisdicional abalizado no princípio da imparcialidade, o qual visa, sobretudo, obviar que particularidades em um caso determinado afetem a isenção e objetividade do magistrado na condução da relação processual e, conseqüentemente, na decisão da causa posta em juízo.

De outra senda, em que pese a tradicional divisão entre os sistemas processuais dispositivos e inquisitórios no processo civil, não se pode negar que, contemporaneamente, tem se desenvolvido a defesa de um sistema processual cooperativo, o qual é tido como um instrumento em que todas as partes têm o

interesse e a obrigação de cooperar para o bom desenrolar do feito, com a celeridade e justiça na decisão. Tal sistema, baseado nos deveres de esclarecimento, consulta e proteção/prevenção, encontra ressonância com o devido processo legal, a boa-fé e o contraditório, enfatizando a ideia de fazer não só das partes, mas também do juiz, um colaborador do processo, para a efetivação de uma decisão mais justa e efetiva. Frise-se que, a nosso sentir, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema cooperativo já encontra sustentáculo legal no novo Código de Processo Civil – Lei nº. 13.105, de 2015.

Diante dessa situação, mostra-se premente a necessidade de se avaliar e estabelecer um limite ao ativismo judicial afeto à dinamização do ônus da prova, no intuito de garantir efetividade ao princípio da imparcialidade na produção e valoração das provas quando da formação do convencimento do julgador, mas sem retirar do magistrado a possibilidade de aplicar seus poderes instrutórios, inclusive na flexibilização do ônus da prova, como forma a enfatizar a aplicação do sistema processual cooperativo.

Para tanto, torna-se imperativo analisar o ativismo judicial e a teoria das cargas probatórias dinâmicas em sua contraposição com o princípio da imparcialidade, com fins a possibilitar a proposição de um limite. Afinal, o mencionado ativismo não se revela como uma “tirania do Poder Judiciário” ou como uma mera violação ao garantismo processual, necessitando tão somente de uma baliza para que sua correta aplicação possa fomentar o desenvolvimento de uma relação processual fundada no devido processo legal e no sistema cooperativo, que objetive atingir um justo processo e que seja também manifestação real de um processo constitucional e democrático.

A imprescindibilidade da matéria atinente à dinamização do ônus da prova mostra-se notável. Se a temática já vinha sendo alvo de estudos sob o prisma do revogado Código de Processo Civil de 1973, ganha outra importância, bem mais efetiva, no vigente Código de Processo Civil de 2015, com a expressa introdução da possibilidade de sua aplicação pelo Poder Judiciário, a teor do disposto no artigo 373, §1º, do mencionado diploma legislativo. Afastando a inflexibilidade da distribuição prévia e estática, predominante no estatuto processual anterior, o instituto da dinamização apresenta-se como uma grande modificação,

consubstanciando uma técnica para a tutela de direitos e efetivação de um justo processo.

Desse contexto, infere-se, inequivocamente, a importância da matéria a ser tratada, que exige sistematização e discussão para que venha a ser bem aproveitada, rechaçando sua utilização indevida e equívocos práticos que possam acabar por ofender a própria finalidade da teoria em questão.

Com efeito, objetiva-se construir a presente pesquisa a partir de ampla investigação doutrinária sobre a matéria, os temas que lhe servem de alicerce, bem como aqueles correlatos, os quais serão dispostos e comentados ao longo do desenvolvimento, no intuito de engendrar uma discussão ampla, profunda e efetiva, que possa contribuir para a formulação de soluções, abstratas e concretas, que envolvam o perfil ativo do magistrado na efetivação da dinamização do ônus da prova, contribuindo para o fomento de um sistema processual cooperativo, mas sem, jamais, atingir a necessária imparcialidade na seleta função de julgar.

# CAPÍTULO I - OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS NO CENÁRIO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

## 1.1. Métodos de solução de conflitos

No âmbito do Direito, podemos entender o interesse como a disposição de satisfazer uma necessidade. Já a pretensão pode ser compreendida como a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio. Unificando os conteúdos dessas definições, verificamos que o conflito de interesses ocorre quando houver incompatibilidade entre os interesses postos em relação. Ao conflito de interesses, qualificado pela resistência à pretensão, Carnelutti denominou *lide*<sup>1</sup>. Entretanto, a só existência do direito material como instrumento de controle social não se mostra suficiente para prevenir ou mesmo remediar os conflitos sociais. Dessa forma, o conflito de interesses, não solucionado voluntariamente pelas partes da relação jurídica material, pode ser eliminado de maneiras distintas.

Nesse ínterim, objetivando a pacificação social, surgiram os métodos de solução de conflitos<sup>2</sup>, que podem ser, genericamente, identificados como autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela remonta aos primórdios da civilização e caracteriza-se, essencialmente, pelo uso da força bruta para a satisfação de interesses. Seus dois principais traços característicos são a ausência de um terceiro imparcial e a imposição de decisão por uma das partes à outra<sup>3</sup>.

A autocomposição incide quando uma das partes integrantes do conflito abdica de seu interesse em favor da outra, ou quando ambas renunciam à parcela de suas pretensões para solucionar pacificamente suas desavenças. Três são suas formas básicas: desistência (renúncia à pretensão), submissão (renúncia à

---

<sup>1</sup> *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 56.

<sup>2</sup> CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, *Curso de direito processual do trabalho*. 4.ed.; São Paulo: LTr, 2006, pp. 96-99. Também sobre o assunto vide FERNANDO CAPEZ, *Curso de processo penal*. 10.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 5-7.

<sup>3</sup> FERNANDO CAPEZ, *Ob.cit.*, pp.5-7.

resistência oferecida à pretensão) e transação (concessões recíprocas)<sup>4</sup>. Autocomposição pode também ser entendida como uma forma direta de solução de conflitos consistente em uma técnica na qual os litigantes, mediante um ajuste de vontades e sem emprego de força, fazem-se concessões recíprocas. Assim, um dos litigantes ou ambos consentem no sacrifício do próprio interesse, daí sua classificação em unilateral e bilateral – renúncia e transação, respectivamente<sup>5</sup>.

A heterocomposição, por sua vez, consiste na solução do conflito por um terceiro, que decide com força obrigatória sobre os litigantes, os quais são submetidos à decisão. Não é forma direta, pois a decisão é suprapartes<sup>6</sup>, sendo a arbitragem<sup>7</sup> e a jurisdição seus melhores exemplos. Por conseguinte, em muitos casos, os direitos atribuídos às pessoas pelo ordenamento jurídico somente podem ser exercitados por meio da intervenção de um terceiro imparcial, que em sendo o Estado, resulta na atividade jurisdicional, materializada através do processo<sup>8</sup>.

No âmbito histórico, de acordo com os ensinamentos lecionados por Fernando Capez<sup>9</sup>, afirma-se que a intervenção de um terceiro na solução do conflito surgiu primeiramente com a eleição, pelos próprios conflitantes, de um árbitro imparcial. Essa escolha recaía em geral, sobre sacerdotes, que decidiam de acordo com a vontade dos deuses, ou sobre anciãos, que julgavam de acordo com as tradições e costumes locais. Posteriormente, já com a presença do Estado, surgiu a figura do pretor que agia mediante um compromisso de aceitação assumido pelas partes, eis que a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado nos negócios do cidadão, contra sua vontade. Paulatinamente, o Estado foi-se fortalecendo e conseguiu impor-se aos particulares. E, na sequência, superada a fase individualista para a solução de conflitos, a justiça passou a ser distribuída pelo Poder Público. O Estado impõe-

---

<sup>4</sup> Sobre o tema, vide ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA/ ADA PELLEGRINI GRINOVER/ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*. 13.ed.; São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 20-25.

<sup>5</sup> CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, *Ob.cit.*, p.97.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>7</sup> Registre-se que no Brasil a arbitragem é regulamentada pela Lei nº. 9.307, de 1996, estando sua aplicabilidade limitada à resolução de conflitos em que estejam envolvidos direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>8</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 16.

<sup>9</sup> *Ob. cit.*, pp. 6-7.

se, agora, prescindindo da voluntária submissão do cidadão, fixando autoritariamente a sua solução para o conflito de interesses. Surgem juízes estatais, cuja função é examinar as pretensões e resolver os conflitos. Os juízes atuam em substituição às partes, que já não podem fazer justiça com as próprias mãos. A essa atividade estatal convencionou-se chamar-se de jurisdição.

Jurisdição é, assim, uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui, na pessoa de um magistrado, aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, aplicar o direito ao caso concreto, a fim de fornecer uma solução pacífica ao litígio, reafirmando a autoridade da ordem jurídica e a verticalidade da relação Estado-particular. Giuseppe Chiovenda<sup>10</sup> define jurisdição como sendo aquela que consiste na atuação da vontade concreta da lei, mediante substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, seja afirmando a existência dessa vontade, seja tornando-a efetiva na prática.

Esses conflitos de interesses são solucionados pelo Poder Judiciário com fundamento em ordens abstratas – leis, costumes ou simples normas gerais – que devem ser aplicadas. Consoante a lição de Remédio Marques<sup>11</sup>, o direito é um meio de ordenação racional e vinculativa das comunidades humanas, cujo cumprimento da função ordenadora implica, por um lado, o estabelecimento de regras de ordenação e, por outro, as formas e procedimentos aplicados por certas instituições, a exemplo dos tribunais, no que consiste o “monopólio estadual da função jurisdicional”, ou seja, da função de “dizer o direito”, de forma imparcial aos casos concretos, por intermédio da relação processual.

## **1.2. Sistemas ou modelos de direito processual**

No âmbito da jurisdição, de acordo com as lições doutrinárias, existem diversos modelos de direito processual<sup>12</sup> os quais podem ser considerados em concordância com o princípio do devido processo legal eis que esse princípio, por tratar-se de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará a depender do

---

<sup>10</sup> *Instituições de direito processual civil*. v.1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 56.

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 16.

<sup>12</sup> Sobre o tema, vide FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 207-217.

espaço e do tempo em que seja aplicado. Portanto, a conformidade do sistema vai depender do que se entenda por devido processo legal.

A organização do processo carece de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles desempenha um papel, mais ou menos relevante, na formação, no desenvolvimento e na resolução do processo. Habitualmente, a doutrina identifica dois modelos de estruturação do processo na cultura ocidental, influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo (adversarial ou acusatório) e o modelo inquisitivo (ou inquisitório). Impende ressaltar, entretanto, que distintos doutrinadores contemporâneos identificam também um terceiro modelo: o misto, ou cooperativo<sup>13</sup>.

Não obstante a existência de muitas discussões em torno da caracterização de tais modelos, e das críticas à terminologia utilizada, a dicotomia tradicional ainda continua sendo bastante empregada<sup>14</sup>. Nesse diapasão, vejamos em que consiste cada um dos três mencionados sistemas processuais.

### **1.2.1. Sistema dispositivo, adversarial ou acusatório.**

A doutrina majoritária, a exemplo de Adolfo Alvarado Velloso<sup>15</sup>, defende que um processo se desenvolve no sistema dispositivo quando as partes são donas absolutas do impulso processual (decidem quando ativar ou paralisar a marcha do processo), são as que fixam os termos exatos do litígio (afirmando, reconhecendo ou negando os fatos apresentados à apreciação e julgamento), carregam aos autos o material necessário a confirmar suas alegações e podem por fim ao pleito no momento e pelos meios que desejarem. Sugere uma filosofia liberal que tem o sujeito como centro e destinatário do sistema. A natural consequência é que o juiz desse sistema carece de poder impulsionador, tendo de

---

<sup>13</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, Ob. cit., p. 207. Tratando dos sistemas no processo penal, em especial, o acusatório, o inquisitivo e o misto, vide GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Manual de processo penal e execução penal*. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 103-105.

<sup>14</sup> Sobre problemas envolvendo a dicotomia entre o modelo adversarial e o modelo inquisitorial, vide MIRJAN R. DAMASKA, *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 3 e ss.; e OSCAR G. CHASE, *A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado*. Revista de processo. n.110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

<sup>15</sup> *O garantismo processual*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 20.

admitir como certos os fatos aceitos pelas partes, bem como conformar-se com os meios de prova por elas produzidos. Com isso, deve decidir de acordo com o ordenamento legal, ajustando-se estritamente à matéria controvertida em razão daquilo que foi afirmado e negado nas respectivas etapas processuais.

Consoante a lição de Fredie Didier Júnior<sup>16</sup>, o modelo dispositivo (também conhecido por liberal, acusatório ou adversarial) é aquele em que as partes são os protagonistas processuais. O processo é visto como um duelo entre autor e réu, que litigam sobre determinado objeto. As partes são vistas como adversários. O juiz cumpre apenas o papel de mero fiscal da disputa, o qual observa a atuação de um e de outro, proferindo a sentença. Não cabe ao juiz, assim, agir de ofício, eis que sua atuação deve ser sempre provocada. Esse sistema desonera o juiz e contribui para a celeridade processual, mas acarreta a aplicação de uma decisão de acordo com a atuação das partes e não com aquela que seja necessariamente justa.

No âmbito histórico, em um passado remoto, tal sistema não se aplicou tão somente ao litígio puramente civil. Existem notícias de seu emprego também em matéria penal nas antigas repúblicas da Grécia e de Roma, especialmente na época dos Comícios. Cabe lembrar, entretanto, que o sistema dispositivo (no âmbito do processo civil), ou acusatório (no âmbito do processo penal), apresenta-se historicamente e até hoje com os seguintes aspectos que o caracterizam<sup>17</sup>: a) o processo só pode ser iniciado pelo particular interessado e nunca pelo próprio julgador; b) o impulso processual só é dado pelas partes e nunca pelo juiz; c) salvo em casos excepcionais, o processo será sempre público, existindo paridade absoluta de direitos e igualdades de instâncias entre o autor (ou acusador) e o demandado (ou réu); d) o julgador é um terceiro à relação controvertida, sendo tido como imparcial e independente, sendo pessoa distinta do acusador; e) não cabe e nem interessa ao juiz a busca empenhada e a todo custo da verdade real, mas, sim, de forma modesta, porém, realística, deve buscar e manter a paz social fixando fatos para adequá-los a uma norma jurídica, tutelando assim, o cumprimento daquilo que é pretendido pela lei.

---

<sup>16</sup> *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v.1. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 84.

<sup>17</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Ob. cit., pp. 20-21.



Em que pesem as características acima referidas, o exato significado da expressão dispositivo apresenta-se como uma dificuldade. Trata-se de termo altamente ambíguo, usado pela doutrina processual com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores recorrem a ele quando se referem, genericamente, à ausência de poderes instrutórios do juiz.

Nos dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>18</sup>, os processualistas tedescos, depois de hesitações e divergências, identificaram a existência de dois fenômenos distintos. O primeiro refere-se à propositura da demanda (*Dispositionsmaxime*); o segundo diz respeito a estrutura interna do processo (*Verhandlungsmaxime*). Com muita frequência, a doutrina trata de ambos os fenômenos como manifestações do dispositivo. Mas o primeiro pode ser entendido também como princípio da inércia.

Para o citado autor<sup>19</sup>, a denominação “princípio do dispositivo” deve expressar apenas as limitações impostas ao julgador, decorrentes da disponibilidade do direito. As demais restrições, no tocante à instauração do processo ou à instrução da causa, não possuem qualquer nexos com a relação material (disponível ou indisponível) e não decorrem, portanto, do dispositivo.

Na esteira desse pensamento, na doutrina portuguesa, José Lebre de Freitas<sup>20</sup> leciona que o princípio do dispositivo (*stricto sensu*) traduz-se na liberdade de decisão sobre a propositura do processo, sobre a conformação do seu objeto e as partes na causa e sobre o fim do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a suspensão. É, grosso modo, redutível à ideia de disponibilidade da tutela jurisdicional, distinguível, por sua vez, em “disponibilidade da instância em si mesma” (disponibilidade do início, do termo e da suspensão do processo) e “disponibilidade da conformação da instância” (disponibilidade do objeto e das partes).

---

<sup>18</sup> *Juiz, processo e justiça*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 121.

<sup>19</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Ob. cit., p. 123.

<sup>20</sup> *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. 2.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 136-137. Ainda tratando do dispositivo e inquisitório, como princípios no processo civil português, vide CLÁUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, *A prova de estados subjetivos no processo civil - presunções judiciais e regras da experiência*. Coimbra: Almedina, 2016, e-book, pp. 5-15.

Retornando à doutrina brasileira, Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>21</sup>, defende que o modelo processual adversarial caracteriza-se por conferir primazia às partes na condução material e formal do processo. Tomando-se por parâmetro o relacionamento *inter partes*, tem-se que este é estabelecido sob as bases de uma igualdade meramente formal ou abstrata, não estando inseridas preocupações com a redução de desigualdades reais que levem a um desequilíbrio entre as partes no processo. Já quando se examina a posição das partes no bojo do procedimento, pode-se constatar o predomínio de sua atuação tanto no que diz respeito à instauração da demanda (ajuizamento e fixação do objeto litigioso) quanto no que se refere à atividade instrutória (definição e produção de provas). Prepondera o princípio dispositivo em seus sentidos material e processual. A posição ocupada pelo juiz é reduzida, uma vez que sua passividade e neutralidade são exigências para garantia de sua imparcialidade. Sendo o objetivo principal a resolução do conflito submetido à apreciação judicial, o magistrado o fará com base no material probatório colacionado ao processo pelas partes, com predomínio da justiça processual (observância do procedimento) em detrimento da justiça substantiva (conteúdo da decisão).

O sistema dispositivo ou adversarial assume, portanto, um modelo de competição ou disputa, desenvolvendo-se como uma disputa entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é de decidir, cabendo às partes a maior parte da atividade processual a ser desenvolvida. Caracteriza-se pela existência de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, sendo que a ambas se sobrepõe um juiz, o qual atua de maneira equidistante e imparcial. Há uma completa separação das funções de acusar, defender e julgar. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o julgador deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o magistrado tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária de atuação das partes.

---

<sup>21</sup> *Reflexões sobre o garantismo processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 429-441.

Embora tenha vigorado durante quase toda a Antiguidade grega e romana, assim como na Idade Média, nos domínios do direito germânico, a partir do século XIII, entrou em declínio, passando a prevalecer o sistema inquisitivo<sup>22</sup>.

### **1.2.2. Sistema inquisitório ou inquisitivo**

A modalidade inquisitorial é contrária à adversarial. Nesse modelo, o protagonista é o juiz, pois cabe a ele outras funções, além daquelas de fiscalizar e decidir. A atuação do magistrado é de pesquisar, participar de todo o processo, como autêntico agente processual.

Historicamente, o método deste sistema foi idealizado pela organização inquisitorial como via de investigação para se chegar ao perfeito conhecimento da verdade real. Como era praticado por uma organização conhecida como “Inquisição”, ligada à Igreja, especialmente na Idade Média, passou à história com o nome de sistema inquisitório (em oposição ao acusatório) ou inquisitivo (em oposição ao dispositivo).

Na lição de Adolfo Alvarado Velloso<sup>23</sup>, originalmente o sistema inquisitório foi um método unilateral, e o segue sendo, no qual o próprio pretendente, agora convertido em acusador de alguém, imputa-lhe a consumação de um delito ou fato. A imputação é feita pelo mesmo agente encarregado de julgá-la. Com efeito, se o acusador era quem afirmava, resultava elementar que seria também encarregado de provar. Assim o fazia para si mesmo, para poder julgar a imputação depois de se convencer da verdade sobre ela própria. Por razões óbvias, esse método não podia se desenvolver publicamente, tendo por características: a) o processo era sempre escrito e tramitava em absoluto segredo; b) o juiz confundia-se na mesma pessoa do acusador e, portanto, era quem dava início ao procedimento, fosse porque assim lhe parecesse necessário (atividade própria de seu ofício) ou porque admitia uma denúncia nominada ou anônima (reflexo de seu ofício de acionar); c) como quem julgava era quem acusava, a fim de não pairar dúvida de consciência, buscava-se a prova para

---

<sup>22</sup> RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17.

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 22.

confirmar suas afirmações, o que deveria ser feito de modo que o resultado coincidissem estritamente com aquilo que a acusação sustentava ter ocorrido no plano da realidade social – surge a busca da verdade real; d) a confissão era tida por rainha das provas, em razão da busca da verdade real, razão pela qual para atingi-la, instrumentalizou-se e regulamentou-se minuciosamente a prática da tortura. O modelo inquisitorial, também visto como não adversarial, organiza-se, por conseguinte, como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo<sup>24</sup>.

Consoante a lição de Renato Brasileiro de Lima<sup>25</sup>, após ser adotado pelo Direito Canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Sua característica principal seria o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de “juiz inquisidor”. Essa concentração de poderes nas mãos do julgador comprometeria, invariavelmente, sua imparcialidade, ante a nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua também como acusador fica psicologicamente ligado ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e imparcialidade próprias do julgamento.

No processo inquisitório, o juiz possui ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, independente de sua proposição pelas partes. A gestão das provas encontra-se concentrada, assim, nas mãos do julgador, que, com fundamento na prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse. O sistema labora com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma ampla e completa reconstrução dos fatos, com fins ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, admitindo, por consequência, uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos utilizados para a descoberta da verdade.

---

<sup>24</sup> J.A. JOLOWICZ, *Adversarial na inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p.177.

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 17.

Para Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>26</sup>, o surgimento do Estado Social, firmado em premissas ideológicas de intervencionismo estatal e de busca da redução de desigualdades sociais, forneceu solo propício à conformação do modelo processual inquisitivo, em que o processo é visto como uma relação jurídica de direito público. A autora defende que código de processo civil austríaco de 1895, obra de Franz Klein, constituiu importante contribuição para o desenvolvimento desse modelo, pautado numa maior atuação judicial. Assevera ainda que tal modelo estrutura-se sobre as bases do ativismo judicial e da verticalização da relação jurídica processual, assumindo o juiz a posição de autêntico órgão de poder, superior às partes. Essa verticalização é sentida, sobretudo, pela ampliação dos poderes do magistrado, especialmente os instrutórios. Realça-se a criatividade judicial, na medida em que o juiz é chamado a concretizar normas de textura aberta (cláusulas gerais), sendo a prova vista como meio de descoberta da verdade, para o alcance de uma decisão judicial justa. Assim, o papel das partes é diminuído se comparado ao modelo adversarial, assumindo elas posição secundária no processo, no qual se relativiza a autonomia dos litigantes e se afasta o dogma da igualdade formal, em busca de um “nivelamento social do processo civil”.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do dispositivo é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo dispositivo reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do conteúdo probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e da motivação das decisões judiciais. Além da separação das funções de acusar, defender e julgar, outro marco peculiar importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova. Já no modelo inquisitivo, há uma espécie de preponderância do juiz sobre os litigantes, tendo ele uma efetiva participação na realização probatória.

Lado outro, defende-se que no modelo adversarial, prevalece o princípio dispositivo, e, no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de fundamento,

---

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 433.

orientação preponderante. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente ligada à atribuição de poderes ao juiz. Sempre que o legislador confere um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, tem-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, revela-se a “dispositividade”. A “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se, portanto, em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recurso, etc<sup>27</sup>.

Nada impede, entretanto, que o legislador encampe o princípio dispositivo em relação a um tema e, em relação ao outro, o princípio inquisitivo. Complicado, portanto, estabelecer um critério identificador rígido, da dispositividade ou da inquisitoriedade que não comporte exceção. Não existe sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo. Os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Portanto, não se mostra possível afirmar que um determinado modelo é totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais recomendável é falar em preponderância em relação a cada um dos temas ou fases do processo (v.g. em matéria de produção de provas).

Mostra-se fundamental visualizar o problema sob dois aspectos<sup>28</sup>: a) propositura da demanda: delimitação do objeto litigioso do processo; b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso, etc. No primeiro, há uma dimensão substancial da dispositividade/inquisitividade; no segundo, uma dimensão processual do tema.

Muitos autores pretendem dar ao princípio dispositivo/inquisitivo uma dimensão substancial, relacionada com a situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo. Na esteira do entendimento de Fredie Didier Júnior<sup>29</sup>, não concordamos com a ideia, pois independente da natureza do direito discutido, persiste, em regra, a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo, sendo ainda irrelevante a

---

<sup>27</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., p. 209.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 210.

natureza do direito no que se refere à iniciativa oficial da produção de provas, quando permitida pelo ordenamento jurídico.

De outra senda, a doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais influenciarão a conformação do processo - método de exercício de poder -, não há relação direta entre o aumento de poderes do juiz e os regimes autocráticos, ou entre o incremento do papel das partes e os regimes democráticos. O processo dispositivo não é sinônimo de processo democrático e nem o processo inquisitivo significa processo autoritário<sup>30</sup>.

Apesar de a disciplina legal do processo sofrer influência das características do regime político sob a qual é editada, evidenciando inexistir correspondência inexorável entre regime político e sistema processual, Barbosa Moreira<sup>31</sup> aponta exemplos de legislações editadas ou elaboradas sob a égide de governos autoritários e que não refletem essa tendência, destacando, no Brasil, as leis da ação popular e da ação civil pública (Leis nº. 4.717, de 1965 e nº. 7.347, de 1985, respectivamente) e o Código de Processo Civil de 1939. Nega ainda o autor que todas as reformas implementadas na ZPO alemã, na época do nazismo, tenham incorporado essa ideologia, sustentando, inclusive, que a ZPO liberal de 1877 permaneceu em vigor, na Alemanha socialista, mesmo após divisão do país, até 1975. O mesmo se diga do Código de Processo Civil Austríaco, que, elaborado sob o regime não democrático, vige até o presente momento. Em sentido contrário, também é possível reconhecer situações em que os poderes de iniciativa judicial foram expandidos em países submetidos a regimes democráticos, o que ocorreu, por exemplo, na França, com o Código de Processo Civil de 1975 e, na Inglaterra, com a *Civil Procedure Rules*, em vigor desde 1999, além do exemplo brasileiro, que, em 1995, editou a Lei nº. 9.099, regulamentadora dos Juizados Especiais, cujo artigo 5º outorga ao juiz amplos poderes de instrução probatória.

---

<sup>30</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., p. 210.

<sup>31</sup> *O neoprivatismo no processo civil*. Leituras complementares de processo civil. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Org.. 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2009, pp. 310-313.

Da diferença entre os modelos decorre o embate sobre ativismo judicial e garantismo processual<sup>32</sup>. A primeira corrente apoia-se na necessidade de um fortalecimento da jurisdição, ou seja, o juiz deve tomar toda e qualquer medida apta a praticar e implementar a justiça. Havendo ausência de produção legislativa e, desde que justificado, poderia o juiz aplicar a solução ao caso concreto. A segunda encontra respaldo no entendimento de que o cidadão precisa ter segurança ante ao abuso do Estado, o que acarreta um fortalecimento das regras que regem o processo. Tal interpretação veio com a crítica a um “imperialismo” exercido há anos pelo magistrado na condução do processo, para que o devido processo legal tenha um maior destaque. Sua justificativa encontra fundamento na obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli<sup>33</sup>, doutrinador que volta seus estudos para as ciências do direito penal. Dentre os principais defensores dessa concepção no processo civil destacam-se Juan Montero Arouca (Espanha), Luis Correa de Mendonça (Portugal) e Franco Cipriani (Itália)<sup>34</sup>.

Impende ainda ressaltar que, ao tratar dos sistemas processuais penais, Renato Brasileiro de Lima<sup>35</sup> ensina que, historicamente, sempre existiram dois sistemas ou modelos processuais, quais sejam, o acusatório e o inquisitório. Relata que houve uma tentativa de fundir os dois sistemas, dando origem a um sistema misto. E também que, nos dias de hoje, não existem sistemas acusatórios ou inquisitório puros, mas, sim, sistemas em que há maior preponderância de um ou de outro método. Defende o citado autor que, inclusive, o processo penal brasileiro apresenta-se predominantemente acusatório, mas ora apresenta características peculiares dos sistemas inquisitoriais, especialmente na fase investigatória do procedimento.

No âmbito do processo civil brasileiro, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>36</sup> defende que o sistema processual na jurisdição contenciosa é um misto de sistema dispositivo e de sistema inquisitivo, com preponderância do primeiro.

---

<sup>32</sup> Também defendido na doutrina peruana por HUGO CAVERO, *El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo e bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno*. Revista Peruana de Derecho Procesal. n.14. Lima: Communitas, 2009, pp.18-20.

<sup>33</sup> *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>34</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Ob. cit., p. 88.

<sup>35</sup> Ob. cit., pp. 15-17.

<sup>36</sup> *Manual de direito processual civil*. 8.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 40.



Apresenta-se, portanto, como um sistema dispositivo “temperado”, com certas regras que indicam o sistema inquisitivo, ao menos no tocante à maior liberdade do juiz em tomar providências não pugnadas pelas partes, não sendo correto imaginar um sistema puramente dispositivo ou inquisitivo. A grande diferença encontra-se na maior carga de inquisitorialidade atribuída ao julgador na formação, condução e decisão do processo.

Diante do exposto, percebe-se que, no sistema inquisitivo puro, o juiz é colocado como a figura central do processo, cabendo-lhe a sua instauração e direção sem a necessidade de qualquer provocação das partes. A liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita. Já no sistema dispositivo puro, o juiz passa a ter uma atuação condicionada à vontade das partes, que definem não só a existência e escopo do processo – cabendo ao interessado a sua propositura e definição dos elementos objetivos e subjetivos -, como também o seu desenvolvimento, que dependerá de sua atuação provocativa. A solução, portanto, seria a convivência dos dois sistemas em um sistema misto que, no caso do processo civil brasileiro, passou a ser adotado, de forma bem clara, consoante a norma disposta no artigo 2º, do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a necessidade de provocação do interessado para que exista o processo (princípio dispositivo), a ser desenvolvido pelo impulso oficial (princípio inquisitivo)<sup>37</sup>.

Não obstante, mais do que um sistema misto, o vigente estatuto processual civil do ordenamento jurídico brasileiro prevê um sistema cooperativo de processo.

### **1.2.3. Sistema misto ou cooperativo**

Comparando os sistemas anteriores, seria possível deduzir, em princípio, que os conhecidos dispositivo e inquisitivo são franca e absolutamente antagônicos e que não se poderia falar, seriamente, em uma convivência entre eles, ainda que resultasse aceitável que poderiam alternar-se no tempo, conforme distintas filosofias políticas imperantes em uma determinada época.

Não obstante, graças à persistente vigência na lei da filosofia inquisitiva do autoritarismo que lhe está à base – e isso por mais de quinhentos anos – hoje

---

<sup>37</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 123.

vários são os códigos mistos, coisa que se pode verificar com facilidade, sobretudo no processo civil. Segundo boa parte dos doutrinadores, todos os códigos da América são tidos como predominantemente dispositivos, mas com leves traços inquisitivos<sup>38</sup>.

Apesar disso, Adolfo Alvarado Velloso<sup>39</sup> afirma que não são exatas essas afirmações da doutrina, pois disposição e inquisição são estruturas que geram sistemas de processamento incompatíveis em sua essência. Segundo ele, por tal razão, não se apresenta factível conceber racionalmente o sistema misto. Para o referido autor, a norma que confere ao juiz a faculdade de certificar-se por si mesmo a respeito de um fato litigioso (determinando a produção de prova de ofício), não teria a aptidão de esvaziar a regulação dispositiva frente ao ônus, prazo, negligência, caducidade, etc., em matéria de oferecimento e produção de provas. E continua lecionando que várias seriam as razões determinantes da atual coexistência de sistemas antagônicos, quais sejam: i) a secular tradição do “Santo Ofício” e a abundante literatura jurídica que fundamentou e justificou a atuação da inquisição espanhola durante mais de quinhentos anos; ii) a fascinação que o sistema provoca em regimes totalitários que, ao normatizar o processo, deixam de lado o homem comum para erigir o próprio Estado como centro e eixo do sistema. Além disso, afirma que toda a doutrina processual publicada no continente americano, desde os anos 50 do século passado, em diante, contribuiu enormemente para tanto, cuja leitura e estudo acabou por formar aqueles que ensinam a disciplina nos mais diversos países, especialmente os latino-americanos.

Não obstante, discordamos de tal assertiva, tendo em vista que a coexistência e aproximação dos sistemas dispositivo e inquisitório acabaram por gerar o surgimento de um sistema misto, o qual, em sua evolução, aperfeiçoou-se para atingir o caráter de cooperativo.

Nesse ínterim, mesmo na doutrina processual penal, existem aqueles que defendem a coexistência dos sistemas inicialmente antagônicos. Renato Brasileiro de Lima<sup>40</sup>, ao discorrer sobre o sistema misto ou francês, leciona que após

---

<sup>38</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO, Ob. cit., p. 23.

<sup>39</sup> Ibid., pp. 23-24.

<sup>40</sup> Ob. cit, p. 17.

disseminar-se por toda a Europa, a partir do século XIII, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que institui o denominado sistema misto<sup>41</sup>. Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808, e que, por isso, também é denominado de sistema francês. É chamado de misto uma vez que o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e por isso sem contraditório. Objetiva a apuração da materialidade e autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o magistrado julga, vigorando, em regra, a publicidade e oralidade.

Essa é uma opção da literatura pátria em manter vivo um modelo “misto”, no qual sobrevive uma estrutura essencialmente inquisitiva, cujo manejo da prova, de ofício, pelo magistrado, é o ponto essencial – mas não o único a corromper o programa constitucional para o processo penal<sup>42</sup>.

No âmbito do processo civil, Fredie Didier Júnior<sup>43</sup> defende a existência de uma terceira modalidade processual denominada cooperativismo, que se baseia no princípio da cooperação processual, hoje legalmente normatizado no Brasil, consoante o disposto no artigo 6º, do Código de Processo Civil de 2015. Nesse caso, o processo é visto como um instrumento em que todas as partes têm o interesse e a obrigação de dar fim, o mais célere possível. Encontra ressonância com o devido processo legal, a boa-fé e o contraditório, fomentando a ideia de trazer o juiz como mais um colaborador do processo para a efetivação de uma decisão justa e efetiva. Assim, para efetivação do modelo cooperativo são elencados três deveres a serem observados pelo magistrado: a) de esclarecimento; b) de consulta; c) de proteção ou de prevenção (incluído o de

---

<sup>41</sup> Analisando a distinção entre os sistemas penais acusatório e inquisitório, FERRAJOLI, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Ob. cit., p. 387, leciona que “A distinção ente sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificadas no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si.”

<sup>42</sup> FAUZI HASSAN CHOUKR. *Modelos processuais penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 187-197.

<sup>43</sup> *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Ob. cit., pp. 154-155.

auxílio). O dever de esclarecimento obriga que as três partes sejam devidamente claras umas com as outras. É dever de todos (autor, réu e juiz) manifestarem-se com clareza. O dever de consulta está ligado à obrigação de o juiz oportunizar às partes se manifestarem sobre qualquer ponto de fato ou de direito que ainda não tenha sido objeto de contraditório. O dever de proteção ou de prevenção assevera que o juiz tem o dever de indicar defeitos processuais e dizer qual a melhor forma de serem resolvidos, além de auxiliar as partes naquilo que for possível para o desenrolar do processo. Nesse dever, todos estão obrigados a colaborar com o processo e, desde que caracterizado o silêncio de qualquer das partes sobre um determinado fato – e isso inclui o juiz – não pode ele ser considerado para semear nulidade e acarretar extinção do feito.

O direito processual civil brasileiro não adota, assim, um ou outro sistema processual tradicional, com exclusividade. O que se observa são efeitos gerados do direito material brasileiro ao direito processual civil moderno. A modernidade tem flexibilizado as regras processuais ante a indisponibilidade dos direitos e a necessidade de concretização dos valores constitucionais.

Não obstante a necessidade de uma interpretação construtiva, e por vezes, política, dada a ausência de normas específicas, o Poder Judiciário passa a ocupar o interessante lugar da centralidade no debate social, no qual suas decisões passam a ser não só discutidas, mas também questionadas acerca do acerto da escolha havida.

Na esteira desse entendimento e considerando-se a necessidade de constitucionalização do processo, Glauco Gumerato Ramos<sup>44</sup> ensina ser legítimo sustentar que os sistemas de enjuizamento mais adequados ao modelo constitucional de processo da atualidade devam ser aqueles organizados de forma a harmonizar os valores fundamentais da jurisdição (poder) e do devido processo legal (garantia). Assim, as questões dogmáticas a esse respeito estão na pauta de discussão do debate ativismo judicial e garantismo processual.

---

<sup>44</sup> *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 269.

De outra senda, Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>45</sup> afirma que o modelo cooperativo é um novo modelo processual cujas principais características são a condução do processo sem protagonismos, a inclusão do juiz como sujeito do contraditório, a previsão de deveres de cooperação para as partes e para o julgador e a adoção, pelo magistrado, de uma postura paritária no diálogo e assimétrica no momento de julgar. E continua esclarecendo que esse modelo objetiva transformar o processo em uma verdadeira *comunidade de trabalho*, imprimindo mudança paradigmática na divisão de tarefas entre partes e juiz, em relação a modelos anteriores. Nesse ambiente de interação e colaboração, que permite às partes influir no resultado do exercício do poder jurisdicional, erige o princípio da cooperação à condição de veículo efetivador da cidadania no processo. Além disso, a participação dos sujeitos processuais, fruto do diálogo judicial, contribui para conferir legitimação democrática ao exercício da função jurisdicional e ao ato criativo do direito consagrado na decisão judicial. Para a autora, tal visão processual, extraída do modelo cooperativo, resulta de uma nova concepção de processo, o neoprocessualismo, que se lastreia no reconhecimento da força normativa da constituição e na constitucionalização dos direitos e garantias processuais.

Conforme ressaltado, no novel e vigente Código de Processo Civil brasileiro de 2015, o sistema cooperativo encontra disciplina legal. Analisando o artigo 6º, do referido diploma processual, Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>46</sup> ensinam que o modelo do nosso processo justo é hoje o modelo cooperativo. Ressaltam que a adequada construção do modelo cooperativo de processo, e do princípio da cooperação que é a ele inerente, servem como linhas essenciais para organização de um processo civil que incorpore de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado constitucional. Assim, o emprego da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, por conseguinte, a necessidade de entendê-la como eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão de trabalho entre o magistrado e as partes no processo civil, sendo basicamente dois os enfoques com que a colaboração pode ser observada

---

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 433.

<sup>46</sup> *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 100-102.

no direito processual civil: como modelo e como princípio. A ligação entre o modelo cooperativo e o princípio cooperativo é, portanto, inequívoca. Os deveres inerentes à colaboração no processo correspondem aos pressupostos que amparam o modelo cooperativo. Os deveres de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos do modelo cooperativo de processo, na medida em que derivam do caráter problemático-argumentativo do Direito e da necessidade de proteção contra a surpresa. Os deveres de prevenção e de auxílio decorrem diretamente do pressuposto social do modelo, haja vista evidenciarem o fato de o sistema processual civil ser orientado para a tutela dos direitos, tendo o julgador o dever de realizá-los a partir da relativização do binômio direito e processo e do compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual.

Com base nos referidos ensinamentos, tem-se que, como modelo, a colaboração visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft* – na clássica expressão da doutrina austro-germânica), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes. Resulta da superação histórica e cultural dos modelos de processo isonômico e de processo assimétrico. Lado outro a colaboração no processo é também um princípio jurídico, que impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim está em servir de elemento para organização de um processo idôneo que possibilite alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva.

Ao tratar do sistema cooperativo como novo modelo processual, também o processualista Leonardo Carneiro da Cunha<sup>47</sup>, a partir da análise do artigo 6º, em lição proficiente, afirma que “A decisão de mérito a ser proferida no processo deve ser fruto de uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, justamente porque, nos termos do artigo 6º do novo Código de Processo Civil, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O processo deve ser cooperativo ou participativo. Várias regras processuais são condições de aplicação do

---

<sup>47</sup> *Opinião 49 – princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <http://leonardocarneirodacunha.com.br>.

princípio da cooperação, dentre as quais as que exigem o cumprimento de deveres pela parte e, igualmente, pelo magistrado.

A colaboração no processo<sup>48</sup> não implica, assim, mera colaboração entre as partes. É devida a colaboração do juiz para com as partes. E o máximo que se pode esperar é a colaboração das partes para com o juiz, em um processo civil de um Estado Constitucional.

A ligação entre o sistema cooperativo e a constitucionalização do processo mostra-se estrita. Afinal, o direito brasileiro, assim como ocorre na grande maioria dos países ocidentais, passou e ainda passa pelo fenômeno da constitucionalização, que é um aspecto do chamado neoconstitucionalismo<sup>49</sup>.

Como bem aponta Luis Roberto Barroso<sup>50</sup>, Brasil, Espanha e Portugal, países de democratização tardia, passaram por tal fenômeno apenas recentemente, enquanto países como Itália e Alemanha já sobrevieram por essa fase desde o período pós-segunda guerra mundial.

Menciona a doutrina<sup>51</sup> que esse novo marco teórico tem por alicerce três conjuntos principais de mudanças de paradigmas. O primeiro seria o reconhecimento da força normativa da constituição<sup>52</sup>, que passa a poder ser aplicada diretamente ao caso concreto, levando ao aumento da utilização do direito constitucional no dia a dia dos profissionais jurídicos; o segundo, a expansão da jurisdição constitucional, com a ampliação do rol de legitimados no controle abstrato de constitucionalidade e a previsão de outras ações abstratas de controle; o terceiro, a vivificação da hermenêutica, que surge a partir da virada linguística, bem como as importantíssimas mudanças na teoria do direito, especialmente a aceitação dos princípios como norma, ao lado das regras, acarretando a utilização de um método próprio, qual seja, a ponderação *in concreto* como técnica de decisão.

---

<sup>48</sup> Fazendo distinção entre cooperação material e formal, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Ob. cit., pp. 163-168.

<sup>49</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, *Ônus da prova e sua dinamização*. Coleção Eduardo Espínola. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 25.

<sup>50</sup> *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

<sup>51</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 26.

<sup>52</sup> Há muito tempo já defendida por KONRAD HESSE, *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Por conseguinte, torna-se imperativa a construção de um novo modelo de processo capaz de absorver a concepção de um direito que seja ao mesmo tempo problemático e orientado à busca de soluções condizentes com direitos fundamentais.

Até o momento era trivial falar-se nos dois modelos tradicionais: o adversarial e o inquisitorial. Dizia-se que o primeiro predomina no *common law* e o segundo no *civil law*<sup>53</sup>. No entanto, perceba-se que em nenhum dos modelos tem-se a valorização do diálogo, havendo sempre a prevalência da condução do processo por um dos seus sujeitos, seja o magistrado, sejam as partes, como se não fosse possível a atuação conjunta e cooperativa dos sujeitos do processo.

É pela insuficiência desses modelos, bem como por consequência da constitucionalização do processo que, a partir dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, a doutrina concretiza um novo princípio da ordem constitucional: o princípio da cooperação, que serve como propulsor a um novo modelo de processo. Realmente há uma valorização do diálogo, fazendo com que o magistrado deixe de ter uma posição passiva na atividade dialética do processo para passar a ser um sujeito atuante no desenvolvimento da relação processual, auxiliando na busca da melhor solução para o caso concreto. O juiz passa a ser, também, sujeito do contraditório, o que não o torna sujeito parcial, mas tão somente lhe impõe um dever de diálogo constante com as partes, que influencia no momento da decisão.

A condução cooperativa do processo, realizada de modo simétrico, valoriza o diálogo, por impedir o protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais. Essa é uma das principais características do modelo cooperativo do processo. Comparando-o com os modelos adversarial e inquisitorial, tem-se que, enquanto, no primeiro, a condução do processo é determinada preponderantemente pelas partes, no segundo, o magistrado é quem detém a direção, a partir de uma posição assimétrica. Em ambos há certa barreira de comunicação entre os sujeitos do processo. O modelo cooperativo, portanto, consubstancia um terceiro tipo, que se insere entre os dois modelos clássicos, ponderando-os<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 28.

<sup>54</sup> Ibid., p. 31.



Não se pode pensar na cooperação como capaz de gerar um companheirismo entre as partes, sob pena de torná-la uma mera utopia, que escapa ao universo jurídico e a faz frágil às críticas doutrinárias. O seu objetivo é tão somente melhor redistribuir os poderes e deveres dos sujeitos processuais, impedindo que o processo tenha como protagonistas apenas as partes ou apenas o juiz.

A construção de um modelo cooperativo atende, portanto, aos anseios tanto dos países do *civil law*, como os países do *common law*, que passam a construir um processo mais equilibrado. Parece-nos que a tendência nas duas tradições de se construir um novo modelo de processo, mais semelhante, acompanha a própria aproximação entre os direitos, em que os países do *civil law* passam a valorizar os precedentes judiciais e os sistemas do *common law* já contam com um grande corpo de direito escrito (*enacted law*).

É preciso novamente destacar que a cooperação não tem por função apenas servir como um novo modelo de direito processual. Afinal, esta tem também uma função efetivamente normativa, atuando como princípio, mediante a construção e reconstrução de regras aptas a resolver diversas questões que podem surgir nos casos concretos e, além disso, servindo como norte interpretativo.

Entretanto, tal sistema processual traz desafios e perspectivas que foram bem identificados por Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto<sup>55</sup>, os quais lecionam que o modelo cooperativo traz consigo uma série de novos desdobramentos, tais como: a) a valorização do diálogo tanto pelo magistrado, como pelas partes; b) a valorização da boa-fé no processo, impondo às partes, por exemplo, a colaboração na busca da visão o mais real possível dos fatos; c) o surgimento de diversos poderes-deveres do magistrado, que lhe impõe uma conduta mais ativa; d) a revalorização da fundamentação das decisões, que passa a ser o momento de demonstração do diálogo realizado entre os sujeitos processuais.

Todos esses novos desdobramentos impõem uma reanálise das condutas tradicionais das partes e do magistrado, bem como dos próprios institutos jurídico-processuais, tais como, recursos, revelia, nulidades e, especialmente, o ônus da

---

<sup>55</sup> Ob. cit., pp. 40-41.

prova, que passa, necessariamente, por uma mudança de sua interpretação e nas suas possibilidades de aplicação.

É imprescindível que a adoção de um novo modelo de processo venha acompanhada, também, pela mudança cultural dos sujeitos da relação processual, que devem se conscientizar da importância da atuação conforme a boa-fé objetiva. Não que se objetive construir um processo no qual todos busquem o mesmo interesse. O embate de posições é pressuposto para utilização do processo judicial, mas a atuação de má-fé não. É isso que busca o processo cooperativo: uma disputa leal entre interesses opostos, com uma postura dialética do magistrado, que tenta alcançar a decisão mais acertada para o caso concreto mediante o diálogo entre as partes. É, portanto, um processo, que tem como protagonistas não as partes ou o magistrado, mas todos os sujeitos da relação processual e o diálogo realizado entre eles.

A partir da adoção do processo cooperativo é importante que diversos institutos clássicos ganhem uma nova visão do operador do direito. Consequentemente, não fica de fora desse novo prisma a temática do ônus da prova, rigidamente fixado pelo Código de Processo Civil de 1973, mas que já conta com diversas modalidades de dinamização na jurisprudência pátria e que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, passa a ser consagrada pelo legislador.

## CAPÍTULO II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS QUE OFERECEM FUNDAMENTOS AO ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Todo e qualquer Estado que se intitule e pretenda ser tido como um Estado Democrático de Direito deve ter como base pilares suficientemente fortes para tornar possível a edificação de uma sociedade sempre livre, justa e solidária<sup>56</sup>. Estes são, inclusive, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme a norma disposta no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República prevê a existência dessas bases no ordenamento jurídico pátrio por meio de seus princípios, dentre os quais aqueles que versam sobre o direito processual. A concretização e o respeito aos princípios constitucionais conduzem a preservação incondicional das bases do Estado Democrático de Direito.

Não é novidade que, nas Constituições modernas, o movimento de positivação dos princípios tornou-se comum<sup>57</sup>, passando a compor matéria legislada, perdendo seu caráter subsidiário ou residual<sup>58</sup>. Com efeito, os princípios são fontes primárias<sup>59</sup> do Direito e do Estado de Direito, efetivamente necessários para que não se engesse a sociedade volátil, que muda a cada instante em decorrência da força derivada de sua evolução e desenvolvimento naturais.

De fato, os princípios são noções fundamentais e informadoras de qualquer sistema jurídico, sendo elementos que proporcionam, efetivamente, racionalidade e lógica ao ordenamento normativo, visto que atribuem sentido de coesão e unidade às normas. Em verdade, os princípios garantem coerência, lógica e ordem ao todo, servindo como instrumentos para a construção de um sistema, bem como de elo para a ligação e coordenação em sua ordem e unidade<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, *Fundamentos e princípios do novo código de processo civil*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 61.

<sup>57</sup> CAPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984, p. 130.

<sup>58</sup> Sobre a função diretiva dos princípios, vide NORBERTO BOBBIO, *Principi generali di diritto*. Novissimo digesto italiano. v.13. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, p. 130.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 890-892.

<sup>60</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, *Ob. Cit.*, p. 62.

Em se tratando dos princípios constitucionais processuais, estes se prestam a limitar o poder do Estado-juiz e a atuação das partes litigantes. Formam bases para certificar que o direito material seja alcançado sem prejuízo a nenhum dos demandantes, bem como informam e orientam todo o sistema processual.

Em razão da influência da “Constituição Cidadã”, no âmbito infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil de 2015 tratou de positivizar, em seu texto, muitos princípios e fundamentos que já eram reconhecidos no meio constitucional, buscando reforçar o sistema processual de respeitabilidade das normas fundamentais.

Parece-nos que, embora desnecessária tal positivação, em razão da lógica dependência de todas as normas perante a Constituição, andou bem o legislador ao resolver deixar evidente a interligação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil<sup>61</sup>, bem como da Constituição da República com o novo estatuto processual civil brasileiro.

Essa ligação, fruto efetivo do diálogo das fontes<sup>62</sup> de um sistema jurídico, foi afirmada categoricamente pelo artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, quando expressamente determinou que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

A referida norma evidencia, portanto, a constitucionalização do processo civil, movimento que se repetiu em relação ao direito civil, pois, evidentemente, por ser a Constituição a norma hierarquicamente superior da estrutura normativa<sup>63</sup>, natural é que seja esse o movimento de releitura das normas.

---

<sup>61</sup> Definido, em linhas gerais, como ramo do direito que expressa o conjunto de normas reguladoras dos tipos, formas e requisitos da ação civil, bem como das formalidades que devem ser observadas em juízo na propositura e desenvolvimento dela. Ou, em outra acepção, já não como ramo do direito, o processo civil pode ser visto como capítulo da ciência jurídica que tem por objeto o estudo, com os métodos e fins próprios, das soluções facultadas pelo processo. V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pp. 6-7.

<sup>62</sup> Sobre o tema, vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, Coord. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>63</sup> A teor da teoria da pirâmide normativa disposta por HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4.ed.; 1ª reimpressão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Consoante os ensinamentos de Ronaldo Souza Borges<sup>64</sup>, diante dessa disposição, vem à tona imediatamente a centralidade do devido processo legal no sistema processual, enquanto princípio fulcral do processo, verdadeiro postulado processual fundamental do qual emanam todos os demais. Como é cediço, os aspectos fundamentais do *procedural due process* hodierno são o tratamento paritário dos sujeitos processuais – assegurando-se às partes a participação em contraditório – e a plenitude de defesa – com todos os recursos a ela inerentes. Ambos assumem a natureza de verdadeiros princípios consectários do devido processo legal<sup>65</sup>. O contraditório e a ampla defesa têm assento expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Além disso, também consectário do devido processo legal, conforme ele hoje é concebido, é o princípio da cooperação. O caldo cultural da pós-modernidade desafia um novo modelo de processo<sup>66</sup>. O direito é produto da cultura em que se encontra inserido, amoldando-se a necessidades sociais, políticas e econômicas variáveis no tempo e no espaço. Como fenômeno cultural que é, a ciência jurídica não fica imune aos influxos do panorama pós-moderno. Sob o signo da pós-modernidade, novos paradigmas transformaram a ciência jurídica da segunda metade do século XX em diante. Todo o direito encontra-se

---

<sup>64</sup> *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo: a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do novo CPC*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 254.

<sup>65</sup> Conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v.I. 50. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24, são tidos por princípios consectários eis que emanam de um princípio mais abrangente. Ao fim e ao cabo, todos os princípios processuais constitucionais – como o do contraditório e o da ampla defesa – são corolários do devido processo legal e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem guarida normativa expressa. Comprometendo-se com o justo, com a correção, com a efetividade e com a presteza da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza a função de um supraprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento.

<sup>66</sup> Sobre a pós-modernidade e seus reflexos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, vide LUÍS ROBERTO BARROSO, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Revista Trimestral de Direito Público. n.29. São Paulo: jan./mar., 2000, pp. 32-33. Sobre o processo civil e a pós-modernidade vide ELAINE HARZHEIM MACEDO e FERNANDA DOS SANTOS MACEDO, *O direito processual civil e a pós-modernidade*. Revista de Processo. v.37, n.204. São Paulo: fev., 2012, pp. 351-367.

adstrito não somente a novas orientações do pensamento lógico, mas também a novos valores fundamentais. O foco já não é somente a liberdade individual, como no Estado Liberal, ou os direitos sociais, como no *Welfare State*. Liberdade e igualdade já não são suficientes. Deseja-se mais do direito. Do paradigma positivista, passa-se para o pós-positivismo, cujas ideias difusas ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, mas sem que se recorra à noção de razão subjetiva própria do jusnaturalismo. Para além do direito posto, reconhece-se força normativa aos valores e princípios ínsitos ao sistema. A essencialidade da tutela dos direitos fundamentais é reconhecida. O jurídico retoma a discussão ética. Sob a ótica do pluralismo político e social, da nova hermenêutica, na qual os princípios e os valores ocupam posição de destaque, e da ponderação de interesses, faz-se toda uma reelaboração teórica, filosófica e prática do direito. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial não citam mais todas as respostas. O paradigma jurídico, que já se alterara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, na busca da solução mais adequada, própria e específica de cada problema levado a juízo, sempre em um ambiente de colaboração recíproca entre o juiz e as partes.

O que se tem, portanto, é um processo voltado à superação, em regime de cooperação, dos conflitos com pacificação social, sempre na busca de uma justiça adequada ao caso concreto. É o processo como um espaço democrático de encaminhamento e construção da justa solução do caso concreto<sup>67</sup>.

Nessa seara de constitucionalização do processo, passaremos a discorrer sobre alguns importantes princípios que possuem direta ligação com o tema proposto, servido, também, de base jurídica para a atuação ativista do magistrado, em sede da dinamização do ônus probatório.

---

<sup>67</sup> Ressaltando a necessidade da construção de um novo paradigma jurídico-decisório, próprio de uma jurisdição que atenda as necessidades da sociedade contemporânea, em que o processo, integrativo e coerente com a prática político-jurídica-social, possibilite, para além da mera resolução do conflito, o encontro do intérprete com a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto, consubstanciada na concretização e garantia dos direitos, vide JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA, *et all*, *Por um novo paradigma jurídico-decisório no que tange à resolução de conflitos*. Direitos Fundamentais & Justiça. v.7, n. 22. Porto Alegre: jan./mar., 2013, pp. 194-210.

## 2.1. Princípio do devido processo legal

Desde o século XX, a doutrina publicista se refere obstinadamente ao devido processo como um fulgente direito constitucional específico e que gera o irrestrito dever de observância por parte das autoridades.

De matriz constitucional, o princípio do devido processo legal<sup>68</sup>, também conhecido como *due process of law*, vem disciplinado no artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo gênero principiológico, considerado efetivo superprincípio, na medida em que dele derivam diversos outros princípios<sup>69</sup>, tais como o do contraditório e da ampla defesa.

Sua origem remonta ao direito inglês, mais precisamente à Magna Carta imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra, em 1215, segundo a qual o monarca não poderia decidir de maneira diversa das regras processuais antecipadamente estipuladas e que utilizava a expressão *law of the land*. A expressão *due process of law* surgiu para designar o devido processo legal em lei inglesa, somente do ano de 1354. Desse modo, o princípio revela tanto um caráter instrumental, por tornar lapidar o processo como uma ferramenta, bem como apresenta uma dimensão substancial, por impedir as partes de serem julgadas por processo não anteriormente estipulado<sup>70</sup>.

Para outra corrente doutrinária, a origem geralmente aceita da palavra devido se acha na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ao estabelecer os direitos de todo cidadão nas causas penais, passando, a partir daí, a ser tratada com diferentes denominações nas demais constituições americanas. Em razão das imprecisões terminológicas que sistematicamente empregam os autores que estudam o tema, essa corrente doutrinária, em geral se abstém de definir de forma positiva o devido processo, fazendo-o sempre negativamente. Assim costuma-se expor o que não é devido processo. Não obstante, nos dizeres

---

<sup>68</sup> EDUARDO ARRUDA ALVIM, *et all*, *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 24 e ss.

<sup>69</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*. v.1. 25.ed.; São Paulo: Atlas, 2014, p. 42.

<sup>70</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, *Ob. cit.*, pp. 73-74.

de Adolfo Alvarado Velloso<sup>71</sup>, pode-se dizer que o devido processo abarca as seguintes ideias: a) supõe o direito à jurisdição, que é imprescritível, irrenunciável e não afetado por causas extintivas das obrigações nem pela sentença; b) implica o livre acesso ao tribunal; c) a possibilidade plena de audiência - bilateralidade; d) a determinação prévia do lugar do processo; e) o direito do réu de se explicar em sua própria língua; f) o direito de que o processo se efetue como um procedimento eficaz e sem dilações; g) um procedimento adequado à natureza do caso concreto; h) que seja público; i) que tenha assistência técnica eficiente, por advogado, desde o momento da imputação ou detenção. Mais especificamente com relação à prova, compreende: (i) o direito de provar com a utilização de todos os meios legais pertinentes; (ii) o direito a que o julgador se atenha só ao regular e legalmente previsto para suas atuações. No que tange à sentença, compreende o direito de: (i) que seja ditada por um juiz imparcial, imparcial e independente; (ii) que emita seu pronunciamento de forma completa, referindo-se a todos os fatos essenciais com eficácia decisiva, bem como ao direito aplicável; (iii) que seja legítima, baseada em provas válidas e sem omissão das que são essenciais; (iv) que seja lógica, adequada às regras do pensamento lógico e à experiência comum; (v) que seja motivada, sendo uma derivação razoável do direito vigente com relação à pretensão deduzida e em função dos fatos provados no processo; (vi) que seja congruente; (vii) que verse exclusivamente sobre o pretendido e o resistido pelas partes.

Não obstante, examinando o significado desse princípio, pode-se afirmar que o devido processo resta presente quando, em uma determinada causa, é assegurado às partes tratamento isonômico, contraditório e equilibrado, objetivando atingir um resultado efetivo, adaptado e convergente com os princípios e postulados da instrumentalidade do processo.

Ademais, deve-se afastar do devido processo legal a noção de que o processo, pela mera forma de procedimentalização, seria apto a respeitar o devido processo legal como princípio constitucional do processo<sup>72</sup>. Aliado a essa ponderação, Humberto Theodoro Júnior<sup>73</sup> afirma que o devido processo legal, no

---

<sup>71</sup> Ob. cit., p. 26.

<sup>72</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, Ob. cit., p. 74.

<sup>73</sup> Ob. cit., pp. 29-30.



Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser compreendido como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de agir sobre os mecanismos procedimentais de modo a cultivar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Para além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar do próprio Estado, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas<sup>74</sup>.

Contemporaneamente o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, discorrendo-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). Na acepção substancial, o devido processo legal diz respeito ao campo de elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e definindo uma interpretação proporcional quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É o campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público<sup>75</sup>.

No sentido formal, localizar-se a definição tradicional do princípio, destinado ao processo em si, obrigando-se o julgador no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do procedimento estatal oferecido aos jurisdicionados, para a tutela de seus direitos materiais. O devido processo legal vem, assim, associado com a ideia de um processo justo<sup>76</sup>, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos<sup>77</sup>.

Consoante os ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>78</sup>, ainda do ponto de vista formal (*procedural due process*), o devido processo legal representa não só o direito ao processo, mas a um processo de acordo com normas estabelecidas

---

<sup>74</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 113.

<sup>75</sup> GISELE SANTOS FERNANDES GÓES, *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 55-57.

<sup>76</sup> Tratando sobre o desenvolvimento e constitucionalização do princípio do justo processo no direito italiano, vide PAOLO TONINI, *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 20-45.

<sup>77</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 114.

<sup>78</sup> *As lacunas no direito*. 9.ed.; São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 72-83.

previamente. Nesse sentido, é que o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de um direito fundamental de conteúdo complexo e multifacetado, variando no tempo e no espaço. É uma verdadeira cláusula geral, preenchida e conformada de acordo com a experiência histórica. Isso porque o direito é uma realidade que está em constante movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, brotando e se inserindo no contexto cultural. Sendo o sistema jurídico multifário e progressivo, é de todo adequado que ele se sirva de tipos normativos abertos, como o do devido processo legal, permeáveis ao impacto de novos eventos (e também de novos valores), cuja superveniência implica uma nova compreensão da norma. Isso sem que haja para o intérprete uma discricionariedade pura na densificação da norma ante a eventual fluidez de suas expressões. Existem limites passíveis de controle, notadamente quando se leva em conta o fim da norma. O que acontece é que a interpretação e a aplicação da norma serão sempre feitas à luz do contexto situacional, permitindo que lhe seja dada uma solução adequada. Uma solução compatível com a finalidade da norma.

No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal está expressamente contemplado na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LIV, que de um lado erige-o como garantia constitucional, e ao mesmo tempo considera-o como um direito fundamental. Garantia porque limita a atuação estatal ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, é condição para a privação da liberdade ou dos bens, sem o que essas privações estarão interdidas. É direito fundamental porque assegura a instauração de um processo adequado para a perda da liberdade ou de bens, sem o qual essas perdas serão vedadas. Ao mesmo tempo, o devido processo legal é também um princípio, pois incorpora valores que devem ser preservados<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> JORGE EUSTÁCIO DA SILVA FRIAS, *Confronto entre alguns princípios no novo código de processo civil*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp.162-164.

Quanto ao conteúdo, a exemplo dos debates na doutrina estrangeira, muito já se escreveu sobre o devido processo legal. Tem-se entendido que se trata de uma garantia constitucional, que pode ser vista sob o aspecto material e sob o viés processual. Genericamente, essa garantia tutela a vida, a liberdade e a propriedade e, substancialmente, engloba a liberdade de contratar e de exercer o comércio, a proteção do direito adquirido, a proibição de retroação da lei penal, em suma, resguarda os direitos fundamentais do cidadão<sup>80</sup>. Em sentido processual, o devido processo legal tem sido compreendido como processo justo, isto é, como garantia de acesso à Justiça, mediante processo regular, presidido por juiz competente e imparcial que observe e faça observar as normas pertinentes e garanta pleno contraditório para poder prestar jurisdição devida em prazo razoável<sup>81</sup>.

Portanto, o devido processo legal deve ser visto como um superprincípio devido a sua função de coordenar e delimitar todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. No Código de Processo Civil brasileiro de 2015, referido princípio foi abordado em dispositivos esparsos, a exemplo dos artigos 1º, 26, 36. Frise-se que a relação do princípio do devido processo legal com o artigo 1º, do novo estatuto processual civil brasileiro, está diretamente ligada à sua previsão constitucional, conforme anteriormente exposto.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior<sup>82</sup>, o devido processo legal é gênero do qual derivam todos os demais princípios que se voltem para o processo. De fato, em termos constitucionais, para existir devido processo legal, é preciso haver juiz natural (artigo 5º, XXXVII), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV), tratamento isonômico dos demandantes (artigo 5º, *caput*), publicidade dos atos do processo (artigo 93, IX), juiz competente (artigo 5º, LIII), fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX), todos temas que se destacam na Constituição Federal como princípios autônomos.

O devido processo legal foi concebido como proteção contra a tirania, tem um sentido historicida, significando hoje que o processo “precisa ser adequado,

---

<sup>80</sup> NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10.ed.; revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

<sup>81</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Ob. cit.*, p. 26.

<sup>82</sup> *Ob. cit.*, p. 79.

leal e efetivo”<sup>83</sup>, isto é, deve conter garantias mínimas para que os contendores obtenham prestação jurisdicional justa, no devido tempo. Devido processo, em suma, significa que o processo deve seguir o modelo legal, mas, muito mais do que isso, deve ser um processo justo, isto é, que garanta os direitos dos litigantes, para, em tempo razoável, chegar-se a uma prestação jurisdicional conforme o Direito.

## 2.2. Princípio do contraditório

Direito constitucional de ação é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O devido processo constitucional será, assim, manejado pelos juízes com o objetivo de atuar a vontade da lei, eliminar os litígios e atingir a pacificação social.

No âmbito do processo devido, dentre as principais garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro encontra-se o princípio do contraditório. Em linhas gerais, trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade de que as pessoas diretamente envolvidas com o processo possam influir em seu resultado<sup>84</sup>. Nos dizeres de V. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora<sup>85</sup>, “se ao lesado, impossibilitado de reintegrar a ordem jurídica por suas próprias mãos, cabe o direito de acção (contra o Estado e o lesante), ao demandado, que pode não ter cometido a violação ao direito que lhe é imputada, compete naturalmente o direito de contraditório ou de defesa”.

Com previsão constitucional expressa, incluído na parte que aborda os direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, LV, assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Dada a

---

<sup>83</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Ob. cit., pp. 48-49.

<sup>84</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Ob. cit., p. 120.

<sup>85</sup> Ob. cit., p. 6.

sua importância para a manutenção do sistema processual e utilidade para assegurar direitos, o contraditório foi elevado ao *status* de princípio constitucional. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo<sup>86</sup>.

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação, cabendo à lei a possibilidade de oferecer a cada parte a possibilidade de controlar e contestar a atividade da outra, ao longo de todo o processo<sup>87</sup>. A informação é naturalmente associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está acontecendo no processo para que possa se posicionar – positiva ou negativamente – a esse respeito. No tocante à reação, implica a interpretação de que a verificação concreta desse segundo elemento depende da vontade da parte, que escolhe por reagir ou se omitir. Sob essa ótica, a definição mais precisa do contraditório seria realizada pelo binômio informação necessária – reação possível<sup>88</sup>.

A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a “paridade de armas”<sup>89</sup> no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo<sup>90</sup>. Essa é a razão pela qual existem normas que permitem a assistência aos menos favorecidos economicamente, como a isenção no recolhimento de custas e a indicação de patrono gratuito pelo Estado, além de outros tratamentos diferenciados<sup>91</sup>, no intuito de sempre se garantir a ambas as

---

<sup>86</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 115.

<sup>87</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, Ob. cit., p. 198.

<sup>88</sup> PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa e identificação das decisões imotivadas*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coord. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 115.

<sup>89</sup> Para JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Ob. cit., pp. 118-119, o “princípio da igualdade (paridade) de armas” constitui, tal como o contraditório, manifestação do princípio mais geral da igualdade entre as partes, que implica a paridade simétrica de suas posições perante o tribunal. No que particularmente lhe respeita, impõe o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respectivas teses.

<sup>90</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 116.

<sup>91</sup> OVÍDIO BAPTISTA-GOMES, citado por DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ob. cit., p. 116.

partes a mesma identidade de meios de defesa, sujeição aos ônus, cominações e sanções processuais cabíveis<sup>92</sup>.

Com o passar do tempo, verificou-se, muito por influência de estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio “informação + possibilidade de reação” garantia tão somente a observação do aspecto formal do princípio. Para que fosse substancialmente respeitado, não bastava informar e permitir a reação, sendo necessário permitir que essa reação no caso concreto tivesse real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento<sup>93</sup>. O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto a informação e a reação.

Nesse ínterim, na doutrina portuguesa, a conceituação do princípio do contraditório, tradicionalmente entendido como a oportunidade oferecida a uma parte de se pronunciar sobre o pedido formulado pela parte contrária antes da decisão judicial, apesar de válida, é hoje tida como restritiva. Na esteira dos ensinamentos de José Lebre de Freitas<sup>94</sup>, tal definição é contemporaneamente substituída por uma noção mais ampla de contraditoriedade, com origem na constitucional garantia do *rechtliches Gehor* germânico (artigo 103, I, da Constituição da República Federativa Alemã), entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, em todos os elementos fáticos ou jurídicos que se encontrem ligados ao objeto da causa, podendo, por conseguinte, influenciarem definitivamente na solução da lide, participando ativamente no desenvolvimento e êxito do processo.

Ainda segundo o citado autor<sup>95</sup>, no plano da alegação, de acordo com o princípio do dispositivo, exige-se que os fatos alegados por uma das partes, como causa de pedir ou fundamento de exceção, possam ser pela outra contraditados, sendo assim concedidas a ambas, em igualdade, a faculdade de sobre todos eles se pronunciarem. Já no plano da prova, exige-se que às partes seja, em igualdade, facultada a proposição de todos os meios probatórios potencialmente

---

<sup>92</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, Ob. cit., pp., 199-200.

<sup>93</sup> LEONARDO GRECO, *Instituições de direito processual civil*. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 539-541. Sobre o tema vide ainda JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>94</sup> Ob. cit., pp. 108-109.

<sup>95</sup> Ibid., pp. 109-115.

relevantes para a apuração da realidade dos fatos principais ou secundários; que lhes seja consentido realizá-lo até o momento em que melhor possam decidir sobre sua conveniência, tidas em conta, porém, as necessidades de andamento do processo; que a produção ou admissão da prova tenha lugar com audiência contraditória de todos os demandantes; e que esses possam pronunciar-se sobre a apreciação das provas produzidas por si, pelo adversário ou pelo tribunal. No plano do direito, exige-se que, antes da sentença, às partes seja facultada a discussão efetiva de todos os fundamentos jurídicos em que a decisão se baseie.

Assim, seja no plano dos fatos ou do direito, é facultado aos demandantes a proposição e realização de todos os meios probatórios em direito admitidos, que sejam relevantes e pertinentes ao deslinde dos fatos, bem como a discussão efetiva dos fundamentos de direito sobre os quais a questão litigiosa se assenta. É preciso perceber, contudo, que essa garantia também se revela como ônus das partes na contribuição para a construção de uma justa decisão pelo julgador, eis que sua apreciação e conclusão serão realizadas com base nos elementos e discussões constantes nos autos.

Por consequência, no âmbito da função jurisdicional, a atividade da parte interfere sobremaneira no plano da atividade dos julgadores, dificilmente se vislumbrando situações em que o lesado não possa ter influenciado decisivamente na atividade *in judicando*. Não se perca de plano, porém, que o princípio da colaboração também investe as partes no dever de cooperação com o julgador, com vistas à descoberta da verdade fática.

Lado outro, a visão moderna do princípio do contraditório considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional, eis que assim como as partes, o julgador tem interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Nada mais natural que considerar o magistrado também comprometido com o resultado do processo. Portanto, não mais satisfaz a ideia de juiz inerte e neutro. A neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, já não corresponde aos anseios de uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Não há qualquer incompatibilidade entre contraditório e participação mais ativa do juiz na relação processual. Ao contrário, o conceito moderno deste

princípio processual, que se pretende equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais igualdade real de tratamento e oportunidades.

A integração do julgador ao contraditório contribui para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes, conferindo ao princípio da isonomia seu verdadeiro significado. Por esse ângulo, correto afirmar que o contraditório representa não simplesmente o instrumento destinado às partes, mas, principalmente, instrumento operativo do juiz, imprescindível à adequada condução do processo.

O princípio do contraditório pode também ser entendido como uma manifestação democrática, eis que o plano de fundo da valorização experimentada pelo contraditório relaciona-se umbilicalmente com a legitimação do poder. Um tema sensível que fere sobretudo o Judiciário, por se tratar de um órgão estatal, que a despeito de exercer importante função pública e cujas decisões afetam toda a coletividade – considerada de forma individual, coletiva ou difusa -, tem por regentes integrantes não eleitas pelo povo. Justamente nesse ponto, o princípio do contraditório, encarado segundo matizes renovadas, serve de alicerce à construção de um raciocínio bastante elaborado, cuja tônica, ao mesmo tempo em que afasta o argumento de ausência de legitimidade, possibilita ao Poder Judiciário assumir-se como o mais democrático dos órgãos do poder. Um modo de pensar, portanto, capaz de atribuir o adjetivo aparente à tensão que alguns apregoam existir entre a democracia e jurisdição<sup>96</sup>.

Trata-se de encarar o processo como ambiente democrático, cujos resultados não são oriundos apenas do trabalho solitário do julgador, mas fruto também do empenho das partes, que participam efetivamente da construção do provimento jurisdicional do qual elas próprias são as destinatárias. Frise-se que a segunda parte, do parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição de República Federativa do Brasil prevê a democracia participativa também como meio de legitimação democrática do poder estatal. Assim, no Estado Democrático de

---

<sup>96</sup> LÚCIO DELFINO e FERNANDO F. ROSSI, *Juiz contraditor? Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 445.



Direito, o contraditório pode ser visto, nada menos, como a ponte de ouro entre a jurisdição e a democracia<sup>97</sup>.

Verifica-se, desde já, que a infusão da seiva democrática no âmbito da atividade judicial só se apresenta possível caso se encare o contraditório conforme feições que superem aquela de cunho meramente formal. É concebê-lo segundo seu sentido dinâmico, como se costuma ler em doutrina, e não mais aceitá-lo como mera garantia endereçada aos demandantes, de informação sobre os atos processuais que se sucedem no curso procedimental ou, tampouco, traduzi-lo no simples direito de resistência a esses mesmos atos, mediante impugnações, produção de provas, contraprovas e requerimentos a serem formulados no processo. Deve-se concebê-lo para além de suas feições formais a fim de garantir às partes um ativismo de atuação que lhes permita influir nos conteúdos fático e jurídico das decisões judiciais. O contraditório também assume a função de controlar a atividade jurisdicional e os resultados dela oriundos e, desse modo, cooperar para os desígnios, igualmente democrático e legitimador, de inibir arbítrios decorrentes da atuação do órgão jurisdicional.

Na esteira desse raciocínio, tratando do contraditório em seu sentido dinâmico, Lúcio Delfino e Fernando Rossi<sup>98</sup> lecionam que tem ele lugar de reverência na doutrina contemporânea, sendo situado em uma condição de superioridade qualitativa se comparado a outros direitos constitucionais, inserido em uma posição central no que tange aos contornos do próprio processo, sempre confiando-lhe novos horizontes de significado, que renovam a sua importância e escopo.

A seu turno, Leonardo Greco<sup>99</sup> ensina que “hoje o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo”. É tido como um “mega-princípio” que, na verdade, abrande vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, devendo ser efetivamente um instrumento de

---

<sup>97</sup> LÚCIO DELFINO, *O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais*. Direito processual civil: artigos e pareceres. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 29-80.

<sup>98</sup> Ob. cit., pp. 443-444.

<sup>99</sup> LEONARDO GRECO. *Instituições de processo civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 540-541.

participação eficaz dos envolvidos no processo de formação intelectual das decisões.

Na doutrina italiana, Fazzalari<sup>100</sup> aduz que “(...) o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Combate-se, com tal perspectiva, as incertezas e cerca-se a discricionariedade judicial. Afronta-se a ausência de transparência e de previsibilidade, afastando-se as chamadas decisões-surpresas que só se coadunam com o arbítrio e, por conseguinte, dizimam o ideal democrático. Nesse ínterim, Daniel Mitidiero<sup>101</sup>, na defesa de um modelo cooperativo de processo civil, assevera que o contraditório acaba assumindo um local de destaque na condução do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, implicando, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional. O juiz tem, assim, seu papel redimensionado, adquirindo uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual; mas assimétrico quando da decisão da causa.

Não obstante, entendemos que a essência do princípio do contraditório, não está ligada à efetiva manifestação da parte no processo, mas, sim, à oportunidade que lhe é dada para se manifestar antes de o magistrado proferir sua decisão sobre matéria ainda não debatida. Trata-se, portanto, de direito processual subjetivo – objetivamente determinado – assegurado às partes, razão pela qual a ausência de manifestação, por vontade própria ou negligência, não significará violação ao contraditório da parte<sup>102</sup>.

Com efeito, trata-se de princípio essencial ao desenvolvimento válido e regular do processo, sendo entendido sob dois enfoques: a) jurídico, e b) político. Será jurídico quando o contraditório for utilizado para traduzir a garantia de ciência (conhecimento) bilateral dos atos e termos do processo, possibilitando a

---

<sup>100</sup> *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, pp. 118-119.

<sup>101</sup> *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>102</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, Ob. cit., p. 67.

manifestação das partes sobre os mesmos. Já o enfoque político assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos envolvidos e interessados na construção do provimento jurisdicional<sup>103</sup>.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, desde a redação original do anteprojeto, otimizadas pelas propostas de reformulação que recebeu na Câmara dos Deputados, admitiu uma maior evidência na preocupação normativa em elevar o princípio do contraditório a outro nível de compreensão. Isso porque, se voltarmos nossos olhos para os artigos 5<sup>o104</sup>, 9<sup>o105</sup> e 10<sup>106</sup> do então Projeto de Lei do Senado Federal nº. 166/2010, notadamente, veremos que eles traziam uma referência ostensiva ao princípio constitucional do contraditório (artigo 5<sup>o</sup>, LV, da Constituição Federal de 1988). Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como “direito de participação na construção do provimento, sob forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”<sup>107</sup>.

Feitas essas considerações não é exagero dizer que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 deu real atenção ao princípio do contraditório, sendo ele um dos mais valorizados neste novel diploma. Dentre os dispositivos que abordam o contraditório em suas diversas formas, podemos destacar os artigos 7<sup>o</sup>, 9<sup>o</sup> e 10<sup>o</sup>, todos previstos no capítulo das normas fundamentais do processo civil.

O artigo 7<sup>o</sup>, em especial, aborda o princípio do contraditório em sua essência, podendo ser lido em comunhão com o princípio da isonomia. Percebe-se que esse dispositivo visa assegurar às partes não só as garantias processuais, como também os ônus e as sanções, caso lhes deva ser imputado, o que nos parece não só justo, como também lógico<sup>108</sup>. Por certo, ninguém melhor do que o

---

<sup>103</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, Ob. cit., pp. 59-64.

<sup>104</sup> “Art. 5<sup>o</sup>. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.”

<sup>105</sup> “Art. 9<sup>o</sup>. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.”

<sup>106</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

<sup>107</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82, em nota de rodapé de nº. 83.

<sup>108</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, Ob. cit., p. 69.

juiz, sujeito processual imparcial, para zelar pelo efetivo contraditório; caso contrário, a aplicação deste princípio restaria sonogada no curso do processo.

Referido dispositivo legal traz a lume dois institutos que ora se imbricam para uma nova concepção jurídica e cultural do posicionamento das partes e da atuação do juiz. Trata-se do contraditório substancial e do tratamento paritário que deverá ser dado a autor e réu, pelo magistrado, na discussão das lides cíveis. Nos dizeres de Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto<sup>109</sup>, pode-se asseverar que o processo civil se encaminha para um método de acertamento privado mais parecido com as formas encontradas para resolver lides penais.

Isso porque, ao realizar uma interpretação conforme os valores constitucionais modernos, imperioso será alargar a extensão do contraditório para uma realidade do justo processo, já que decorre do devido processo legal. O legislador pátrio optou, portanto, por ultrapassar o sistema de contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, ou seja, aquela que porventura teria melhores condições e poder para interferir na produção da prova. Na verdade, assegurou que o magistrado deverá dar tratamento paritário aos atores do processo enquanto zela pelo efetivo contraditório.

A ideia paritária de contraditório substancial parece, pois, mais acertada com a concepção de justo processo adotada pelos italianos em sua Constituição, no artigo 111, com redação estipulada pela lei constitucional de 23 de novembro de 1999. A seu turno, Mário Chiavario<sup>110</sup> analisa os meandros em que o conteúdo do princípio do contraditório aparece no sistema constitucional italiano, conformando-lhe seus significados e alcances para todo o ordenamento jurídico, e não somente o penal. O primeiro significado do princípio, diz o processualista, é de raiz genérica, apresentando-se como fundamento para todo e qualquer processo, e não somente o penal, pois resguardado como corolário da formação processual. Em um segundo plano, constitui o contraditório um método para a formação da prova.

No ordenamento processual penal brasileiro, seja no atual Código de Processo Penal, seja no Projeto nº. 156/2009, que busca a criação de um novo

---

<sup>109</sup> *O contraditório e suas feições no Novo CPC*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 241.

<sup>110</sup> *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*. Associazione tra gli studiosi del processo penale. Giuffrè Editore: Milano, 2002, p. 23.

estatuto processual penal, de matiz acusatória, o conteúdo do contraditório continua sempre de raiz genérica, como mera garantia do processo. Embora o legislador pátrio, após a reforma pontual do sistema probatório, tenha trazido para o artigo 155 do vigente Código de Processo Penal a produção da prova em contraditório judicial, a sua positivação sistêmica, por ora, não lhe deu vida para além da funcionalidade processual<sup>111</sup>. O legislador do novo Código de Processo Civil foi, portanto, mais ousado ao positivar o contraditório substancial e a paridade de armas no artigo 7º, do mencionado estatuto de 2015.

Quanto à paridade de armas, não se pode negá-la como elemento cerne para a realização do contraditório, ora se posicionando, também, como consectário da realização do justo processo. Referida paridade não se deve conceber somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também ao nível de reciprocidade com que o atuar de um litigante reflète no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que exercem no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade das ações desenvolvidas pelos demandantes. Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na realização da prova e no acertamento da verdade processual que o processo adquire ao se harmonizar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar<sup>112</sup>.

No tocante ao artigo 9º do Código de Processo Civil de 2015 esse tem o intuito de erradicar do sistema algo que há muito tempo vem ocorrendo na prática forense, mas que reconhecidamente não é aceito pela doutrina - a famigerada “decisão surpresa”<sup>113</sup>. Se as partes têm o direito de participar do processo, com a finalidade de formar o convencimento do magistrado, por certo que, se o juiz proferir decisão acerca de fato novo, sobre o qual os demandantes não tenham

---

<sup>111</sup> BECLAUTE OLIVEIRA SILVA e WELTON ROBERTO, Ob. cit., p. 246.

<sup>112</sup> Ibid., pp. 250-252.

<sup>113</sup> O princípio da proibição de surpresas, ou da proibição de decisões supresas, representa um subprincípio do devido processo legal, do princípio que aspira a um processo justo, mais especialmente, do princípio do contraditório. Assim, como uma parte não pode ser surpreendida por manifestação ou prova produzida no processo, a propósito das quais se exige contraditório efetivo, também as partes não podem ser surpreendidas por decisões a respeito de matéria nova, a respeito da qual elas não tenham sido ouvidas. JORGE EUSTACIO DA SILVA FRIAS, Ob. cit., pp. 164-165. Ainda sobre o tema, em abordagem afeta ao princípio da cooperação, vide MAÍRA COELHO TORRES GALINDO, *Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.

tomado ciência e, menos ainda, não tenham se manifestado, restará violado o direito ao contraditório.

Entretanto, não foi feliz a redação do artigo 9º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, ao prever que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Na realidade, não há qualquer ofensa em decidir-se sem que a parte adversa tenha sido ouvida, já que sua manifestação compreende um ônus processual. A única compreensão plausível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já se mostra suficiente para garantir respeito ao princípio do contraditório.

Ainda tratando da norma disposta no artigo 9º, do novo Código de Processo Civil brasileiro, Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>114</sup> lecionam que o direito ao contraditório, por muito tempo, foi identificado como simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes. Como já referido, dentro desse quadro histórico, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Atualmente a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto à ideia de plena participação como núcleo do direito ao contraditório. Significa participar do processo e influir nos seus rumos, ou seja, um direito de influência.

Impende ressaltar que o contraditório apresenta três funções: integrativa, definitiva e bloqueadora<sup>115</sup>. A concepção de processo como procedimento em contraditório<sup>116</sup> ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias. Ausente o contraditório, inexistente processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a fomentar comportamentos mesmo não existindo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. Em alguns casos, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes garantem suporte físico<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Ob. cit., pp. 107-108.

<sup>115</sup> PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Ob. cit., pp. 114-134.

<sup>116</sup> ELIO FAZZALARI, Ob. cit., p. 29.

<sup>117</sup> HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed.; São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 30-31.

Se há contraditório, mas este não é respeitado como deveria, está-se diante de um processo que não pode ser definido como justo<sup>118</sup>. De acordo com a atual configuração do Estado constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independente da matéria nela versada, inclusive aquelas que digam respeito a questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita apenas às hipóteses de contraditório postecipado ou diferido, que autorizam a concessão de tutela de urgência e de evidência em prol da efetividade da jurisdição.

Normalmente o contraditório é analisado no quadro dos princípios gerais do ordenamento processual ou no contexto das *prozessmaximen*, de modo a regular a repartição dos poderes e das funções entre os demandantes e o magistrado<sup>119</sup>. Ocorre que essa visão de um contraditório estático somente poderia atender a uma estrutura procedimental monologicamente conduzida pela perspectiva unilateral de formação da decisão pelo juiz, algo que a moderna processualística, até mesmo na busca de maior eficiência do processo, passou a combater.

De princípio fundante do processo que asseguraria influência e compensação das desigualdades entre as partes – simétrica paridade -, passou a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações. Tal contraposição de teses nem mesmo carecia encontrar ressonância nas decisões do julgador ativo e hierarquicamente sobreposto às partes.

No âmbito do direito estrangeiro, a preocupação com o contraditório dinâmico, evitando-se as decisões surpresas, não é recente. A doutrina italiana, desde os idos de 1958 passou a reconhecer o contraditório como uma garantia de simétrica paridade de armas<sup>120</sup>. Pouco mais tarde, Denti<sup>121</sup> já afirmava que o fenômeno não era estranho a vários ordenamentos de diversas tradições e pressupostos ideológicos, mesmo naqueles em que havia ocorrido um notável aumento dos poderes do juiz na direção do processo e na obtenção dos materiais

---

<sup>118</sup> A doutrina italiana se ocupa do tema em especial por conta do art. 111 de sua Constituição. Vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Etica e técnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 60.

<sup>119</sup> LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Voce: contraddittorio (principio del)*. Enciclopedia giuridica. v. XXV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p.1.

<sup>120</sup> ELIO FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n.3. Milão: Giuffrè, 1958.

<sup>121</sup> *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. Rivista di Diritto Processuale. v. XXIII, 1968, p. 229.

para a decisão. A ampliação dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa dos litigantes, tanto que os pontos delineados por estes devem ser considerados na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o prévio conhecimento das partes.

Para Picardi<sup>122</sup>, “o processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma ordem assimétrica”. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existe entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado ordem isonômica.

Ainda na Itália, contemporaneamente, Marco de Cristofaro<sup>123</sup> defende que a decisão surpresa deveria ser declarada nula, por desatender o princípio do contraditório. Assim, toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, e a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão. Ressalto para a modificação do artigo 101, do Código de Processo Civil italiano, levada a cabo em 2009.

Na França, o artigo 16 *do Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter de provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda<sup>124</sup>.

Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do artigo 103, §1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como “pretensão de audição jurídica” (*Anspruch auf*

---

<sup>122</sup> *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 212.

<sup>123</sup> *La motivación de las decisiones judiciales*. Revista Latinoamericana de Derecho Procesal. n.2, dez., 2014. Disponível em [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).

<sup>124</sup> COMOGLIO, *Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)*. Revista de processo. n.90. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun., 1998, p. 114.



*Rechtliches Gehör*) foi interpretada de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se em um dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos<sup>125</sup>.

A divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo já era objeto da preocupação da doutrina alemã há algum tempo (teoria dos papéis – *Rollentheoretische*)<sup>126</sup> e mereceu desenvolvimento dogmático dentro de uma visão constitucional que garantiria, ao mesmo tempo, a busca dentro dos limites legais, do desenvolvimento do processo em tempo razoável e um debate processual que gere a formação do pronunciamento judicial seguindo os ditames do processo democrático (*giusto processo*)<sup>127</sup>.

Na Áustria, um dos pontos da reforma do Processo Civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição, no “§182 a”, de decisões de surpresa, impondo ao julgador o dever de discutir com os litigantes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de pronunciamentos judiciais decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva sobre os elementos alegados, os meios probatórios deduzidos e as atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio<sup>128</sup>.

Em Portugal, além dos já mencionados ensinamentos da lavra de Lebre de Freitas, a visão do contraditório como garantia de influência e de não surpresa

---

<sup>125</sup> GERHARD WALTER, *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale. n.3. jul./set., 2001, pp. 734-735.

<sup>126</sup> Vide RUDOLF WASSERMAN, *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied: Luchterhand, 1978, pp. 129 e ss.

<sup>127</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. Constituição e processo: da constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade/MACHADO, Felipe Daniel. Coords. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 245.

<sup>128</sup> ALBERT HENKE, *Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale austriaco*. Rivista di Diritto Processuale. n.3. 2003, p. 818.

também recebeu a chancela dos Tribunais Superiores<sup>129</sup>. O Código de Processo Civil português, em seu texto atual, dispõe que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (artigo 3º, nº. 3). Regra equivalente se encontra no artigo 16 do renovado Código de Processo Civil francês, bem como no artigo 101, do código italiano reformado<sup>130</sup>.

A de se pontuar que a não surpresa é uma garantia até mesmo nos sistemas do *common law*, como o inglês. Andrews<sup>131</sup> afirma que, se o tribunal decidir tomar um caminho legal não indicado pela parte, ele deve respeitar o princípio da devida notificação e dar às partes a oportunidade de comentar sobre a nova linha de argumento. Assim, o diálogo entre o tribunal e as partes é importante.

Toda essa perspectiva serviu de fundamento também para o novo artigo 10, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, o qual compreende uma leitura dinâmica e substancial do contraditório, que não pode ser vislumbrado como um objetivo protelatório e formalista pela parte que sucumbiu nas decisões, pois sua apreciação há muito deixou de permitir uma mera enunciação formal. Ao contrário, a referida perspectiva evidencia que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui instrumento insubstituível para uma decisão correta e justa.

O disposto no artigo 10 constitui norma fundamental do processo, manifestando um dever imposto ao juiz de evitar a prolação das chamadas decisões-surpresa<sup>132</sup>. Tais são as decisões que se amparam de algum fundamento, inclusive os cognoscíveis de ofício, a respeito do qual não foi

---

<sup>129</sup> Precedentes do Supremo Tribunal de Justiça português – Recurso 10.361/01. Relator: Conselheiro FERREIRA RAMOS, 2002, Lisboa. No mesmo sentido Recurso de Revista 8.802/02. Relator: Conselheiro ARAÚJO BARROS, 2005. Disponíveis a partir de [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em 30.10.2016.

<sup>130</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, *Novo CPC fundamentos e sistematização*. Ob. cit., p. 82, em nota de rodapé de nº. 58.

<sup>131</sup> *The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements*. Legal Studies Research Paper Series. University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies, feb., 2014.

<sup>132</sup> Sobre a vedação à decisão-surpresa, vide PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Ob. cit., pp.119-122.

atribuída aos demandantes a oportunidade de se manifestar a respeito. Decisões-surpresa violam o contraditório porque menosprezam a participação das partes no processo. Admitir a aplicação de um fundamento não debatido evidencia que a participação das partes não é relevante para o magistrado e cria um estado de incerteza jurídica, já que, em um sistema em que tais decisões proliferam, não se pode antever o resultado de qualquer provimento jurisdicional. Afinal, se o julgador pode se valer de qualquer fundamento, sem que as partes o conheçam, não poderiam elas minimamente antever o resultado da decisão e assim nortear suas condutas. Evidente que resta assim violado também o princípio da segurança jurídica, analisando sob a ótica da previsibilidade.

Ainda sobre o artigo 10, ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>133</sup> que, por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões judiciais definitivas se fundem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria discutida anteriormente pelos litigantes. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução concedida à divisão do trabalho processual – que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo diploma processual civil reconhece que os demandantes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico previamente à sua aplicação judicial. Afirma-se ainda que o contraditório deixou de ser diálogo entre os litigantes, já que nele se inseriu também o juiz, que ficou impedido de resolver questões que não tivessem sido submetidas ao crivo da audiência dos principais interessados no conflito, ainda que se trate de matérias apreciáveis de ofício. Inclui-se no conceito de contraditório a garantia de não surpresa, como resguardo do direito de todos os sujeitos do procedimento em contraditório de influir, efetivamente, no resultado da prestação jurisdicional.

Contemporaneamente, portanto, na doutrina brasileira, consoante os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>134</sup>, o princípio do contraditório passa a ser formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, podendo essas reagirem. Significa que a informação é um dever judicial e a reação é um ônus

---

<sup>133</sup> Ob. cit., pp. 109-110.

<sup>134</sup> *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015, p.1.

processual das partes. Assim, a surpresa para as partes no que tange à decisão deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício, o magistrado tem o dever de intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme anteriormente consagrado na legislação francesa e portuguesa<sup>135</sup>, e hoje também na brasileira.

Analisando a perspectiva do contraditório no sistema processual cooperativo, pode-se dizer que o principal fundamento da participação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo em razão do disposto nos artigos 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV; e 93, inciso IX, ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma no Brasil, o Estado Democrático de Direito, além do estabelecimento de bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo. Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam oferecer uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador<sup>136</sup>.

Em síntese, pode-se afirmar que o Modelo Constitucional de Processo<sup>137</sup>, após a “Constituição Cidadã”, toma como regra principiológica a supremacia da constituição sobre as demais normas processuais. Destarte, considera-se o processo uma garantia constitucionalizada, assegurando o direito do povo a obter a prestação da função jurisdicional pelo Estado segundo as bases metodológicas do processo insculpidas no texto constitucional, sendo qualquer entendimento ou posicionamento difuso, contrário aos ditames constitucionais, configurando grave afronta aos direitos fundamentais do homem e do cidadão, o que se mostra inaceitável no paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>135</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Ob. cit.*, p.1.

<sup>136</sup> GUILHERME HENRIQUE LAGE FARIA, *Contraditório substancial e fundamentação das decisões no Novo CPC*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 261-262.

<sup>137</sup> ROSEMIRO PEREIRA LEAL, *Teoria Geral do Processo*. 11.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88.

Neste sentido, realça Gilmar Ferreira Mendes<sup>138</sup> a indissociável vinculação da função jurisdicional do Estado com os direitos e garantias fundamentais, da qual resulta para o Estado-Jurisdição, “não só o dever de resguardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares.”

O processo, nesse aspecto, não pode ser tido como instrumento de fácil manejo nas mãos do julgador, mas, sim, como garantia constitucional-democrática capaz de assegurar a atuação participativa das partes na formação do provimento regulador do caso concreto.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, assim, parte da premissa da cooperação/comparticipação<sup>139</sup> entre juiz e partes (e seus advogados), concebida pela doutrina tedesca<sup>140</sup> e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição, ao se entender que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem arquitetadas, com a decorrente diminuição da interposição de recursos. Tem-se, portanto, um contraditório não apenas fundado o binômio informação-reação, mas, sim, como uma garantia de influência e não surpresa<sup>141</sup>.

### 2.3. Princípio da igualdade ou isonomia

É da natureza da própria noção de direito a exigência de igualdade de tratamento entre sujeitos em condições similares. Não há juridicidade de sujeitos tratados desigualmente, mediante discriminações destituídas de fundamento

---

<sup>138</sup> *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3.ed.; rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

<sup>139</sup> Chamada pela doutrina alemã de “comunidade de trabalho” – *Arbeitsgemeinschaft*, conforme DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 212 e ss.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>141</sup> DIERLE NUNES, *et all*, *Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 213–240.

constitucional legítimo. A igualdade de tratamento, nessa medida, é condição para o exercício da própria cidadania<sup>142</sup>.

Analisando os ordenamentos jurídicos em torno do mundo, verifica-se que praticamente todas as Constituições consagram de modo expresso o direito à igualdade perante a lei, proibindo situações que impliquem clara desigualdade, tais como, prerrogativa de sangue ou nascimento, títulos nobiliárquicos, foros pessoais, *v.g.*, e admitindo outras circunstâncias que permitam aplacar a desigualdade, a exemplo do livre acesso aos tribunais aos que carecerem de meios econômicos suficientes, dentre tantas outras<sup>143</sup>.

A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo. Vários são os princípios, postulados e normas, adotados pelos mais diversos países, visando garantir a igualdade das partes na relação processual<sup>144</sup>.

No campo do processo, igualdade compreende, em sentido genérico, a paridade de oportunidades e de audiência. As normas que regulam a atividade de uma das partes antagônicas não podem constituir, em relação à outra, uma situação de vantagem ou privilégio. Tampouco pode o juiz deixar de dar tratamento absolutamente similar a ambos os contendores. A consequência natural desse princípio é a regra da bilateralidade ou o princípio do contraditório, já anteriormente analisado. Cada parte tem o irrestrito direito de ser ouvida a respeito do afirmado, confirmado ou contestado pela outra. Sem respeito a essa dinâmica, haverá um simples arremedo de processo. Jamais um verdadeiro e justo processo, de acordo com a ordem constitucional.

Todavia, o que se tem notado é que os postulados processuais, inicialmente, asseguravam tão somente a igualdade formal entre os litigantes, o que, evidentemente, não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do Direito. Não é compatível com o Estado Social de Direito o processo civil

---

<sup>142</sup> RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, *O direito à igualdade no novo código de processo civil*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 141. Ainda sobre o tema vide LEONARDO OLIVEIRA SOARES, *Uma exigência de igualdade no NCPC. Coisa julgada, coerência jurisprudencial e o NCPC: ligeiro apontamento*. Terceiros escritos de direito processual: Agora mesmo (de acordo com o novo Código de Processo Civil brasileiro) Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 29-38.

<sup>143</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Ob. cit.*, pp. 13-34.

<sup>144</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Ob. cit.*, pp. 111-146. No direito italiano, tratado como princípio da simetria das partes, conforme *Enciclopedia del diritto*. v.XXXVII. Milano: Giuffrè, 1958-c.2000, p. 563.

individualista, cujas normas consagram como valor incondicional a autonomia das partes, que se sobrepõe à própria finalidade da atividade jurisdicional e do instrumento estatal de solução de conflitos.

Conforme lecionado por Rafael Sirangelo de Abreu<sup>145</sup>, “é possível vislumbrar um redimensionamento do papel da igualdade no processo civil contemporâneo, haja vista suas múltiplas incidências. De modo sistemático, é possível estruturar a igualdade nas suas relações com o processo civil da seguinte forma: igualdade ao processo, igualdade no processo e igualdade pelo processo. Essa tripla perspectiva responde a três momentos no fenômeno processual: a igualdade dos cidadãos é necessária, seja no que tange à igualdade de acesso aos tribunais (para o processo ou antes do processo), seja no que tange à igualdade perante os tribunais (no decorrer do processo ou durante o processo), seja ainda no que tange ao resultado do processo (diante do processo ou após o processo)”. Para o referido autor, a igualdade ao processo ou igualdade de acesso equilibrado ao processo abarca, no campo individual, problemas atinentes à acessibilidade econômica, técnica e geográfica e, no campo coletivo, ao enfrentamento do desequilíbrio entre demandantes habituais e eventuais. Já a igualdade no processo ou igualdade de atuação no processo em posição equilibrada, pressupõe o emprego de técnicas processuais adequadas ao ajustamento de um processo equilibrado e uma atividade positiva do juiz, conforme as peculiaridades existentes no caso concreto, como meio de fomentar equilíbrio entre os sujeitos do processo. Por sua vez, a igualdade pelo processo ou exigência de igualdade entre todos os cidadãos, implica na existência de técnicas tendentes a reunir processos ou questões para um julgamento conjunto; ritos ou sistemáticas tendentes à fixação de uma resposta judicial a um ponto de direito para vinculação e replicação a casos presentes ou futuros; respeito aos precedentes judiciais por razões de ordem institucional e não necessariamente por disposição legal.

No contexto de igualdade no processo, dentre as normas que não asseguram a real igualdade entre os demandantes, encontra-se a plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo que não

---

<sup>145</sup> *A igualdade e os negócios processuais*. Negócios processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.1.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 199-202.

mais satisfaz as necessidades de uma sociedade moderna, pois pode conduzir as partes a uma situação de desequilíbrio substancial. Por vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais<sup>146</sup> e não à intenção de dispor do direito.

Para evitar essa situação, várias medidas vêm sendo adotadas pelos legisladores e processualistas. Dentre elas, o reforço dos poderes instrutórios do juiz. A cada dia aumenta o número de defensores da ideia de que somente um comportamento ativo do julgador faz com que seja respeitado um dos princípios processuais de maior relevância social - a igualdade real entre as partes. Trata-se de poderoso instrumento que o magistrado tem em suas mãos, que lhe possibilita, inclusive, corrigir as desigualdades presentes na relação processual.

Não basta o reconhecimento da igualdade no plano material, se o meio para a tutela desses direitos não proporcionar um ambiente de igualdade para as partes no desempenho de suas posições processuais. Em outras palavras, não é suficiente que, no plano das relações materiais, os cidadãos sejam tratados de modo isonômico se, no plano processual, houver tratamento diferenciado para situações merecedoras de tratamento idêntico. Dessa constatação deriva a necessidade de que o processo seja estruturado de modo a assegurar às partes a paridade de armas.

Nos dizeres de Ihering<sup>147</sup>, devem combater-se com armas de iguais, e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz, sendo esta a primeira exigência a que deve satisfazer a organização do processo, a da justiça no próprio processo.

No campo probatório, considerando-se que a parte mais fraca, hipossuficiente, não tem as mesmas possibilidades que a mais forte de trazer para os autos provas necessárias à demonstração do seu direito, a ausência de iniciativa probatória do juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um “duelo entre lobo e cordeiro”. Evidentemente não está acolhido o princípio da

---

<sup>146</sup> Ao discorrer sobre o princípio a igualdade das partes no processo, ANA PRATA, *Dicionário jurídico*. v.l. 5.ed. actual. e aument. 8ª reimp. da edição de janeiro/2008; Coimbra: Almedina, 2014, p. 1117, leciona que o magistrado tem o dever de garantir identidade de tratamento e igualdade de oportunidades às partes, no processo, independentemente das situações econômicas ou de outros fatores de desigualdade em que se encontrem.

<sup>147</sup> *A evolução do direito*. Trad. Abel D'Azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a. Editores, 1963, pp. 265-266.



igualdade substancial que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre o da mera igualdade formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele desejado pelo direito material. Ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.

No Brasil, o princípio da igualdade encontra previsão fundamental no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988. Mas o contemporâneo processo civil não fica infenso a essa exigência, sendo inúmeras as repercussões do direito à igualdade no ambiente processual. O novo Código de Processo Civil, ao incorporar no seu texto uma série de direitos fundamentais processuais, elencando verdadeiros compromissos fundamentais do legislador processual com o conteúdo processual da Constituição Federal, estruturou positivamente o processo a partir de direitos fundamentais. Em alguns casos, apenas repetiu o texto constitucional, denotando uma preocupação com a afirmação e proteção desses direitos; em outros, entretanto, o legislador processual foi além. É o caso do direito à igualdade processual, que recebe tratamento especial no novo estatuto processual, o qual, além de elencar a igualdade de tratamento como compromisso fundamental, densifica o direito à igualdade processual em uma série de disposições.

Apesar de concordar com o tratamento diferenciado dispensado às partes também diferentes, que consagra o ideal da isonomia real, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>148</sup> entendeu por temerária a regra constante no artigo 7º do projeto de lei original do Código de Processo Civil de 2015. Segundo o dispositivo legal, o juiz asseguraria às partes a paridade de tratamento no processo, devendo velar pelo efetivo contraditório em caso de hipossuficiência técnica. A defesa do mencionado autor baseava-se na proposição no sentido de que não se obtém isonomia real por meio da discricionariedade judicial, sendo mais adequado aos princípios da segurança jurídica e mesmo da igualdade, se o dispositivo apenas mencionasse que a paridade de tratamento dependeria de tratamento diferenciado, quando necessário, nos termos da lei. E foi exatamente o que ocorreu com a redação do atual artigo 7º, do novo Código de Processo Civil.

---

<sup>148</sup> *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., p.11.

A paridade de tratamento garantida pelo dispositivo legal deve ser interpretada de acordo com o princípio da isonomia real, com tratamento diferenciado para as partes distintas, desde que na medida de suas desigualdades. O tratamento desigual se dá pela criação de prerrogativas processuais que, sendo injustificáveis, constituem verdadeiros privilégios processuais. Nesse tocante, defende o mencionado autor, que o dispositivo ora analisado não permite que o juiz crie prerrogativas processuais não previstas expressamente em lei, devendo apenas aplicar aquelas previamente instituídas pelo legislador. Significa que a “paridade de armas” entre as partes se cumpre com a paridade de tratamento entre os iguais e a aplicação de tratamento diferenciado para os desiguais na medida das previsões legais<sup>149</sup>.

Nesse íterim, a igualdade perante a legislação, para além de vincular o legislador, vincula igualmente o juiz na condução do processo. E mais especificamente, quando o juiz distribui de modo diverso o ônus da prova (artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015), é imprescindível que a parte onerada “ex novo” tenha oportunidade de desempenhá-lo de forma adequada, sob pena de violado não só o direito à prova, mas também o direito à igualdade e à paridade de armas no processo. A igualdade na legislação pressupõe, assim, a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo<sup>150</sup>.

A norma constitucional de que a lei deve tratar todos de forma igual, aplicou-se também ao processo civil brasileiro, consoante o disposto no já mencionado artigo 7º, do Código de Processo Civil de 2015. Tanto a legislação como o juiz no caso concreto devem, portanto, garantir às partes uma “paridade de armas”<sup>151</sup>, como forma a manter equilibrada a disputa inicial entre elas. A isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, de o magistrado demonstrar sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento a qualquer interessado<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., p.12.

<sup>150</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., p. 104.

<sup>151</sup> Legalmente consubstanciada no art. 139, I, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>152</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., p. 133.

Nesse diapasão, Jorge Eustácio da Silva Frias<sup>153</sup> defende que o princípio significa impor-se tratamento isonômico aos iguais, mas também justifica tratamento diferenciado aos desiguais, visto que a igualdade processual impõe a criação de uma série de regras processuais adequadas às particularidade de cada sujeito processual. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil deixa expresso o princípio e exige tratamento isonômico das partes não só no que respeita ao exercício de direitos e faculdades processuais, mas também quanto aos meios de defesa, ônus, deveres e até na aplicação de eventuais sanções processuais.

O princípio da isonomia não pode se esgotar, assim, num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente para satisfazer a garantia de igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está baseada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre os demandantes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade.

O objetivo primordial da isonomia é consentir que concretamente os demandantes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, possuem algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais, como forma de equilibrar a disputa processual.

Ocorre que o processo não pode ser o veículo principal de promoção de igualdade social, mas incumbe a esse, e daí sua vinculação com a igualdade, estruturar-se de modo que, quando duas pessoas estiverem litigando, por maiores que sejam suas diferenças, não sejam essas determinantes para o resultado do pleito. Reduzida à necessidade de simetria nas possibilidades de informação e reação (paridade de armas), o conteúdo da igualdade atém-se à parcela ínfima do inteiro fenômeno processual, não sendo suficiente para evitar que o processo premie o litigante mais hábil, prestigioso ou endinheirado ao invés de dar razão àquele que realmente a tenha.

---

<sup>153</sup> Ob. cit., pp. 156-183.

Por isso, a igualdade em perspectiva interna ao processo não se refere apenas ao livre exercício do direito de ação e defesa, mediante simetria nas posições desempenhadas pelos atores do embate processual, mas à necessidade de que esses disponham de equivalentes oportunidades práticas, durante todo o *inter procedimental*, em matéria de debate probatório, alegações, recursos e demais posições, para que tenham, na prática, e não simplesmente na teoria, iguais possibilidades.

A credibilidade do processo como instrumento de resolução de conflitos depende de sua capacidade de oferecer uma perspectiva de equilíbrio a todos os seus participantes, sendo indispensável que os litigantes possam nutrir alguma expectativa de vitória<sup>154</sup>. O processo como ambiente de participação e influência, com vistas à obtenção de uma decisão justa, deve, dentro do possível, orientar-se para dar tutela aos direitos a partir de referenciais ligados ao direito material. Isso faz com que se exija que, nesse ambiente, todos os sujeitos tenham iguais chances ou oportunidades de demonstrar que têm razão. Daí porque igualdade (ao menos tratada em termos processuais) significa igualdade de oportunidades de fazer valer seus direitos em juízo<sup>155</sup>.

O juiz, ao assegurar às partes igualdade de tratamento, deve certificar-se de que estas estejam niveladas em influência, não bastando a igual consideração do juiz para uma e outra. A igualdade processual é dinâmica porque o direito de ação e o próprio fenômeno processual são dinâmicos. Desse modo, o equilíbrio dos sujeitos no processo não pode ser dado *a priori*, mas depende justamente das atividades que cada um desempenha, do fato de terem ou não se desincumbido de determinados ônus, *v.g.*<sup>156</sup>.

Esse é exatamente o conteúdo normativo do artigo 7º, do Código de Processo Civil de 2015. Igualdade de tratamento em relação ao exercício de posições processuais em concreto, equilíbrio dos meios de defesa, ônus, deveres e na aplicação de sanções processuais, de modo que viabilize o exercício do efetivo contraditório. Cada posição processual deve ser vista em concreto (e nas

---

<sup>154</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *La igualdad de las partes en el proceso civil*. Temas de direito processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.

<sup>155</sup> RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, *Ob. cit.*, p. 156.

<sup>156</sup> LUIS ALBERTO REICHELDT, *Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2002, p. 19.

suas relações com as demais posições), com atenção à posição conferida àquele determinado ato processual e às alternativas possíveis àquele sujeito naquele determinado momento, quando se trata de verificar a igualdade de possibilidades de seu desempenho.

Em síntese, portanto, o mencionado artigo 7º, ao densificar o direito fundamental à igualdade de forma relacionada ao direito ao contraditório, tão somente destaca a ligação existente entre os dois fenômenos: a igualdade processual (entendida como equilíbrio) deve ser pensada em função do contraditório. Por consequência, o processo deve garantir iguais possibilidades de influência<sup>157</sup>, como garantia de um verdadeiro estado democrático de direito<sup>158</sup>.

#### **2.4. Princípios da boa-fé e lealdade processual**

Na mesma linha de inclusões principiológicas expressas, a inserção do princípio da boa-fé<sup>159</sup>, como dever de conduta, no texto do Código de Processo Civil de 2015, também merece ser exaltada, conforme a dicção de seu artigo 5º. Os valores trazidos no dispositivo já permeavam a atividade cognitiva exercida pelos juízes e tribunais e, muitas vezes, serviam de fundamento valioso na solução de conflitos levados ao Poder Judiciário<sup>160</sup>.

O conceito de boa-fé permite adaptar os valores éticos da sociedade aos valores normativos do ordenamento, segundo as particularidades do caso. A boa-fé objetiva permite extrair a essência do conteúdo da norma para aplicá-la ao caso concreto. No que se refere à suas adoções no novo código, é importante destacar que a compreensão deve ocorrer, justamente, na acepção objetiva, uma

---

<sup>157</sup> RAFAEL SIRANGELO DE ABREU, Ob. cit., p.159.

<sup>158</sup> RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE e MAURÍCIO FERREIRA CUNHA, *Novo código de processo civil para concursos*. 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2017, p. 53, defendem que em sendo o princípio da igualdade ou isonomia inerente ao estado democrático de direito, disciplinado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 procede sua tradução para o processo através da igualdade processual, isonomia processual ou paridade de armas, garantindo aos litigantes as mesmas oportunidades de acesso, participação e influência no resultado do processo.

<sup>159</sup> Sobre o tema, vide ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em processo civil*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 87-101.

<sup>160</sup> ALEXANDRE ÁVALO SANTANA, *Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do novo CPC*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplan, 2015, p. 57.

vez que o artigo 5º aponta expressamente para um dever de conduta que se espera dos sujeitos processuais ao dispor que, todos que, de alguma forma, participem do processo, devem “comportar-se de acordo com a boa-fé” e, conseqüentemente, com a lealdade processual.

Lecionando sobre a diferença entre a boa-fé objetiva e subjetiva, Ronaldo Cramer<sup>161</sup> afirma que as duas previsões têm, em comum, a preocupação de exigir boa-fé do indivíduo em seu agir numa relação jurídica. Ocorre que os dois institutos reclamam a boa-fé de forma distinta. A subjetiva identifica essa qualidade baseando-se na intenção do indivíduo, perquirindo a motivação dele na prática de seus atos na relação jurídica. A objetiva, por sua vez, já se preocupa com o comportamento do sujeito na relação jurídica, com seus atos em si e isoladamente considerados, pouco importando a sua intenção em praticá-los.

A boa-fé objetiva é uma norma de conduta que se espera que seja observada por todas as pessoas nas suas relações com os demais indivíduos, tendo como parâmetro o homem médio. No campo do direito contratual, administrativo ou processual civil é imprescindível que os sujeitos comportem-se, a todo o tempo, com a mais estrita boa-fé, sob pena de sofrer as penalidades previstas em lei. O princípio da boa-fé objetiva possui três funções: interpretativa, integradora e limitadora. A que mais interessa é a integradora, que cria uma série de deveres de conduta para as partes; deveres que não estão previstos em lei ou no contrato. São os chamados deveres anexos ou laterais de conduta. Dentre eles está o de cooperação, o qual, no âmbito processual, tem também aplicação no novo modelo de processo.

Nota-se que a boa-fé objetiva origina um dever de conduta, pois tem relação com o comportamento que se espera nas relações jurídicas, logo, não se destina apenas à análise do estado mental subjetivo, ou seja, se houve ou não boa intenção das partes<sup>162</sup>. Em outras palavras, basta uma análise perfunctória para se constatar que o dispositivo cogitado impõe uma boa-fé comportamental. Trata-se da necessária probidade e lealdade que devem nortear as condutas praticadas durante o processo, o que, por certo, ultrapassa os aspectos anímicos

---

<sup>161</sup> *O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 197.

<sup>162</sup> ALEXANDRE ÁVALO SANTANA, Ob. cit., p. 57.

da já conhecida boa-fé subjetiva, na qual a análise fica limitada ao âmbito da intenção das partes<sup>163</sup>.

Nesse sentido, em sede da doutrina portuguesa, Luis Filipe Pires de Sousa<sup>164</sup> leciona que, na vertente processual, a regra da boa-fé impõe-se como expressão da necessidade de convivência ética, tendo também como cerne um conteúdo ético-social fundado na honestidade, probidade, lealdade que devem estar presentes em todas as relações jurídicas. Defende o mencionado autor que a regra da boa-fé seja tida como uma norma cogente, de ordem pública, no sentido de que atua independentemente da vontade dos interessados e mesmo contra a vontade destes, que não podem impedir sua aplicação. Por consequência, a regra da boa-fé impõe um comportamento probo e leal para o desenrolar do processo que tem por escopo a pacificação social materializada na entrega de uma prestação jurisdicional justa. Afinal, o dever de boa-fé (e subsequente dever de lealdade) visa atender a um interesse que excede o das partes, qual seja, o interesse público do Estado na prestação da tutela jurisdicional. E o interesse público não é o de obter a paz a qualquer custo mas, sim, dar razão a quem efetivamente a tem, segundo os ideais de justiça reconhecidos pela norma.

Na esteira desse posicionamento, no Brasil, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>165</sup> ensina que o artigo 5º do novo Código de Processo Civil brasileiro consagra os princípios da lealdade e boa-fé processual ao prever que “aquele que, de qualquer forma, participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. O dispositivo apresenta-se demasiado interessante, pois não se restringe a exigir conduta proba somente das partes, mas de todos que, de alguma forma, participem do processo. O dispositivo não conceitua a boa-fé, de modo que o vigente estatuto processual civil segue a tradição do Código de Processo Civil de 1973 no sentido de se limitar a tipificar os atos que atentam contra tal princípio, prevendo a devida sanção<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Defendendo que o mencionado art. 5º exige tanto a boa-fé objetiva como também a subjetiva, vide MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., p. 99.

<sup>164</sup> *A prova por presunção no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 32-33.

<sup>165</sup> *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., pp. 19-21.

<sup>166</sup> A multa pelo descumprimento de tais deveres está prevista, atualmente, no art. 77, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Por conseguinte, como a segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, é fácil concluir que o princípio da boa-fé objetiva não se restringe ao direito privado. Ao contrário, expande-se por todos os ramos do direito, inclusive o direito público, e em seus desdobramentos<sup>167</sup>. Andou bem, portanto, o novo Código de Processo Civil brasileiro quando inseriu entre as normas fundamentais o dever de todos os que atuam em juízo de “comportar-se de acordo com a boa-fé”. Esse é o rumo que vinha seguindo a jurisprudência, mesmo antes da adoção de um texto normativo expresso.

Tal princípio no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais. Ele se torna uma das grandes premissas do processo cooperativo/comparticipativo encampado pelo contemporâneo direito processual civil brasileiro, de modo a estabelecer o diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando o comportamento que infrinja as finalidades da atividade processual. Como pontua Antônio do Passo Cabral<sup>168</sup>, uma das consequências mais importantes de se admitir o aspecto participativo e cooperativo do processo é incluir-se a boa-fé no debate sobre os atos processuais.

A ampliação do uso da boa-fé objetiva, no âmbito processual, ensejará impacto profundo e sensível na teoria dos atos processuais, de modo a torná-los uma efetividade para o sistema processual democrático e baseado na participação, estabelecendo um padrão ético de conduta para as partes também na relação processual.

Afinal, em sendo processo por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que os litigantes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. O processo é um instrumento disponibilizado às partes não somente para eliminação de seus conflitos e para que possam obter respostas a suas pretensões, mas também para a atuação do Direito e conseqüente pacificação geral da sociedade. Diante dessas duas

---

<sup>167</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, Ob. cit., p. 160.

<sup>168</sup> *Cosa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 127.



finalidades, que lhe concedem uma profunda inclusão sóciopolítica deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo denomina-se princípio da lealdade processual.

Parte da doutrina mais remota manifesta-se contrariamente à existência do princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo instituto inquisitivo e avesso à livre disponibilidade das partes. A doutrina contemporânea, porém, tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia individualista do *laissez-faire*, afirmando o cabimento de um dever de veracidade das partes no processo civil, diante de todas as conotações publicistas agora reconhecidas ao processo e, negando assim, a incongruência entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional<sup>169</sup>.

Retornando à boa-fé objetiva e analisando seu sentido histórico, Leonardo de Faria Beraldo<sup>170</sup> defende que esse princípio vem sendo bastante propagado no Brasil em decorrência de sua positivação no artigo 422 do Código Civil de 2002, inclusive com doutrina e jurisprudência defendendo a sua aplicação nos mais diversos ramos do Direito, dentre eles, o do processo civil. No entanto, sua existência não é novidade entre nós, eis que o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850 já continham regramentos da boa-fé. No próprio direito processual civil, é possível afirmar que, desde o Código de Processo Civil de 1939, já se falava em multas e sanções para os atos praticados de má-fé. Registre-se que o artigo 14, II, do Código de Processo Civil de 1973, já dispunha que são deveres de todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo “proceder com lealdade e boa-fé”. No entanto, essa previsão, conquanto com redação parecida com o artigo 5º, do Código de Processo Civil de 2015, refere-se à boa-fé subjetiva, o que resta demonstrado por sua inserção no capítulo dos deveres das partes e de seus procuradores<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Ob. cit., pp. 72-73.

<sup>170</sup> *O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 359 –364.

<sup>171</sup> RONALDO CRAMER, Ob. cit., p. 200.

Já o artigo 5º, do Código de Processo Civil de 2015, encontra-se no capítulo das normas fundamentais do processo civil, junto à previsão de garantias processuais importantes, como a inafastabilidade do controle jurisdicional, a isonomia, a duração razoável do processo, a cooperação, dando a entender que a boa-fé ali disposta configura-se um princípio e, por conseguinte, corresponde à boa-fé objetiva. Além disso, o princípio da boa-fé objetiva relaciona-se com o princípio da cooperação, uma vez que a pretendida colaboração entre os sujeitos do processo somente se alcança se deles for exigido um modelo de comportamento<sup>172</sup>.

Não obstante, o princípio da boa-fé objetiva, muito embora se encontre previsto expressamente na legislação infraconstitucional, tem também fundamento na Constituição Federal de 1988, eis que, com acerto, sustenta-se que a exigência de não exercer comportamentos desonestos constitui um dos conteúdos do devido processo legal, que para ser tido como justo precisa ser ético e leal<sup>173</sup>.

Também de forma correta, Antônio do Passo Cabral<sup>174</sup> identifica o princípio da boa-fé objetiva como decorrência do princípio do contraditório, o qual não assegura apenas direitos para as partes, mas igualmente o dever de agir de forma ética.

As duas posições não são excludentes. Pode-se afirmar que o imperativo de atuar de forma leal no processo constitui decorrência do princípio do contraditório, na perspectiva dos deveres que esta garantia impõe, bem como do devido processo legal, que, como se sabe, alberga todas as demais garantias processuais. Afinal, se são exigidos comportamentos previsíveis e colaborativos dos integrantes de uma relação privada, com mais razão, deve-se reclamar essa postura dos sujeitos da relação processual<sup>175</sup>, já que esta, além de seu caráter público, tem o propósito de pôr fim a um litígio.

---

<sup>172</sup> RONALDO CRAMER, Ob. cit., p. 200.

<sup>173</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Ob. cit., p. 109.

<sup>174</sup> *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 62-63.

<sup>175</sup> Nessa seara, registre-se o posicionamento de LEIDE MARIA GONÇALVES SANTOS, *A boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea*. Vitória: 2008, pp. 160-161, para quem “A vigência da boa-fé objetiva nos meandros do Direito Processual Civil requer o predomínio do “jogo limpo” (*flair play*) que não

## 2.5. Princípio da cooperação.

Como inicialmente disposto no capítulo anterior, a cooperação pode ser entendida, de um lado, como um sistema processual cujo modelo apresenta-se como misto, mitigando as tradicionais diferenças entre os sistemas do dispositivo e do inquisitivo. De outro, porém, é tida como um efetivo princípio de natureza processual, o qual se apresenta no direito brasileiro, contemporaneamente, como um dos principais norteadores da normatização processual civil<sup>176</sup>.

Oriundo do direito estrangeiro, para alguns doutrinadores, mais precisamente da Alemanha, França e Portugal<sup>177</sup>, o princípio da cooperação (ou colaboração) orienta o magistrado a adotar uma postura de “agente –colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras”<sup>178</sup>.

Ao proceder uma análise no ordenamento jurídico alemão, Reinhard Greger<sup>179</sup> define o princípio da cooperação como parte de uma compreensão fundamental da ciência processual moderna. Afirmar que o processo civil cuida de uma relação jurídica entre sujeitos processuais – isto é, entre juiz e as partes de um lado e as partes entre si de outro. Sustenta que esse ensinamento ligado à relação jurídica processual, fundado em Bülow<sup>180</sup>, ao qual Schwab<sup>181</sup> também concedeu grande valor para a dogmática processual, não só esclarece fenômenos

---

condena a habilidade, mas repudia as manobras desleais, as trapaças e todo e qualquer artifício que impeça à contra-parte o exercício das suas faculdades processuais ou que dificulte, ou torne mais gravoso, ou oneroso o exercício dessas faculdades. (...) A boa-fé objetiva como pauta de conduta a guiar os ligantes impõe que no curso do processo, de forma cooperativa, todos os fatos e provas relevantes ao deslinde da questão sejam apresentados integralmente para a justa solução do litígio. O processo não pode mais ser visto como uma arena de gladiadores. Existem regras preestabelecidas para o exercício da defesa, sendo essas limitadas pela lealdade e boa-fé, inclusive para assegurar a paridade de armas.”

<sup>176</sup> Sobre o tema, vide LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; BERNHARD HAHN, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* Koeln: Carl Heymanns Verlag, 1983.

<sup>177</sup> RENNAN FARIA KRUGER THAMAY e RAFAEL RIBEIRO RODRIGUES, *Ob. cit.*, p. 65.

<sup>178</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo. v.127. São Paulo: 2005, p. 76.

<sup>179</sup> *Cooperação como princípio processual*. Trad. Ronaldo Kochem. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 302 –303.

<sup>180</sup> Oskar Von Bülow, jurista alemão que desenvolveu teoria sobre os pressupostos processuais.

<sup>181</sup> Karl-Heinz Schwab, jurista e professor alemão.

como a sucessão no processo ou como a vigência do princípio da boa-fé, mas também oferece base para deveres processuais e ônus para as partes.

Ainda analisando as raízes históricas do princípio da cooperação no processo civil, precisamente no direito alemão, desde a *Civilprozessordnung* de 1877 até as reformas mais recentes que consolidam o quadro da *Zivilprozessordnung*, Ronaldo Kochem<sup>182</sup> leciona, em linhas de síntese, que o princípio dispositivo processual dispõe que o Estado e a sociedade não estão interessados no processo e em seu resultado justo, motivo pelo qual se deve deixar nas mãos das partes o fornecimento do material fático e a aquisição dos meios de prova. De outro lado, o princípio inquisitório dispõe que existe um interesse público na determinação da situação fática de forma verdadeira e completa e, com isso, na prolação de uma decisão tão correta e conforme o direito quanto possível, razão porque no processo vale o princípio da determinação, investigação e prova dos fatos de ofício. Em sequência, ensina que foi Bettermann quem cunhou o termo *Kooperationsmaxime* pela primeira vez na Alemanha, para fazer alusão ao termo *Sammelmaxime* do processo civil austríaco, tratando a questão em um artigo datado de 1972, a respeito da concepção social do processo, intitulado “Fundamentos e Princípios Constitucionais do Processo”. Nesse artigo, a *Kooperationsmaxime* foi disposta como um termo médio entre os princípios dispositivo processual e inquisitório.

Na doutrina brasileira, Fredie Didier Júnior<sup>183</sup> afirma que a união dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual<sup>184</sup> e do contraditório serve de base para o surgimento do princípio da cooperação, que define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito pátrio. Assim, com base na cooperação, o órgão julgador pode intervir no processo para promover o efetivo contraditório e, por consequência, a igualdade processual. Na sugestiva lição de

---

<sup>182</sup> *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 321-325.

<sup>183</sup> *Princípio da cooperação*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 350.

<sup>184</sup> Realizando ligação entre a boa-fé objetiva processual e o princípio da cooperação, vide DANIEL DE MACEDO ALVES PEREIRA, *Limites ao princípio da cooperação*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012, pp. 12-42.

Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu<sup>185</sup>, o juiz deve atuar para “neutralizar as desigualdades” que possam afetar a atuação das partes e promover uma “equivalência de oportunidades” a todos os sujeitos processuais.

Referindo-se à confluência entre o princípio da cooperação e o princípio do contraditório, Cássio Scarpinella Bueno<sup>186</sup> ensina que a doutrina brasileira mais recente, profundamente influenciada pela estrangeira, começou a tratar do “princípio da cooperação”, em uma específica faceta – quiçá uma (necessária) “atualização” – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes litigantes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide. Nesse sentido, o princípio da cooperação poderia ser compreendido como o princípio do contraditório, arraigado no ambiente dos direitos fundamentais, fomentado pela hipertrofia à tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado. E por isso mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do princípio do contraditório. De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, para o entendimento que vincula também o juiz. Assim, o princípio do contraditório apresentaria dupla abrangência. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes essa possibilidade. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e dever do juiz.

Em que pese o disposto pelo renomado processualista brasileiro, entendemos que o princípio da cooperação não se mostra como uma nova faceta do contraditório, mas, sim, caracteriza-se pelo redimensionamento do contraditório, com inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo entre as partes<sup>187</sup>. Passa, assim, a ser valorizado como um instrumento indispensável ao

---

<sup>185</sup> *Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014, p. 102.

<sup>186</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*. v.1. 2.ed.; São Paulo: Saraiva: 2008.

<sup>187</sup> CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 139-140.

aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida<sup>188</sup>.

Consoante os ensinamentos de Daniel de Macedo Alves Pereira<sup>189</sup>, essa cooperação pode se manifestar em sentido material e em sentido formal. Em sentido material, apresenta-se no objetivo de apuração da verdade material dos fatos controvertidos para, dessa forma, obter-se a justa composição do litígio. Já em sentido formal, impede eventuais dilações inúteis com a finalidade de proporcionarem todas as condições para que a decisão seja proferida no menor período possível, em razoável prazo.

Almejar uma condução cooperativa do processo, sem destaques a alguns sujeitos processuais, resulta em deveres de conduta tanto para as partes como para o magistrado, o qual assume uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico no momento da decisão. Por conseguinte, não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na divisão do trabalho, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio<sup>190</sup>.

Duas ponderações se mostram necessárias, entretanto. A primeira delas refere-se à cooperação entre as partes. Afinal, estando elas em posição naturalmente antagônica no processo, não seria razoável, ante a contrariedade de seus interesses, que delas se exigisse uma colaboração de uma para com a outra. Nesse sentido, parte da doutrina defende que não se pode desprezar que as partes comparecem a um processo de base litigiosa em posições antagônicas, cada qual com argumentos contrapostos em busca de um mesmo bem de vida. Argumenta que seria equivocado correlacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem de um juiz como “terapeuta social”, defendendo a ideia de que o dever de cooperação deve existir apenas na relação entretida entre as partes para com o Tribunal e entre este e as partes, jamais entre as próprias partes. A colaboração no processo não implicaria, assim, em colaboração direta entre as partes, podendo considerar-se que cada parte

---

<sup>188</sup> DANIEL MITIDIERO, Ob. cit., pp. 89-90.

<sup>189</sup> Ob. cit., pp. 51-53.

<sup>190</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., p. 212.

deve cooperar com o Tribunal para que este coopere com a outra parte. A cooperação no processo civil, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz para com as partes, sendo a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso responsável por repelir a ideia de colaboração direta entre as partes<sup>191</sup>.

A segunda esclarece que não há paridade no momento da decisão, eis que as partes não decidem com o juiz, apenas influenciam na sua decisão mediante o desenrolar do processo e a dilação probatória. A decisão é fruto de atividade processual cooperativa, mas exclusiva função do órgão jurisdicional.

Assimetria não significa que o órgão jurisdicional encontra-se em uma posição processual composta apenas por poderes processuais, distinta da posição processual dos demandantes, recheada de ônus e deveres. Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao magistrado uma série de deveres, ou poderes-deveres, que o tornam também sujeito do contraditório. O exercício da jurisdição deve obedecer aos limites do devido e justo processo. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria, decorrente do conteúdo de um poder que lhe é exclusivo. Este é o modelo de direito processual civil adequado à clausula do devido processo legal e ao regime democrático<sup>192</sup>.

O princípio da cooperação atua também imputando diretamente aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção da verdade. Os deveres de cooperação para as partes podem ser divididos em: esclarecimento, lealdade e proteção e prevenção. Como já ressaltado, também ao órgão jurisdicional se vislumbram estes deveres: dever de lealdade - decorrente do princípio da boa-fé processual; dever de esclarecimento - o juízo deve esclarecer junto às partes as dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas e também de esclarecer seus próprios pronunciamentos, sobretudo por meio da fundamentação, consultando as partes com base em questão fática ou jurídica, ainda que possa ser conhecida de ofício,

---

<sup>191</sup> DANIEL DE MACEDO ALVES PEREIRA, Ob. cit., p. 109.

<sup>192</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., p. 213.

dando a elas a possibilidade de manifestação; dever de prevenção - em apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas, tratando-se o dever de prevenção variante do dever de proteção<sup>193</sup>.

À luz do sistema cooperativo, Guilherme Rizzo Amaral<sup>194</sup> também enumera a repercussão de alguns deveres destinados ao magistrado. Assim, destaca que tal modelo de colaboração “pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, assim como os deveres judiciais (i) de esclarecimento, (ii) de diálogo, (iii) de auxílio, (iv) de prevenção”.

Não se desconhece a existência de severas críticas ao reconhecimento da cooperação/colaboração como um princípio ou uma garantia processual dotada de densidade normativa. Para Lênio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta<sup>195</sup>, a colaboração/cooperação seria, na verdade, um *standard* interpretativo, derivado de uma construção pragmaticista, mas não um princípio.

Com devido respeito aos mencionados autores, essa não parece a solução mais acertada. A cooperação é efetivamente um princípio, dotado de autonomia. Ela surge em decorrência do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, tendo eficácia normativa direta, a despeito da ausência de regras que a concretizassem. Afinal, a inexistência, até a edição do Código de Processo Civil de 2015, de regras que expressamente mencionassem, delimitassem e/ou esclarecessem o conteúdo do princípio da cooperação já não era um obstáculo para sua efetivação<sup>196</sup>.

Impende ressaltar que, em alguns ordenamentos, podem existir regras de cooperação, que concretizam o princípio. Não obstante, defende-se que ele tem eficácia normativa direta, mesmo a despeito da inexistência de regras que o concretizam. O princípio da cooperação se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho policêntrica e comparticipativa”<sup>197</sup> e a

---

<sup>193</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., pp. 214-216.

<sup>194</sup> *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

<sup>195</sup> *Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou: colaboração no processo civil é um princípio?* Revista de Processo. v.37, n.213. São Paulo: nov., 2012, pp. 13-34.

<sup>196</sup> Nesse sentido, já lecionava FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Ob. cit., pp. 211-217.

<sup>197</sup> DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, Ob. cit., p. 215.



responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados<sup>198</sup>, mostrando-se o mais adequado para uma democracia. Com sua incidência, afastam-se os protagonismos, estruturando-se o processo a partir de um modelo constitucional, com fulcro no contraditório e no devido processo legal, objetivando, sobretudo, uma melhor dilação probatória, que possa revelar mais efetivamente a verdade processual, proporcionando ao julgador um melhor entendimento dos fatos, uma mais efetiva valoração da prova e, conseqüentemente, a elaboração de um provimento jurisdicional que mais se aproxime da realização da justiça.

Nesse ínterim, Glauco Gumerato Ramos<sup>199</sup> defende que o princípio da cooperação reforça a importância do contraditório como técnica de concretização da dialética do processo e impõe um alto grau de comprometimento do julgador para com as partes, e destas em relação àquele, de modo a propiciar que o fruto da atividade perpetrada pelo poder judiciário seja apto a resolver adequadamente o conflito de interesses que lhe foi submetido.

Ainda nesse sentido, Alexandre Ávalo Santana<sup>200</sup> leciona que, num contexto de sistema processual, referido aspecto foi considerado na construção do novo Código de Processo Civil brasileiro que, por sua vez, erigiu a cooperação como norma fundamental, a qual deve ser compreendida em um cenário democrático. Afinal, é preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório como garantia de influência<sup>201</sup>.

Nessa linha, o princípio da cooperação aponta para um modelo cooperativo no qual as partes e o juiz participam e influenciam efetivamente na construção do provimento final, diferentemente do modelo adversarial, no qual o papel do juiz se resume ao de expectador. Assim, na concepção cooperativa, os destinatários das normas processuais funcionarão como sujeitos de transformação<sup>202</sup>.

Primeiramente, o juiz, ao lado dos demais sujeitos de transformação, apresenta-se como peça essencial para que o alvo dessa norma fundamental seja alcançado. Aliás, nesse ponto, vale lembrar o ensinamento de Carlos

---

<sup>198</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*. 2.ed.; Lex, 1997, p.66.

<sup>199</sup> Ob. cit., pp. 255-271.

<sup>200</sup> Ob. cit., pp. 46-60.

<sup>201</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, Ob. cit., pp. 71.-72.

<sup>202</sup> ALEXANDRE ÁVALO SANTANA, Ob. cit., p. 53.

Maximiliano<sup>203</sup> no sentido de que “Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano”.

Nessa seara, desenvolve-se a ideia do processo como um ambiente apropriado para o incremento de uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), afastando-se a noção liberal de que o processo civil seria uma luta arbitrada pelo juiz<sup>204</sup>. As partes e o juiz trabalham em conjunto. O juiz colabora e coopera com as partes e delas recebe colaboração e cooperação, todos se propondo ao diálogo. A conduta do juiz torna-se sempre sindicável pelas partes e vice-versa.

Fica de lado também a ideia de um juiz inquisitório, com contornos absolutistas, inserido em um sistema político e processual com uma marca autoritária, conduzindo sozinho o processo, não prestando às partes satisfação quanto aos momentos cruciais do trâmite processual.

Exige-se, sim, do juiz que ele conduza o processo de forma democrática, equilibrada e dialogada, com lealdade para com as partes, zelando pela observância dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, deveres informativos do princípio da cooperação e mecanismos para a redução da desigualdade processual<sup>205</sup>.

Impende ressaltar que, mesmo sobre essa ótica, o princípio da cooperação apresenta limites, inclusive no âmbito da atividade probatória, sendo a garantia da imparcialidade o principal deles. Ao lecionar sobre o assunto, Daniel de Macedo Alves Pereira<sup>206</sup> indica dois deles. O primeiro diz respeito a não violação de direitos fundamentais, sobretudo os constitucionalmente previstos, a exemplo da integridade física, privacidade e não violação de comunicação; o segundo é o respeito ao direito ou dever de sigilo, estipulado por normas legais.

---

<sup>203</sup> *Hermenêutica e aplicação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

<sup>204</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Ob. cit., p. 168.

<sup>205</sup> Para uma abordagem geral dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio no processo civil, vide IGOR RAATZ DOS SANTOS, *Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*. Revista de Processo. v.36. n.192. São Paulo: fev., 2011, pp. 62-73.

<sup>206</sup> Ob. cit., pp. 85-88 e 94-96.

Não obstante, de acordo com o princípio da cooperação, essa postura diferenciada não é aguardada somente por parte do magistrado, mas também dos demandantes, os quais devem agir em consonância com os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. O princípio, em última análise, objetiva criar mecanismos processuais para que o magistrado e as partes cooperem mútua e harmonicamente, com fins a que o processo alcance um resultado rápido, eficaz e justo. Conquanto tenha a direção ativa do processo, o juiz deve fazê-lo de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo e possibilitando que elas dele participem ativamente, influenciando, inclusive, na decisão que será proferida<sup>207</sup>. Afinal, autoridade não se confunde com autoritarismo.

De outra senda, é preciso também que as partes colaborem com o juiz. A colaboração é uma via de mão dupla. Do juiz para com as partes. E das partes para com o juiz, participando ativamente do processo, mas sempre buscando a sua rápida solução, colaborando para a identificação das questões de fato e de direito, não dando azo a incidentes desnecessários e procrastinatórios. Com o devido respeito, não concordamos com a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>208</sup> para quem o princípio da cooperação estaria muito mais voltado ao juiz do que para as partes, criando tão somente para aquele que conduz o processo os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Para ele, a exigência de uma cooperação das partes entre si, outorgando-lhes um ônus que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utópica. Em sentido semelhante, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron<sup>209</sup> contestam a referida visão, qualificando-a como “romântica”, segundo a qual os demandantes, no processo, desejam, em razão de vínculos de solidariedade, o resultado mais correto possível. Para eles, essa utópica solidariedade processual não existe e nem nunca existiu. O que as partes pretendem é o êxito e nada mais. Já o juiz objetiva a vazão de sua pesada carga de trabalho.

---

<sup>207</sup> DANIEL MITIDIERO, Ob. cit., p. 73.

<sup>208</sup> *Novo código de processo civil: lei 13.105/2015*. Ob. cit., pp. 16-19.

<sup>209</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Ob. cit., p. 69.

Com o respeito devido e merecido, temos outro entendimento. Não se trata aqui de uma roupagem utópica ou romântica à cooperação, mas, sim, da construção de um novo paradigma de processo adequado a um novo tempo. Um processo no qual a decisão é construída pelo juiz e pelas partes. Uma decisão que dê a cada um o que lhe é de direito. Uma decisão justa e efetiva. E proferida em prazo razoável. A desconsideração dos deveres cooperativos das partes, acentuando somente os deveres a cargo do juiz, retira da cooperação/colaboração parte de sua essência, frustrando-lhe sua finalidade e sua importância enquanto “pedra de toque” do novo sistema.

Impende ressaltar que, no direito português<sup>210</sup>, consoante os ensinamentos de José Lebre de Freitas<sup>211</sup>, o dever de cooperação para a descoberta da verdade constitui, enquanto radicado nas próprias partes, emanção do dever geral de cooperação. Tal como o dever de esclarecer imposto pela lei respeita ao plano da cooperação material, dele se distinguindo, porém, por respeitar, já não ao esclarecimento da alegação, mas aos esclarecimentos dos fatos, isto é, à prova. Está, além disso, o comportamento do recusante que seja parte na causa sujeito à livre apreciação do julgador por efeitos probatórios, confrontando-se assim com o resultado da produção de outros meios de prova livres no processo de formação da convicção judicial sobre a verificação da matéria de fato.

O novo Código de Processo Civil brasileiro institui um sistema participativo ou cooperativo de processo, moldado à luz da Constituição Federal, especialmente sob a inspiração do Estado Democrático de Direito, cujo perfil afasta a ideia de protagonismo processual, seja das partes, dos advogados ou dos juizes. Todos têm igual importância. E todos têm igualmente deveres. O reconhecimento da existência também de deveres das partes com o juiz e reciprocamente entre si, ou mais propriamente, de seu compromisso também com o resultado útil do processo, e não somente com seu êxito, em nada se liga a uma premissa ou a um discurso estatista ou estatizante de processo. O redimensionamento das relações dos sujeitos envolvidos no processo assume especial relevância na formação do novo sistema instituído pelo Código de

---

<sup>210</sup> Tratando da evolução do princípio da cooperação no direito português, vide DANIEL DE MACEDO ALVES PEREIRA, Ob. cit., pp. 49-51.

<sup>211</sup> *Código de processo civil anotado*. v.1. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 439-440.

Processo Civil de 2015. Um sistema que não é nem meramente dispositivo e nem muito menos meramente inquisitório. Um sistema fulcrado na ideia de que a função do processo não é somente a solução das controvérsias levadas a juízo, mas a sua resolução com justiça, fulcrada em uma opção ideológica baseada na busca de uma decisão judicial de qualidade e na aplicação correta e racionalmente justificada do direito, sem nenhum ranço de autoritarismo. Sob essa ótica, que evidentemente não é valorativamente neutra, o processo não é uma mera contenda entre indivíduos privados, orientando-se também pela obtenção de decisões justas no plano material. A busca da resolução do conflito por meio da cooperação recíproca das partes e do juiz, culminando com uma decisão de qualidade – justa – é possível. Isso não significa que as partes sejam tidas como imparciais e desinteressadas. Elas têm o legítimo interesse de vencerem a demanda, o legítimo interesse na prevalência da versão que apresentam em juízo. Mas, daí a eximi-las de deveres cooperativos, transformando a colaboração processual em uma via de mão única, vai uma distância muito grande.

Afinal, inspirado pela ideia de uma organização social democrática e solidária, o sistema cooperativo de processo realiza-se pelo diálogo inspirado pelo contraditório, implicando deveres de conduta para as partes e para o juiz. É o estreitamento da ligação entre processo e democracia sob o viés da solidariedade. Além do devido processo legal, no Brasil, o princípio da cooperação apoia-se em outras bases de cunho constitucional, quais sejam, o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e o princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I)<sup>212</sup>. A ideia é que a sociedade pressupõe organização e cooperação entre os indivíduos que a compõem, de onde, sem dúvida, podem emanar conflitos, surgindo daí o papel do Estado de promover a harmonia social, o que certamente dependerá da efetiva participação dos envolvidos<sup>213</sup>.

A democracia não se limita mais à representatividade dos cidadãos no Legislativo e no Executivo. O reconhecimento do direito fundamental à participação do cidadão vai além. Assim como se faculta ao cidadão a

---

<sup>212</sup> Sobre a relação entre cooperação, democracia e solidariedade, vide ALEXANDRE PAREIRA BONNA, *Cooperação no processo civil: a paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório*. Revista Brasileira de Direito Processual. v.22, n. 85. Belo Horizonte: jan./mar., 2014, pp. 75-88.

<sup>213</sup> ALEXANDRE ÁVALO SANTANA, Ob. cit., p. 53.

participação no processo legislativo, a democracia deliberativa<sup>214</sup> - apoiada na ideia de que toda decisão estatal é objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito e conferindo-lhe o *status* de sujeito ativo da vida do Estado - exige que se dê às partes a condição e a oportunidade de influenciarem a formação da decisão judicial, prestigiando-se o consenso e a comunicação entre os sujeitos processuais.

Lado outro, pela ótica do princípio da solidariedade, a cooperação remete a um proveito mútuo e recíproco entre os membros da sociedade, o que repercute diretamente na noção que se tem dos poderes e deveres do juiz e das partes no processo. Esse espírito solidário também inspira o processo cooperativo.

Por consequência, da leitura do Código de Processo Civil de 2015, é possível constatar que, corroborando as recentes alterações pontuais, o novo diploma traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o sistema processual, ancorado em normas constitucionais. Pela análise de seu artigo 6º, é possível afirmar que suas intenções são boas, pois visa a implementar um modelo cooperativo no processo e fazer com que as partes auxiliem o magistrado na condução da demanda, o que certamente tornaria o trâmite do processo mais organizado, célere e não conturbado.

Ocorre que, além da importante alteração legislativa, por certo, é imprescindível que se implemente uma nova postura de todos que, de alguma forma, participam do sistema processual que, por sua vez, devem se adaptar a um sistema cooperativo/comparticipativo evidenciado no novo Código de Processo Civil brasileiro, que traz mecanismos os quais buscam estimular tal postura.

---

<sup>214</sup> Deve-se a Jurgen Habermas o desenvolvimento da noção de democracia deliberativa, entendida como uma terceira via voltada à superação das teorias liberais e das teorias comunitaristas da legitimação normativa. O cerne da teoria deliberativa de Habermas é a concepção da soberania do povo como 'procedimento'. Remete-se a fonte da legitimação normativa não para a subjetividade liberal ou a objetividade comunitarista substancialista, mas, sim, para a comunicação gerada intersubjetivamente. Para Habermas, a soberania não seria resultado da soma das vontades individuais e nem de uma vontade geral, mas, sim, de um processo de formação discursivo-deliberativo entre cidadãos livres e iguais. A propósito vide CARLOS ROBERTO BUENO FERREIRA, *Habermas e a democracia deliberativa da teoria à prática: reflexões sobre uma experiência com James Fishkin*. Revista Eletrônica Direito e Política. v.9, n.1. Itajaí: jan./abr., 2014, pp. 234-249.

Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na adoção de um sistema cooperativo/comparticipativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e amplia as chances de influenciarem de modo mais eficaz na formação do convencimento judicial. Sob esse ponto de vista, é salutar falar em princípio cooperativo e o artigo 6º do novo Código de Processo Civil deve ser saudado<sup>215</sup>.

O novo estatuto processual civil dissipa, portanto, eventuais dúvidas quanto ao reconhecimento do princípio da cooperação e de sua respectiva força normativa, expressamente acolhendo-o. Mais do que um reconhecimento expresso da incidência do princípio da cooperação no processo civil, representa o início de uma mudança paradigmática na aplicação do direito com vistas à construção de um sistema participativo ou cooperativo de processo. Ao lado de outros paradigmas principiológicos, como o reforço da importância da duração razoável do processo, da boa-fé objetiva processual, do acesso à justiça (inclusive via dos meios alternativos de solução de conflitos), da fundamentação racional e legítima das decisões judiciais e do recurso aos precedentes (com o apelo a um direito jurisprudencial), a cooperação inegavelmente é uma das pedras de toque do novo Código de Processo Civil<sup>216</sup>.

Ainda segundo as lições de Ronaldo Souza Borges<sup>217</sup>, o princípio da cooperação deve também ser interpretado como uma linha orientadora da instrução processual. Afinal, o artigo 6º do novo Código de Processo Civil brasileiro liga a cooperação a um fim específico, qual seja, a obtenção de decisões de mérito justas e eficazes em tempo razoável.

A menção à justa e eficaz solução do litígio insere a cooperação, em toda sua plenitude, também na instrução processual. É que, para a solução justa e eficaz do litígio, é indispensável a instrução do processo. Só se chega a um

---

<sup>215</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., pp. 17-18.

<sup>216</sup> O princípio da cooperação também encontra guarida expressa no art. 7º, item 1, do atual Código de Processo Civil português (aprovado pela Lei n. 41, de 26 de junho 2013), o qual estabelece para magistrados, mandatários judiciais e partes, na condução e intervenção no processo, uma obrigação de cooperação recíproca entre si, concorrendo para que se obtenha, com brevidade e eficácia, uma justa composição do litígio.

<sup>217</sup> Ob. cit., pp. 259-266.

resultado processual justo e eficaz, caso as questões de fato deduzidas em juízo pelas partes, à luz da qual será aplicado o direito, sejam suficientemente esclarecidas no plano probatório.

Para que haja a atuação da norma de direito material por meio do processo, é necessária, quase sempre, a apuração, pelo mecanismo da cognição, da efetiva atuação dos fatos ocorridos. Para que o juiz decida a demanda, é necessário que ele bem conheça não apenas as razões das partes, mas também os fatos discutidos em juízo, que ele tenha contato com os fatos relevantes para o julgamento, ou seja, os fatos sustentados pelas partes como fundamento de sua pretensão ou de sua resistência, o que se dá tomando como base a instrução processual.

Independente do meio de que se sirvam para a prova da idoneidade de suas alegações, as partes devem essencialmente esclarecerem o juiz acerca dos fatos que serão levados em conta para a solução da ação, aproximando-o da realidade ocorrida e evitando que seja prolatada uma decisão baseada em informações inverídicas ou incompletas. Isso exige dos sujeitos processuais uma predisposição recíproca ao diálogo e à disponibilização do máximo de informações para a justa solução do caso, possibilitando que o juiz arrede todas as dúvidas que acaso tenha diante de eventual falta de clareza do contexto fático subjacente à demanda trazido ao processo pelo raciocínio discursivo desenvolvido pelas partes.

O esclarecimento tem dois lados. O juiz deve buscá-lo junto às partes e as partes devem prestá-lo ao juiz. Inserido no bojo dos deveres inerentes ao princípio da cooperação, é essencial para a mitigação de eventual desigualdade existente entre as partes, privilegiando o princípio da paridade de condições e estimulando a busca de soluções que resolvam o mérito da demanda de forma justa e eficaz<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> Sobre o esclarecimento enquanto um dos deveres resultantes do princípio da cooperação, vide EDUARDO AUGUSTO MADRUGA DE FIGUEIREDO FILHO e SÉRGIO CABRAL DOS REIS, *Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa*. Revista Trabalhista Direito e Processo. v.13, n.49. Rio de Janeiro: jan./mar., 2014, pp. 104-106.



Para além de almejarem um julgamento de mérito que lhes seja favorável, é preciso que as partes colaborem, no sistema cooperativo de processo, para a descoberta da verdade. Em outras palavras, sem prejuízo do desejo natural de um resultado exitoso, as partes, à luz do princípio da cooperação, têm a obrigação de colaborarem para a descoberta da verdade no processo. Nesse sentido, é que o artigo 378 do Código de Processo Civil de 2015, reproduzindo o artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973, estabelece que ninguém se exime da colaboração com o Judiciário para o descobrimento da verdade<sup>219</sup>.

Aí entra em cena a confluência entre a cooperação e a boa-fé. Com efeito, a busca da verdade pela instrução da ação não é apenas tarefa do juiz, mas também das partes, exigindo-se delas, pela aplicação do princípio da boa-fé no domínio processual, que tenham um comportamento ético na defesa de seus interesses<sup>220</sup>.

Um litígio dentro dos ditames da cooperação conduz a uma prestação jurisdicional mais eficiente. Com efeito, para que o processo atinja seus objetivos, da forma mais escorreita possível, exige-se das partes uma conduta ética pautada pela cooperação, esclarecendo o juiz fidedignamente sobre o ocorrido, auxiliando-o na construção da decisão final. Do contrário, a dignidade da Justiça e a justa composição do litígio restarão gravemente comprometidas<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> O art. 417º do Código de Processo Civil português é ainda mais específico, prevendo uma obrigação processual geral de cooperação para a descoberta da verdade, oponível a todas as pessoas, sejam ou não partes na causa. Assim é que de todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, exige-se a colaboração para a descoberta da verdade, respondendo a tudo que lhes seja perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias e praticando os atos que lhe sejam determinados. Os que recusam a colaboração devida, a menos que ela seja considerada legítima, são condenados em multa, sem prejuízo da utilização pelo juiz dos meios coercitivos que forem possíveis. Caso aquele que ilegitimamente recusa a colaboração seja parte do processo, o juiz ou o tribunal apreciarão livremente a conduta para efeitos probatórios, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova nos termos do art. 344º/2 do Código Civil (inversão do ônus da prova em razão do comportamento da parte que tenha culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei processual comine à desobediência ou às falsas declarações).

<sup>220</sup> Sobre o dever de colaboração e dever de lealdade processual, vide LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova*. 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 161/162. Analisando a boa-fé objetiva e a lealdade processual vide pp. 147-153.

<sup>221</sup> CARLOS AUGUSTO ASSIS. *O dever de falar a verdade e o processo civil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v.6. n.32. Porto Alegre: set./out., 2009, pp. 75-76.

A colaboração das partes vai além da exposição da verdade em juízo<sup>222</sup>, atuando de forma honesta, não alterando ou deturpando os fatos ou suas circunstâncias. Impõe-se a elas ainda levarem ao conhecimento do juiz todo o material probatório acerca da controvérsia fática em causa, possibilitando a obtenção da verdade apta ao embasamento de uma solução justa do litígio<sup>223</sup>.

O Estado tem o dever de solucionar o conflito de interesses, objetivando aplicar o direito, sendo essa, também, a finalidade última da sociedade na instituição do Estado-jurisdição. Não obstante, a coletividade deve ministrar meios, de forma mais completa possível, para que a decisão jurisdicional seja a mais justa e adequada. Daí resulta que o dever de colaboração é inerente ao monopólio da jurisdição. Demais disso, não há como esquecer que esse dever decorre do dever geral de sujeição ao poder do Estado<sup>224</sup>. Afinal, se todos estão submetidos ao poder estatal, igualmente estão subjugados à jurisdição, de forma a estarem constrangidos a colaborar com o Estado para a “descoberta da verdade”<sup>225</sup>.

Na concepção atualmente adequada e à luz do princípio da cooperação, espera-se do Juiz um comportamento pró-ativo, eis que ele deve funcionar na condição de “agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras<sup>226</sup>”. Em outras palavras, o magistrado deve garantir o respeito ao contraditório a partir de um olhar de verdadeira influência de todos os atores na prestação da tutela jurisdicional, num modelo participativo. Nessa linha, a cooperação emerge no novo direito processual brasileiro como verdadeiro expoente da realização de valores

---

<sup>222</sup> DANIEL DE MACEDO ALVES PEREIRA, Ob. cit., pp. 66-69.

<sup>223</sup> Nesse sentido, é que se diz que o procedimento da *discovery*, ligado à apuração de provas antes da fase judicial, típico do sistema do *common law*, notadamente do direito norte-americano, não seria estranho também ao sistema do *civil law*. Referido instituto, melhor estudado no item 6.3 deste trabalho, impõe às partes que colaborem entre si e com o Estado-juiz para a solução do litígio, inclusive, prestando informações, realizando depoimentos ou testemunhos ou fornecendo documentos em fase prévia à demanda, o que facilita a realização de acordos ou reduz os riscos e o tempo de duração do processo. A respeito vide GIOCONDA FIANCO PITT, *Dever de veracidade no processo civil brasileiro e sua relação com o instituto da discovery do processo norte-americano da common law*. Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo. Coord. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pp. 115-127.

<sup>224</sup> Sobre os poderes do Estado, vide GEORGES BURDEAU, *L'État*. Éditions du Seuil, 1970.

<sup>225</sup> MARINONI e ARENHART, Ob. cit., pp. 158-159.

<sup>226</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Ob. cit., p. 76.

constitucionais, pois corrobora a busca pela maior eficiência na solução dos conflitos de interesses.

Mas, não se pode perder de vista, também, que o dever de cooperação das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, pois, como criação dos deveres acessórios, impõe a colaboração das partes para o desenvolvimento do processo e a realização dos resultados programados pelo direito.

A inclusão expressa de um princípio fundamental de tamanha envergadura no sistema revela a finalidade de imperativa modificação de perspectiva do processo civil, em grande parte responsável pelo caos que permeia o sistema atual. No entanto, sua efetivação prática depende de medidas legislativas somadas a uma nova postura a ser adotada pelos operadores do direito, bem como por toda a coletividade.

Em suma, se a cooperação é essencial para todo o processo, exigindo do juiz e das partes um comportamento leal e de acordo com os ditames da ética e da boa-fé, mais ainda quando se toma em conta a instrução processual, imprescindível para o fim último do sistema cooperativo, qual seja, a entrega pelo Estado-juiz, em tempo razoável, de uma tutela jurisdicional justa e eficaz.

Essa seara principiológica, aliada aos poderes instrutórios do juiz e baseada na construção do processo civil contemporâneo, construiu um campo propício para o desenvolvimento do ativismo judicial e sua consequente atuação no campo probatório, mediante a aplicação da dinamização do ônus da prova.

### CAPÍTULO III – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Tema que atualmente envolve intensa polêmica na doutrina especializada é o da legitimidade democrática de se atribuir ao magistrado o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil. A questão é importante quando se busca determinar o modelo constitucional de processo civil estabelecido a partir da vigência da Constituição da República de 1988, o que tem sido procedido pela contemporânea doutrina processual brasileira.

O processo deve ser um instrumento de acesso à justiça (isto é, de acesso à ordem jurídica justa) e se, como dizia antigo *slogan* da Ordem dos Advogados do Brasil, “sem justiça não há democracia”, de outro lado não é menos certo que *sem democracia não há justiça*<sup>227</sup>.

Durante muito tempo, considerava-se o juiz como uma figura, além de imparcial, absolutamente desinteressado no resultado do processo. Defendia-se que o bom juiz era aquele que interferia o mínimo possível no processo, deixando às partes as iniciativas postulatorias e probatórias, tudo em respeito ao princípio dispositivo. Confundia-se imparcialidade com omissão e neutralidade, preferindo-se o juiz distante ao juiz participativo<sup>228</sup>. Essa perspectiva, entretanto, foi sendo, adequadamente, alterada ao longo da evolução do direito processual, até atingir o atual estágio, no qual foi desenvolvido a nova legislação processual civil brasileira.

O artigo 370 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 rege que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Na esteira do revogado artigo 130, do Código de Processo Civil de 1973, tal dispositivo legal expressa a tendência, existente não apenas no direito pátrio, como também no estrangeiro, de ampliação dos poderes probatórios do juiz.

Segundo essa nova concepção, a função do magistrado no âmbito probatório não é apenas conceder às partes a oportunidade de provar suas alegações, mas, também, de participar efetivamente da verificação dos fatos

---

<sup>227</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 66.

<sup>228</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., p. 663.

alegados, a fim de alcançar a verdade. Todos os integrantes da relação processual no sistema brasileiro, conseqüentemente, devem participar da atividade probatória<sup>229</sup>. A diferença é que as partes desenvolverão essa atividade de acordo com seus interesses, enquanto o julgador deve buscar o esclarecimento dos fatos alegados de forma imparcial<sup>230</sup>.

A doutrina brasileira nunca foi pacífica a respeito do alcance deste poder do juiz<sup>231</sup>. De toda forma, o magistrado tem o poder de determinar que provas serão produzidas e, além disso, deve valorar tais provas segundo o sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado.

### 3.1. Desenvolvimento dos poderes instrutórios do juiz no Brasil

Consoante os ensinamentos de Jefferson Carús Guedes<sup>232</sup>, mesmo antes da fase republicana, o artigo 230, do Regulamento 737, de 1850, norma processual comercial que vigorou Brasil Império, já dispunha sobre a possibilidade de o juiz ordenar diligências independentemente do requerimento das partes, sem que se considerasse esse um processo autoritário.

Decorrido certo período após a proclamação da república, já no século XX, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, formulada pelo então Ministro da Justiça Prof. Francisco Campos, argumentava sobre o papel de direção a ser exercido pelo juiz no processo, em um Estado vanguardista, que lhe conferia “poderes largos” para “investigar os fatos” e “descobrir a verdade”. Tal posição revelava uma concepção publicística do processo com inspiração chiovendiana. Em referida legislação, destacavam-se os artigos 112 e 117, os

---

<sup>229</sup> Sobre esse tipo de atuação do magistrado no sistema recursal, vide BRUNO CAMPOS SILVA, *Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 367- 387.

<sup>230</sup> BRUNO FREIRE E SILVA e CARLOS MANOEL LEITE GOMES FLORENTINO, *Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras*. Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, p. 66.

<sup>231</sup> Sobre o tema, vide EDUARDO EMANOEL DALL'AGNOL DE SOUZA, *Os poderes de instrução do juiz e a separação de funções entre o julgador e o acusador no Processo Penal*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014; e JOSÉ ANTÔNIO MOURAZ LOPES, *Garantia judiciária no processo penal: do juiz e da instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

<sup>232</sup> *Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 356-361.

quais faziam alusão aos poderes do juiz na instrução. Especialmente o artigo 117 que, dentre outras normas, previa a possibilidade de o juiz determinar *ex officio*, em despacho motivado, as diligências necessárias à instrução do processo<sup>233</sup>.

Nesse âmbito, asseverando sobre o ensaio *Processo autoritário e regime liberal*, de autoria de Luiz Machado Guimarães e publicado originalmente em 1940, Carús Guedes afirma que, naquela época, já se apontava para a tendência de ampliação dos poderes do juiz. Essa tendência já ocorria inclusive em estados liberais e, no Brasil, já havia precedente também na época dos códigos processuais estaduais, pois, desde 1915, o Código de Processo da Bahia, em seu artigo 127, já trazia dispositivo similar àquele que se consagraria, depois, no artigo 117, do Código de Processo Civil de 1939. Também os códigos estaduais de Minas Gerais, em 1922 (artigo 262), e da Paraíba, em 1930 (artigo 263), conferiam os mesmos poderes instrutórios ao juiz, para a apuração da verdade.

Na segunda metade do século XX, o Código de Processo Civil de 1973, conhecido “Código Buzaid”, acompanhando as tendências mundiais sobre o tema, dispôs em seu artigo 130 sobre a incumbência afeta ao juiz, agindo de ofício ou atendendo a requerimento das partes, de determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Com relação a esse diploma, Gustavo Gonçalves Gomes<sup>234</sup> argumentou a existência de duas grandes vertentes doutrinárias a respeito. A primeira, de forma cautelosa e conservadora, preferia direcionar exclusivamente às partes a responsabilidade pela produção das provas. A segunda, mais moderna e, quiçá, mais adequada à realidade brasileira, contava com a atuação mais participativa do magistrado na condução da fase instrutória, especialmente nas iniciativas voltadas para a busca da verdade real, inclusive com a possibilidade de desenvolvimento de algumas iniciativas investigatórias.

---

<sup>233</sup> Em sentido contrário, GUSTAVO GONÇALVES GOMES, *Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JR., Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 393, defende que o CPC de 1939, inspirado em experiências estrangeiras, embora em sua exposição de motivos tenha tratado detalhadamente sobre a necessidade de se reavaliar a atuação dos magistrados no âmbito do processo, para que esses pudessem ter uma conduta mais ativa e participativa, não trouxe, na prática, muitos novos elementos que pudessem fomentar, à época, essa tendência.

<sup>234</sup> Ob. cit., p. 394.

E sob a égide desse diploma, na década de 90, do século passado, Luiz Guilherme Marinoni<sup>235</sup> indicava como essencial a participação efetiva de um juiz ativo na relação processual, característica de um processo democrático, capaz de manter incólume o contraditório, pois inútil a igualdade de oportunidades sem paridade de armas. Sugeria, contudo, que a atuação instrutória do juiz não se vinculasse à natureza do direito litigado, se disponível ou indisponível, mas ao que se buscava, ou seja, à instrução para o exercício do poder estatal de decidir sobre o direito.

Observe-se que o processo civil brasileiro não foi regulado exclusivamente por códigos processuais, recebendo também normatização de inúmeras leis especiais ou esparsas. Nesse ínterim, várias normas editadas após a promulgação e influência da “Constituição Cidadã” de 1988 continuaram a garantir poderes instrutórios ao magistrado, no objetivo de fomentar uma melhor instrução processual, com efetiva aplicação do devido processo legal e, conseqüentemente, de um justo processo.

Normas atinentes aos consumidores (Lei 8.078, de 1990), às crianças e adolescentes (Lei. 8.069, de 1990), aos idosos (Lei 10.741, de 2003), aos portadores de deficiência física ou mental e de doenças graves (Lei 12.008, de 2009), dentre outras, dispunham previsões legais no sentido de que os sujeitos processuais poderiam, em maior ou menor escala, necessitar ou depender da atividade instrutória do juiz, da elasticidade de seus poderes na busca da prova, especialmente em razão da hipossuficiência, fosse ela econômica, técnica ou mesmo presumida. Afinal, nos dizeres de Antônio do Passo Cabral<sup>236</sup>, referindo-se aos ensinamentos de Cândido José Dinamarco, “tais sujeitos são pessoas diferenciadas e que merecem tutela não apenas dos direitos”.

Contemporaneamente, como já referido, o artigo 370, do Código de Processo Civil de 2015 consagra também o cabimento de provas determinadas de ofício pelo juiz. Para parte da doutrina, tais poderes são interpretados como uma

---

<sup>235</sup> *Novas linhas de processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 71-74.

<sup>236</sup> *O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição*. Revista de Processo. n.115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 347.

faculdade instrutória e não um dever do magistrado<sup>237</sup>. Para outros, tratando-se de Estado Constitucional, a iniciativa probatória é um elemento inerente à organização de um processo justo, que ao órgão jurisdicional cumpre zelar, concretizando-se com o exercício de seus poderes instrutórios tanto a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo<sup>238</sup>.

### 3.2. Poderes instrutórios do juiz no direito comparado

Tratando dos poderes instrutórios no direito comparado<sup>239</sup>, a doutrina também não se mostra uníssona quanto às questões históricas a ele inerentes. Uma análise adequada do tema dos poderes do juiz nos diversos ordenamentos processuais não pode realizar-se em um breve espaço. A exposição deverá, portanto, limitar-se a destacar alguns dos aspectos mais relevantes em determinados ordenamentos, apresentando algumas considerações introdutórias e algumas considerações a título de conclusão. Afinal, como leciona Michele Taruffo<sup>240</sup>, não é casual que a tradicional contraposição entre processo adversarial e processo inquisitorial se considere carente de validade no plano de comparação entre os modelos processuais. Convém falar em modelos mistos para referir-se àqueles ordenamentos processuais – que atualmente são bastante numerosos – nos quais se prevê poderes de instrução mais ou menos extensos do juiz, junto com a plena possibilidade das partes de aportar todas as provas admissíveis e relevantes para a determinação dos fatos.

---

<sup>237</sup> DANEIL AMORIM, ASSUMPÇÃO NEVES, *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., p. 267.

<sup>238</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *Novo código de processo civil comentado*. Ob. cit., p. 391.

<sup>239</sup> Sobre os poderes instrutórios do juiz, com abordagem em diferentes países, vide JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José Maria Bosch, 1996, pp. 207-281; HENRY-D BOSLY, *L'institution et le statut du juge d'instruction en droit compare*. Revue de Droit Pénal et de Criminologie. a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 827-847; MICHEL FRANCHIMONT, *Le statut personnel et institutionnel du juge d'instruction*. Revue de Droit Pénal et de Criminologie. a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 849-856; JEAN-PIERRE COLLIN, *Les rapports du juge d'instruction avec le prévenu et la défense*. Revue de Droit Pénal et de Criminologie. a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 857-887; e MATTHIAS EINMAHL, *Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen*. NJW: Neue Juristische Wochenschrift. München: Beck. jahr.54. heft.19. 2001, pp. 1393-1395.

<sup>240</sup> *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 160.



Nesse diapasão, para Alexandre Freitas Câmara<sup>241</sup>, existem basicamente dois diferentes modelos: de um lado há ordenamentos jurídicos que não atribuem ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória; de outro, encontram-se ordenamentos que atribuem ao juiz, em maior ou menor medida, tal poder.

No modelo processual norte-americano, adota-se o chamado sistema *adversary*, no qual o juiz é passivo e não tem poder de iniciativa probatória<sup>242</sup>. De outro lado, nos sistemas jurídicos alemão e suíço, os juízes possuem amplos poderes de iniciativa probatória<sup>243</sup>.

Mas, entre os ordenamentos que atribuem poderes instrutórios ao juiz, existem diversas gradações. Em alguns sistemas, como no francês, esses poderes são muito amplos, como se verifica na redação do artigo 10 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, que estabelece que o juiz pode determinar de ofício todas as provas necessárias à instrução, desde que legalmente admissíveis<sup>244</sup>.

Na Itália, os poderes de iniciativa instrutória são limitados. A doutrina italiana mais moderna sustenta que, com fins a evitar o caráter inquisitório do processo civil, a lei atribui caráter taxativo e excepcional aos poderes de iniciativa probatória oficiosa que expressamente reconhece ao juiz. O exemplo é o artigo 281-ter, acrescentado ao *Códice di Procedura Civile*, em 1998<sup>245</sup>.

Analisando a tônica da evolução dos poderes instrutórios do juiz, Glauco Gumerato Ramos<sup>246</sup> defende que suas raízes históricas são fundadas na hipertrofia com que Franz Klein dotou o Código de Processo Civil austríaco no final do século XIX, como chamou a atenção Franco Cipriani<sup>247</sup>, em 1995, em seu hoje clássico texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*. Nesse texto, o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) afirmou que “o Regulamento de Klein teve longo

---

<sup>241</sup> *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., p.68.

<sup>242</sup> MICHELE TARUFFO, *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Pádua: Cedam, 1979, pp. 20-21.

<sup>243</sup> MICHELE TARUFFO, *Poteri probatori dele parti e del giudice in Europa*. Revista de Processo. São Paulo: mar., 2006, pp. 239-266.

<sup>244</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., p. 69.

<sup>245</sup> GIOVANNI ARIETA, FRANCESCO DE SANTIS e LUIGI MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 2002, p. 276.

<sup>246</sup> Ob. cit., p. 259.

<sup>247</sup> *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*. Rivista di diritto processuale. s.2.a.50.n.4. Padova: ott./dic., 1995.

período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com ‘mão dura’, ao mesmo tempo em que pretendeu ‘amansar’ advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento”. Cipriani vai além e “adverte sobre a influência do Regulamento de Klein na formação ideológico-política do Código de Processo da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-fascismo daquele país, bem como a influência do diploma processual austríaco em outros diplomas que se lhe seguiram”.

Lado outro, ao analisar os poderes probatórios das partes e do juiz no continente Europeu, limitando-se a análise de seus principais ordenamentos, Taruffo<sup>248</sup> distingue ao menos três tipos de enfoques legislativos a respeito dos poderes de instrução do juiz.

Um primeiro modelo está representado por ordenamentos em que o juiz conta com um poder geral para dispor de ofício sobre a aquisição das provas, não propostas pelas partes, que considere úteis para a determinação dos fatos. Nesse modelo, é necessário ainda precisar se o juiz tem o dever ou o poder de proceder nesse sentido. A primeira situação é típica dos ordenamentos do tipo soviético nos quais, em homenagem a uma peculiar concepção filosófica da verdade derivada da doutrina do materialismo dialético e a uma teoria do processo em que a decisão judicial devia fundar-se na verdade “material” dos fatos, impõe-se ao juiz o dever de investigar de ofício a verdade. A segunda situação diz respeito àquela em que o juiz tem o poder direcional geral para dispor de ofício sobre a aquisição das provas não propostas pelas partes, estando presente em vários ordenamentos do tipo não soviético, a exemplo da França – artigo 10, do Código de Processo Civil; da Suíça – artigo 37, da Lei Processual Federal de 1947; do processo laboral na Itália e vários processos especiais na Espanha<sup>249</sup>.

Um segundo modelo, no qual se inspiram a maior parte dos ordenamentos atuais – entre os quais pode-se exemplificar a Itália e Alemanha – prevê que o juiz dispõe de alguns poderes de iniciativa instrutória. Naturalmente esses poderes podem ser mais ou menos numerosos e mais ou menos amplos, dependendo do caso. Sem embargo, há uma clara tendência ao incremento dos poderes de instrução do juiz, que se manifesta também na Itália, com a introdução do artigo

---

<sup>248</sup> *La prueba*. Ob. cit., pp. 159-183.

<sup>249</sup> *Ibid.*, 165-166.

281-ter, quando das reformas de 1998. Já o juiz alemão está dotado tradicionalmente de uma gama bastante ampla de poderes de instrução: substancialmente, pode dispor de ofício de todos os meios de prova, com a única exceção da prova testemunhal, com relação à qual pode apenas induzir as partes a propor a prova testemunhal omitida. Os poderes de instrução do juiz alemão são incrementados significativamente no ano 2000 com a introdução do §142 na *Zivilprozessordnung* – a faculdade de ordenar às partes e a terceiros a exibição de documentos aos quais uma das partes tenha feito referência e do §144 – a faculdade de ordenar inspeções de coisas. O juiz alemão conta, portanto, com um poder instrutório quase geral. Trata-se certamente de um juiz muito ativo, tanto na direção do processo como na gestão da fase de instrução. Para Taruffo<sup>250</sup>, os Estados Unidos da América também podem de enquadrar nesta classificação.

No terceiro modelo, existem ordenamentos nos quais não estão previstos, de maneira expressa, verdadeiros poderes de iniciativa instrutória por parte do juiz, pelo que, sem embargo, o juiz desempenha um papel ativo na aquisição das provas. São exemplos os ordenamentos inglês e espanhol. Na Inglaterra, a tradição plurissecular dispunha que o juiz nunca ordenava a prática de provas por iniciativa própria, mas que indicava às partes as provas que considerava oportunas para que aquelas as propusessem. Não obstante, a *Civil Procedure Rules*, de 1998, transformou radicalmente o sistema processual inglês, atribuindo ao juiz amplos e intensos poderes para a direção do processo, pelo que, no que se refere à aquisição das provas, não se afastaram da mencionada tradição. Entretanto, várias normas se destacam no efeito de se definir a função do juiz; assim, por exemplo, a regra 18.1(1) admite que o juiz possa ordenar às partes que proporcionem esclarecimentos e informações adicionais, incluso sobre aspectos não contidos na declaração do caso.; a regra 35.9 autoriza o juiz a ordenar uma das partes que proporcione informações da qual a outra parte não dispõe; a regra 35.15 autoriza o juiz nomear peritos quando se trata de decidir sobre questões que requerem conhecimentos específicos. O juiz inglês conta, portanto, com diversos poderes que poderiam definir-se como de direção e controle sobre a

---

<sup>250</sup> *La prueba*. Ob. cit., pp. 167-169.

aquisição das provas, cuja intensidade não é substancialmente menor a dos poderes que dispõem a maior parte dos juízes continentais.

A Espanha também, em muitos aspectos, é um caso interessante. Por um lado, um código tipicamente liberal como a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 previa em seu artigo 240 as diligências para melhor prover, e decidir, um poder de iniciativa instrutória que podia utilizar o juiz antes da sentença, caso considerasse necessário complementar as provas proporcionadas pelas partes. A atual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, promulgada no ano 2000, elimina dito poder, reduzindo, portanto, o âmbito de iniciativa do juiz, ao estabelecer, unicamente, em seu artigo 435, uma diligência final em que o juiz pode dispor de ofício que se retornem a praticar provas já praticadas no processo se seu resultado não tenha sido satisfatório. Não obstante, isso não implica que o juiz espanhol tenha sido reduzido realmente a um estado de total passividade no que se refere à aquisição das provas. Com efeito, o artigo 429 desta *Ley de Enjuiciamiento Civil* atribuiu-lhe a faculdade de indicar às partes a prova ou provas que considerar convenientes, quando estime que as provas alegadas pelas partes possam resultar insuficientes para a determinação dos fatos<sup>251</sup>.

Ainda nessa análise, Gustavo Gonçalves Gomes<sup>252</sup> sintetiza que o modelo norte-americano adota o sistema denominado “adversary”, no qual o juiz é passivo e não pode desenvolver iniciativas probatórias. Nos sistemas da Alemanha e da Suíça, o juiz tem amplos poderes de iniciativa instrutória. A França é um dos países que mais se destacam nesse sentido, exatamente por possuir um modelo arrojado, em que a participação do magistrado na fase instrutória é de grande relevância. Na Itália, o ordenamento atribui ao juiz poderes instrutórios, mas estes são limitados, ressaltando que a formação desse modelo foi necessária exatamente para que se pudesse evitar o cometimento de abusos - especialmente atribuir um caráter inquisitivo ao processo civil.

Portanto, o poder de iniciativa probatória varia muito de um ordenamento para o outro, mas importa saber que não existem apenas ordenamentos tidos por radicais, que se encontrem em alguma das extremidades da divergência, mas também aqueles que se encontram entre os extremos.

---

<sup>251</sup> *La prueba*. Ob. cit., pp. 170-171.

<sup>252</sup> Ob. cit., p. 393.

### 3.3. Poderes instrutórios do juiz e democracia

É inegável que não se pode fazer uma relação automática entre democracia ou autoritarismo e a adoção de um ou outro modelo inerente aos poderes instrutórios do juiz. Conforme leciona Michele Taruffo<sup>253</sup>, o Estado suíço é democrático e atribui amplos poderes probatórios ao juiz. O modelo oposto vigora no ordenamento norte-americano, no qual não se pode negar o caráter democrático do Estado. Lado outro, mesmo em ordenamentos autoritários, todos os modelos podem ser encontrados. No ordenamento processual soviético, atribuía-se ao juiz dilatadíssimos poderes instrutórios, em contraposição, não houve alargamento dos poderes instrutórios na Alemanha nazista ou na Itália fascista.

É possível que existam normas autoritárias em regimes democráticos e normas democráticas em regimes autoritários. Joan Picó I Junoy<sup>254</sup> discorda da relação direta entre concessão de poderes instrutórios do juiz e o caráter fascista e autoritário, ou mesmo totalitário do processo civil. A disciplina processual pode até sofrer influência das características do sistema político, mas tal influência não seria fundamental para a utilização ou não dos poderes de instrução por parte do agente estatal julgador.

Os poderes de instrução do juiz não podem ser considerados, portanto, um problema meramente político. Além de toda a dúvida razoável, não existe nenhuma conexão entre a atribuição ao juiz de poderes mais ou menos amplos de iniciativa instrutória e a vigência de regimes políticos autoritários e antidemocráticos. É preciso evitar confusões ideológicas. É possível que um sistema não se inspire na ideologia liberal do século XIX sem que por isso deixe de ser democrático, e particularmente resultar autoritário ou totalitário somente porque atribui ao juiz um papel ativo na aquisição das provas<sup>255</sup>. A esse respeito, Taruffo<sup>256</sup> enfrenta a questão de saber se a concessão de poderes instrutórios ao juiz pode ser reputada um problema político, argumentando que o mesmo é dizer

---

<sup>253</sup> *Poteri probatori dele parti e del giudice in Europa*. Ob. cit.

<sup>254</sup> *El derecho procesal entre al garantismo y la eficacia: um debate mal planteado. Proceso civil e ideología: um prefacio, uma sentencia, dos cartas i quinze ensayos*. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 117.

<sup>255</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 172.

<sup>256</sup> *Poteri probatori dele parti e del giudice in Europa*. Ob. cit. pp. 240-241.

se tal iniciativa probatória finca-se em uma ideologia antiliberal (autoritária ou totalitária). O autor italiano afirma não ser claro se o qualificativo autoritário seria atribuível ao processo em que o magistrado possua poderes instrutórios ou se também ao sistema jurídico que contemple um diploma processual instituidor desses poderes. No primeiro caso, ter-se-ia um “jogo circular de definição”: o processo no qual se confirmam poderes instrutórios ao juiz é autoritário. Além, disso, discorda dessa premissa imposta. Para ele, a concessão de poderes instrutórios ao juiz, quando de natureza supletiva e integrativa da atividade das partes, não revela traços autoritários.

Também é oportuno registrar um uso preciso e rigoroso dos conceitos: um juiz potencialmente ativo para complementar as iniciativas probatórias das partes, dentro de um contexto processual em que estão asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático, e um juiz inquisidor em um marco de um sistema político e processual de caráter autoritário são coisas completamente distintas. A diferença entre um juiz ativo e um juiz autoritário se constata por meio do fato de que a posição ativa do juiz com respeito à aquisição das provas se configura claramente como complementar e supletiva a respeito da atividade probatória das partes, de modo que, quando estas exercem completamente seu direito de propor todas as provas disponíveis e, portanto, proporcionam ao juiz elementos suficientes para a determinação dos fatos – como ocorre frequentemente na prática – não há nenhuma necessidade de que o juiz exercite seus poderes. Seria completamente distinta uma função inquisitória e autoritária de um juiz que recolhesse as provas de ofício, por iniciativa própria, mas negando às partes os direitos e garantias que lhes correspondem no âmbito do processo. Sem embargo, não há indício algum de uma função semelhante nos ordenamentos modernos<sup>257</sup>.

Existem autores, como Adolfo Alvarado Velloso<sup>258</sup>, que defendem, categoricamente, que a atribuição de poderes de iniciativa probatória do juiz contraria o sistema democrático. Sustentando que tais poderes não estariam de acordo com um modelo garantista de processo, mas, sim, com um sistema autoritário. Lado outro, na doutrina brasileira, importante processualista dedicou

---

<sup>257</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 172-173.

<sup>258</sup> *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Rosário: Juris, pp. 307-310.

todo um trabalho a combater os principais argumentos da corrente que sustentava a necessidade de se retirar dos juízes os poderes de natureza probatória<sup>259</sup>.

Sobre essa polêmica questão, Alexandre Freitas Câmara<sup>260</sup> aduz duas premissas. Primeiro é preciso reconhecer que o conceito de democracia não é estático e nem universal, admitindo-se a existência de diferentes modelos democráticos de Estado; segundo, afirmar que o modelo processual civil que serve para um Estado deve estar de acordo com a configuração deste próprio Estado.

Desenvolvendo estudos com base no direito comparado, ensina o citado autor<sup>261</sup> que existem dois modelos de Estado: o Estado reativo e o Estado ativo. No Estado reativo, almeja-se fornecer uma estrutura que permita aos cidadãos ir ao encaço dos escopos que tenham escolhido. Seus instrumentos devem autorizar as forças espontâneas da autogestão social. Esse modelo não conhece noções de interesse distinto dos interesses sociais e individuais (privados). Trata-se de um Estado minimalista, a quem incumbe, apenas, proteger a ordem e constituir-se em foro para resolução dos conflitos que não possam ser compostos pelos próprios cidadãos.

Já no Estado ativo, faz-se muito mais do que adotar valores que impulsionam programas de bem-estar. Esse modelo de Estado busca uma teoria global de condições ótimas de vida, e tenta utilizá-la como base de programas que teoricamente objetivam melhoramentos morais e materiais dos cidadãos. O Estado é o único local de atividade política e o destinatário exclusivo da fidelidade. A sociedade é “estatizada”. As pessoas buscam interesses comuns, subordinados ao prevalente interesse do Estado. Este não se destina a, de forma neutra, compor conflitos, mas a administrar as iniciativas sociais. Sua missão postula a capacidade intelectual de distinguir as finalidades dignas a serem perseguidas e a de formular corretamente as diretivas idôneas à sua obtenção.

É evidente que esses modelos são teóricos e que qualquer Estado, dificilmente se enquadra com absoluta perfeição em qualquer deles. Não

---

<sup>259</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no processo civil*. Ob. cit.

<sup>260</sup> *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*, Ob. cit., pp. 71-72.

<sup>261</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., pp. 74-75.

obstante, defende Alexandre Freitas Câmara<sup>262</sup> que o Estado brasileiro está mais próximo do modelo de Estado ativo do que do de Estado reativo, especialmente considerando-se o artigo 1º da Constituição Federal, no qual se constitui um Estado Democrático de Direito, destinado à implementação da igualdade e buscando a melhoria das condições de vida das pessoas. Tal fundamento é ainda reiterado pelo disposto no artigo 3º, da referida norma fundamental, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

O caráter ativo do Estado brasileiro faz com que para ele seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução dos conflitos, mas, sim, um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Isso significa que o processo possui também o escopo de pacificar a sociedade, não devendo ser visto como mero mecanismo de resolução de conflitos. Portanto, as regras legais que garantem aos magistrados poderes de iniciativa probatória possuem ampla legitimidade constitucional e devem ser interpretadas no sentido de garantia de um justo processo.

### **3.4. Contraposições aos poderes instrutórios do juiz**

Não obstante as argumentações positivas já versadas, impende também ressaltar a posição da doutrina que se contrapõe à realização dos poderes instrutórios do juiz. O processualista espanhol Juan Montero Aroca<sup>263</sup> leciona no sentido de que, no processo civil, a função jurisdicional deve centrar-se em que o juiz seja o último garante dos direitos que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo, com ênfase para os direitos fundamentais. Nesse íterim, Giovanni Verde<sup>264</sup> discorda do ataque formulado ao Código de Processo Civil italiano por Montero Aroca (que o reputa autoritário e fascista), destacando que aquele seria autoritário antes em sua fachada do que em sua substância. A exposição de

---

<sup>262</sup> *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., pp. 74-75.

<sup>263</sup> *La prueba en el proceso civil*. 6.ed.; Pamplona: Civitas, 2011, p. 44.

<sup>264</sup> *Apostilla*. Proceso e ideologia: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valentia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 169.



motivos que acompanha o referido diploma normativo por certo possui contornos fascistas, o que, entretanto, para o autor, não se reproduz em seu conteúdo. Ademais, tampouco adere ao posicionamento de Montero Aroca de que o juiz que intervenha na instrução do feito perde sua condição de terceiro na demanda. Isso porque quando o juiz exerce os poderes instrutórios de ofício, não os exerce a favor ou contra uma parte, mas, sim, em função da completa e correta determinação sobre os direitos.

Por conseguinte, no sistema do livre convencimento motivado pressupõe-se que, conquanto o convencimento do julgador seja livremente formado, tenham-se presentes e provados nos autos todos os fatos alegados pelas partes e que possam beneficiá-las. A realização da prova antecede sua valoração pelo julgador de forma que o conjunto probatório leva ao convencimento do juiz e não o juiz deve valer-se dos meios de prova destinados à confirmação de seu convencimento inicial, íntimo e subjetivo, realizando as provas que fossem aptas a justificar seu posicionamento e indeferindo a realização daquelas que fossem contrárias. Do oposto, estar-se-ia negando a possibilidade de influência da atuação probatória das partes no seu livre convencimento. Ocorreria uma inversão de valores que violaria os princípios do contraditório e ampla defesa. Essa decisão seria fundamentada em sua forma, mas verdadeiramente resultado de uma convicção íntima do julgador, a qual não se aplica do sistema da persuasão racional.

Sob a ótica de uma visão garantista, Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro<sup>265</sup> argumenta a visão ideológica do processo, que prestigia a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, em detrimento do sistema inquisitivo, tendo como fundamento a norma fundamental do Estado, assegurando às partes, por meio do devido processo legal, ampla participação na atividade jurisdicional para defesa de seus interesses, e mitigando ao máximo os poderes dos juízes. Para ele, a certeza absoluta não é algo do alcance do conhecimento. Destarte, assim considerada, a verdade real também não seria viável de ser alcançada no processo. E continua, afirmando que o poder instrutório oficioso, embora em

---

<sup>265</sup> *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual.* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 639.

nossa legislação seja permitido, não está legitimado na perspectiva da garantia constitucional do devido processo legal, por impor à parte uma providência jurisdicional não requerida, ferindo-lhe a liberdade individual de participação no processo e a sua faculdade de disposição, assumindo o ônus da sua escolha, de parcela de seu direito derivado da ação ou defesa (produção de prova).

Defende o citado autor que a iniciativa probatória realizada pelo juiz o afasta da imparcialidade, já que, como investigador dos fatos, psicologicamente, o magistrado vai atrás de suas convicções ideológicas e, inconscientemente, busca sua “verdade” – a sua verdade! – no processo, privando as partes de participarem amplamente na formação do provimento jurisdicional. E conclui que a prova de ofício é incompatível com o devido processo legal, asseverando que, quando o juiz passa a investigar os fatos, ele deixa de dar crédito às alegações das partes, uma vez que em seu âmago já definiu uma situação fática preestabelecida no seu inconsciente (*psiquê*), utilizando-se de alguns elementos contidos no processo e buscando outros para justificar na sentença aquela situação imaginária iniciada com sua investigação pessoal<sup>266</sup>.

José Manoel Arruda Alvim<sup>267</sup>, ao tratar do âmbito de atuação do juiz e das partes em matéria de prova, leciona que a garantia do direito das partes só pode ser alcançada de forma justa se a premissa fática da sentença guardar correspondência com a verdade, ou seja, o convencimento do julgador deve basear-se na correspondência entre a realidade fenomênica e os elementos probatórios extraídos do processo. Em suma, defende que, embora se tenha consciência da falibilidade humana, o convencimento judicial jamais poderá ser dissociado da busca da verdade, em termos finalísticos, a qual é um valor perseguido no processo, sobretudo na atividade probatória. Assim, o juiz nunca poderá agir em favor de uma das partes, determinando a realização de prova que só a uma delas interessa. Se assim atuasse, restaria quebrada a paridade de tratamento e as disposições atinentes ao ônus da prova. O juiz pode atuar na determinação de realização de prova de ofício, quando a indispensabilidade da prova for manifesta para o proferimento de uma sentença justa ou que o conjunto

---

<sup>266</sup> SÉRGIO LUIZ DE ALMEIDA RIBEIRO, Ob. cit., pp. 645-646.

<sup>267</sup> *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p.102.

probatório manifeste-se como confuso e insuficiente, apesar da atividade probatória já desenvolvida pelas partes.

### **3.5. Poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade – superação da antinomia por meio da atuação complementar e supletiva**

A análise da questão debatida passa então a fazer referência ao princípio da imparcialidade, segundo o qual os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade no desempenho de suas funções, tendo como fundamento o princípio da igualdade. A imparcialidade não é um valor em si próprio, mas um requisito para que as partes recebam tratamento isonômico no processo: “quer-se o juiz imparcial, para que dê tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa”<sup>268</sup>. A doutrina questiona a possibilidade de quebra dessa imparcialidade, tendo em vista o aumento dos poderes probatórios do juiz<sup>269</sup>.

Para Liebman<sup>270</sup> a possibilidade de o juiz determinar de ofício a realização de uma prova implica favorecimento da parte a quem o resultado da prova vier a beneficiar, com a conseqüente quebra da imparcialidade necessária à atividade jurisdicional.

Com fundamento no princípio do dispositivo, corolário do princípio da imparcialidade, Ernani Fidélis dos Santos<sup>271</sup> entende que às partes incumbe a prova dos fatos que alegam, não sendo lícito ao juiz agir inquisitorialmente na busca de provas não requeridas. No mesmo sentido, era a lição de Arruda Alvim<sup>272</sup>, segundo o qual a investigação por parte do juiz poderia condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação.

---

<sup>268</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 5.ed.; São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.

<sup>269</sup> BRUNO FREIRE SILVA e CARLOS MANOEL LEITE GOMES FLORENTINO, Ob. cit., pp. 65-82.

<sup>270</sup> *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, 1962, p. 17.

<sup>271</sup> *Manual de direito processual civil*. 11.ed.; São Paulo: Saraiva, 2006, p. 181. Ressalte-se que referido autor admite a possibilidade de que o juiz determine a produção de provas de ofício, excepcionalmente, em caráter complementar.

<sup>272</sup> *Curso de direito processual*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 230.

Entretanto, outra parcela da doutrina entende, acertadamente, em sentido contrário. José Carlos Barbosa Moreira<sup>273</sup> acredita que a iniciativa de prova concedida ao juiz não ofende o princípio da imparcialidade. Isso porque, ao determinar a realização de alguma prova, o juiz não tem condições de prever ou adivinhar seu resultado e, portanto, “à qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará”.

No mesmo sentido é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>274</sup> para quem o aumento do poder instrutório do julgador não favoreceria qualquer das partes, mas somente proporcionaria uma apuração mais completa dos fatos: não importa ao juiz se o autor ou réu se beneficiará com a prova, mas, sim, que seja vitorioso aquele que efetivamente tenha razão.

Ainda segundo essa corrente doutrinária, parcial seria o magistrado que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixa de fazê-lo e, com tal atitude, acaba beneficiando o demandante que não é detentor da razão. A imparcialidade vista como a qualidade daquele que não assume ou protege o interesse de uma das partes, impede, por conseguinte, que o juiz use seus poderes para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes no processo.

Nesse âmbito de discussão, Glauco Gumerato Ramos<sup>275</sup> argumenta que mostra-se imperioso que o sistema de enjuizamento seja estruturado a partir de dois valores constitucionais fundamentais: a jurisdição (poder) e o devido processo legal (garantia). Assevera que a prevalência de um desses valores sobre o outro fará com que o resultado da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário careça de legitimidade constitucional, ainda que a prática demonstre que nem sempre esse necessário balanceamento ocorra como desejado. Em linhas gerais, defende que os fundamentos da concepção da prova de ofício atrelam-se a certos argumentos como: a) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; b) a busca da verdade real seria um dever do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença justa; c) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir eventuais deficiências técnicas das partes; d) quando o

---

<sup>273</sup> *O juiz e a prova*. Revista de Processo. v.35. São Paulo: abr./jun., 1984, p. 242.

<sup>274</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80.

<sup>275</sup> Ob. cit., pp. 257-259.

juiz determina a prova de ofício não sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (princípio da aquisição da prova).

Essa postura encontra raízes em um sistema de enjuizamento de caráter inquisitivo, onde a figura do juiz avulta com proeminência por sobre a parte, e seus interesses dispositivos, e revela uma concepção altamente publicística do processo civil.

A nosso ver, o aumento dos poderes instrutórios do juiz, se levado a extremos, pode, sim, representar risco ao princípio da imparcialidade e, conseqüentemente, ao princípio da igualdade de tratamento. O excesso de poderes instrutórios pode fazer com que o magistrado adote uma postura paternalista de tutela da parte que, não sendo hipossuficiente, é negligente. Aumentar ilimitadamente os poderes instrutórios do juiz, incumbindo-o, em nome da busca pela verdade, de suprir as atividades instrutórias que a parte não praticou, mesmo dispondo de todos os meios e condições para tanto, representa ofensa à imparcialidade do julgador e, mais do que isso, ao princípio da igualdade de tratamento, além de estímulo ao desleixo das partes em sua atuação no processo.

Recorde-se que o princípio da igualdade material significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. Assim, não existindo desigualdade (social, econômica, cultural, etc.) entre as partes, não seria adequado ao julgador suprir a atividade probatória de uma delas, sob pena de violação ao princípio da isonomia material e, conseqüentemente, da imparcialidade.

No atual estágio da sistemática processual civil, realmente não se tolera um juiz indiferente ou passivo na condução do processo, mas, por outro lado, também não deve ser aceito um juiz paternalista, que tutele uma das partes apesar de sua falta de compromisso com o processo, sob pena de flagrante parcialidade e disparidade de tratamento dispensado aos litigantes<sup>276</sup>.

Mas, como já visto, o Código de Processo Civil de 2015 revela a intenção do legislador de distribuir a responsabilidade pela atividade probatória. No direito

---

<sup>276</sup> BRUNO FREIRE SILVA e CARLOS MANOEL LEITE GOMES FLORENTINO, Ob. cit., p. 68.

processual brasileiro, a atividade instrutória não compete unicamente às partes, mas também não deve ser praticada exclusivamente pelo juiz. Deve haver uma atuação conjunta, em colaboração, de forma que o magistrado não substitua a atividade instrutória que as partes podem e devem praticar. Essa visão coaduna-se com a mais recente concepção de contraditório, que abrange o diálogo pertinente e a cooperação entre as partes e o juiz.

Portanto, como forma de evitar a parcialidade e o tratamento anti-isonômico das partes, o julgador deve verificar se a ausência do requerimento ou produção de determinada prova ocorreu por negligência ou por hipossuficiência da parte. O exame da conduta das partes no decorrer do processo é imprescindível, uma vez que, a despeito do aumento dos poderes do juiz no campo das provas, este não pode chamar para si toda a responsabilidade pela atividade probatória, nem se converter num investigador de fatos não alegados. Nesse ínterim, João Batista Lopes<sup>277</sup> leciona que “O juiz não é um investigador que sai às ruas à procura de provas. Ao tomar iniciativas probatórias deve fazê-lo com critério e equilíbrio, atento ao princípio da imparcialidade. Não pode, também, guiar-se exclusivamente por suas impressões pessoais ou convicções políticas, nem exercer função assistencial transformando o foro em instituição de caridade”.

Ainda em sede da doutrina brasileira, Moacyr Amaral Santos<sup>278</sup> lecionou que o poder de iniciativa judicial deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado quando houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, impossibilitando o juiz, de consciência tranquila, proferir a sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes e, por exceção, poderá o juiz, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Em sentido semelhante ensinou Vicente Greco Filho<sup>279</sup> que a autorização (com base na regra do Código de Processo Civil brasileiro de 1973) deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Não se pode permitir que o magistrado venha a substituir a iniciativa probatória de cada parte, sob pena de estar auxiliando-a e

---

<sup>277</sup> *A prova no direito processual civil*. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

<sup>278</sup> *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.2. 12.ed.; São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 349-350.

<sup>279</sup> *Direito processual civil brasileiro*. v.1. 17.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 227-228.

violando a igualdade de tratamento que merecem todos os participantes do processo. Para não inutilizar o dispositivo, o juiz poderia determinar provas de ofício, nos procedimentos de interesse público, como de jurisdição voluntária, e nos demais processos de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando o conjunto probatório até então produzido for insatisfatório para o seu convencimento. Se a isonomia fosse comprometida, também estaria atingindo a imparcialidade.

Verifica-se, portanto, o caráter necessariamente supletivo da iniciativa probatória do magistrado sob pena de restar violada a imparcialidade do juiz que, ao determinar a produção de provas *ex officio* substituiria a atividade da parte e acabaria por favorecer aquela que fosse beneficiada pela prova produzida por iniciativa judicial. Nesse sentido, na doutrina estrangeira, Carlos Miguel y Alonso<sup>280</sup>, ainda em 1957, em conferência proferida na Universidade de Coimbra, durante a III Semana Jurídica Espanhola, já defendia que o ideal seria que as partes buscassem, com zelo e cuidado, os elementos probatórios necessários e que, quando isso não se realizasse de forma eficaz, o juiz deveria, igualmente, desempenhar uma atividade no mesmo sentido, a qual só poderia reconhecer-se ao término da atividade probatória das partes e por uma grave e justificada causa, e não apenas por uma cômoda postura de desatendimento de suas cargas e obrigações processuais, em prejuízo de atividades imparciais que deve realizar o órgão jurisdicional.

Há autores, entretanto, que negam o caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>281</sup> defende que a atividade probatória do magistrado deve ser exercida não em substituição das partes, mas em conjunto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual, favorecendo a eliminação das diferenças de oportunidade em função da situação econômica dos sujeitos. Contribui para a efetividade do processo, possibilitando

---

<sup>280</sup> *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*. Boletim da Faculdade de Direito. v.33. Coimbra: 1957, p. 165.

<sup>281</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., pp. 161-162.

que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa.

O que importa não é a interpretação pura e simples do disposto no artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, mas a verificação de sua conformidade constitucional. Ou seja, se a concessão de amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz está ou não de acordo com o regime democrático e, por conseguinte, com modelo constitucional do direito processual civil brasileiro. Analisar as normas do novo Código de Processo Civil à luz do princípio da legitimidade, de forma a verificar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Em outros termos, verificar se é legítimo, em um processo civil democrático, que ao juiz sejam atribuídos poderes probatórios. O que, a nosso ver, mostra-se não apenas possível, mas necessário, eis que o ordenamento jurídico brasileiro adota, contemporaneamente, um sistema processual cooperativo, em que a postura ativa do magistrado vem aderir à correta e completa atuação estatal, na garantia de desenvolvimento de um processo justo e eficaz.

Não se mostra demasiado registrar, ainda que de forma não exaustiva, que a mesma discussão que vem sendo travada no processo civil alcança o modelo processual penal<sup>282</sup>. Existem autores que sustentam a necessidade de se vedar ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória, em razão de que a aplicação do princípio acusatório não permite a investigação judicial por meio das provas de ofício, permitindo-se, quando muito, que o juiz intervenha moderadamente durante a instrução, apenas na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisando supletivamente provas que indicassem a inocência do acusado, consoante as teses esposadas pela defesa e em atenção aos princípios constitucionais da justiça material e presunção de inocência<sup>283</sup>. Lado outro, há também quem sustente não haver incompatibilidade entre o sistema acusatório do processo penal e a atribuição ao juiz de poderes de iniciativa probatória, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover<sup>284</sup> e José Carlos Barbosa Moreira<sup>285</sup>, bem como de Adolfo Alvarado Velloso<sup>286</sup>, este na doutrina argentina.

---

<sup>282</sup> RENATO BRASILEIRO DE LIMA, Ob. cit., pp. 514-517.

<sup>283</sup> GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 129-130

<sup>284</sup> *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 80-81.



Concordamos com o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara<sup>287</sup>, tendo em vista que os mesmos motivos que levam ao reconhecimento da existência dos poderes de iniciativa instrutória do juiz no processo civil, devem também garanti-los no processo penal, ou seja, o Estado ativo e não reativo, além da inexistência de violação ao sistema acusatório eis que o juiz penal não acusa, não imputando fatos ao demandado e não perde sua imparcialidade, na medida em que, ao determinar a produção da prova no intuito de atingir a verdade, não sabe a qual parte ela irá beneficiar visto que ainda não conhece seu conteúdo.

O sistema acusatório exige, como é da essência do processo democrático (civil ou penal), que o juiz seja imparcial. Imparcialidade, porém, não significa passividade, e o ativismo judicial na seara processual é absolutamente essencial para que o processo seja capaz de produzir decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos e, por conseguinte, revelem-se aptas a aplicar, corretamente, a vontade concreta do direito. O processo não pode ser visto como um mero sistema de resolução de litígios, sob pena de violação ao modelo Constitucional de Estado Democrático, pois tal resultado estaria de acordo com o modelo de Estado reativo e não ativo, que se implantou no Brasil<sup>288</sup>.

Quanto à contraposição dos poderes instrutórios do magistrado e o ônus da prova, impende ressaltar que a generalidade das ordens jurídicas positivas, adotando o princípio dispositivo, aceita, correlatamente no campo da prova, o ônus como um dos elementos primordiais na distribuição do dever às partes, determinando quem, quando e como deve realizar a prova e com relação a quais fatos. Na esteira de seu caráter supletivo, os poderes instrutórios do juiz somente poderão ser aplicados às hipóteses em que não se opere a teoria tradicional do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, cuja incerteza seja emergente da prova já produzida. Nunca deverá o juiz subrogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa. A busca da verdade é um dos objetivos almejados, mas não o

---

<sup>285</sup> *O processo penal norte-americano e sua influência*. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

<sup>286</sup> *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Ob. cit., p. 310.

<sup>287</sup> *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., pp. 77-78.

<sup>288</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático*. Ob. cit., p. 78.

único, de sorte que se submete às restrições determinadas pelo próprio ordenamento jurídico <sup>289</sup>.

Do texto do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 se extrai o princípio do inquisitivo em matéria probatória, consoante o qual o magistrado tem ampla liberdade para a produção de provas que julgue relevantes à busca da verdade, elucidando o fato probando e com o fito numa prestação jurisdicional adequada ao direito material e justa<sup>290</sup>.

Uma parcela da doutrina enxerga a produção de provas *ex officio* com várias balizas, vinculando-a à disponibilidade do direito. Tratando-se de processo em que se discute direito disponível, ela não seria possível, mas tão só nos casos referentes a direitos indisponíveis a produção de provas oficiosas seria permitida<sup>291</sup>. Não obstante, tem-se que a iniciativa probatória de ofício não se vincula ao direito *sub judicis*, é instituto processual que não deve ser confundido com o direito material<sup>292</sup>. O princípio tem origem na visão publicista do processo, que busca aperfeiçoar a qualidade do julgamento por meio da possibilidade de determinação de provas pelo próprio destinatário delas, resolvendo eventuais dúvidas e garantindo a elucidação mais intensa do *thema probandum*, proporcionando uma decisão adequada ao direito material.

A relação que existe entre a iniciativa probatória de ofício e as regras de ônus da prova, em suma, não é a de que a primeira tem aptidão para absorver a segunda, tornando-a inútil. De fato, se o juiz tem poderes probatórios, ao exercê-lo, tende a haver uma diminuição da utilização das regras sobre os encargos probatórios. No entanto, permanecerão ainda um sem número de casos em que há incerteza probatória e a iniciativa probatória do juiz não será capaz de resolvê-

---

<sup>289</sup> Nesse sentido, vide JORDI FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2004.

<sup>290</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, *Ob. cit.*, pp. 98-101.

<sup>291</sup> Sobre o assunto GIROLAMO MONTELEONE, *Principios e ideologias del processo civil*. Proceso e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 105-106, afirma que não serve a legitimar o processo inquisitivo a distinção feita entre os sentidos substancial (tutela jurisdicional) e processual (técnica) do princípio dispositivo, enquadrando-se o aumento dos poderes instrutórios na segunda modalidade. Sustenta que a separação entre o processo e a natureza do direito material tutelado implica negativa de justiça e alteração da natureza e conformação intrínseca desse direito.

<sup>292</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*. *Ob. cit.*, pp. 70-71.

la. Nesses casos, permanece com grande utilidade a regra do ônus da prova<sup>293</sup>. João Batista Lopes<sup>294</sup>, em importante estudo sobre o tema, lembra que a doutrina tradicional sempre conferiu papel menos importante ao juiz na produção da prova, sendo certo que os estudos sobre o ônus da prova procuram pôr em relevo que a tarefa da instrução probatória incumbe às partes, cabendo ao juiz tão somente a verificação e a valoração dos elementos carreados aos autos. O autor reforça, fazendo referências a doutrinadores mais antigos, que o juiz não deve assumir o papel de investigação da verdade dos fatos, sendo seu dever limitar-se aos elementos fornecidos pelas partes nos autos do processo. Essa limitação, no entendimento da corrente doutrinária mais conservadora, é necessária para o fim de permitir a preservação do princípio do dispositivo.

Os poderes instrutórios do juiz, previstos no artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 serão aplicados, portanto, quando não funcione a teoria tradicional do ônus da prova. O juiz poderá apenas mandar completar a prova produzida<sup>295</sup>. Os critérios utilizados pelo magistrado para exercer esse poder subsidiário deverão basear-se na prova já produzida, que poderá demonstrar alusões a outras fontes ou meios de prova; na condição paritária ou não dos litigantes; na natureza dos direitos versados em juízo; na eventual impossibilidade de os fatos subjacentes à causa serem objeto de confissão. Qualquer desses critérios autoriza a iniciativa probatória do juiz, em busca de uma premissa fática que se mostre verdadeira e apta a embasar um justo provimento jurisdicional.

Dessa forma, pode-se equilibrar, de um lado, a autonomia e liberdade das partes quanto à forma de defender os próprios direitos e, de outro, a possibilidade ou necessidade de intervenção judicial para propiciar essa defesa a uma das partes. Isso será feito de forma a reduzir o risco da parcialidade judicial, porquanto o juiz só intervirá em caso de estrita necessidade.

### **3.6. A questão da preclusão e os limites aos poderes instrutórios do juiz**

---

<sup>293</sup> TANIA CHICO FERNÁNDEZ, *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio em la ley de enjuiciamiento civil*. Objeto y carga de la prueba civil. ABEL LLUCH, Xavier/PICÓ I JUNOY, Joan. Coords. Barcelona: Bosch, 2007, p. 145.

<sup>294</sup> Ob. cit., p. 73.

<sup>295</sup> ARRUDA ALVIM, *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. Ob. cit., pp. 104-105.

Importante tratar ainda da aplicabilidade dos poderes instrutórios do juiz quando da ocorrência da preclusão. Existem divergências que apontam, aparentemente, o conflito entre a iniciativa probatória do juiz e a preclusão, tendo em vista que o não exercício de uma faculdade ou o não cumprimento de um ônus processual pelas partes, no momento adequado, implica, em princípio, a perda da possibilidade de fazê-lo, posteriormente, em razão da ocorrência da preclusão. Em todos os procedimentos, existem momentos adequados para que as partes formulem seus requerimentos com relação às provas a serem produzidas. Se eventual omissão da parte que gerasse a preclusão impedisse também a produção de prova pelo juiz, restaria eliminado o poder de iniciativa probatória.

Recorde-se que o juiz não determina a realização da prova em favorecimento a qualquer das partes, mas, sim, para fomentar a busca da verdade, no processo. Assim, necessário verificar a possibilidade de compatibilização entre os poderes instrutórios e a preclusão. As regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas às partes, cujo objetivo é possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão primordial é a pacificação social, com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da aplicação da norma a fatos efetivamente verificados. Assim, “a preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido”<sup>296</sup>.

Ainda que a parte venha a perder a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, desde que entenda ser ela necessária à formação de seu convencimento. Em que pesem os posicionamentos em sentido contrário, não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder desde que não o faça por motivos outros, escusos e ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador - que a exerce em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos -, a

---

<sup>296</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., p. 114.

iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão está ligada tão somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível a existência do conflito de normas, o qual deve ser solucionado segundo o escopo principal do processo. A preclusão é simples mecanismo técnico destinado a garantir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ela ceder diante do valor maior, como o representado pelo convencimento do juiz a respeito da realidade jurídico-material.

Diante da exposição ventilada, podemos argumentar a existência de limites<sup>297</sup> impostos pelo sistema processual ao exercício dos poderes instrutórios do juiz. Segundo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>298</sup>, tais limites podem ser assim elencados: a) os elementos objetivos da demanda eis que, à luz do princípio da correlação, a sentença deve ater-se ao pedido e a causa de pedir, não podendo o juiz, portanto, determinar provas que não sejam congruentes aos referidos elementos; b) a produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos, ou seja, para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo; c) a submissão da prova ao contraditório; d) a fundamentação do ato judicial que a determina; e) que a iniciativa não acarrete excessiva demora no feito, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Ainda sobre essa limitação, Maria Cristina de Almeida Bacarim e Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira<sup>299</sup> defendem que a iniciativa probatória não se justifica de maneira ilimitada, mas deve seguir o que se denomina “núcleo mínimo de atuação”, possível de ser extraído dos próprios princípios que norteiam a atividade jurisdicional. A realização da justiça, expressa por princípios como o da efetividade da jurisdição e o acesso a uma ordem jurídica justa, traz consigo outros princípios correlatos, como o são o princípio da igualdade, o princípio da

---

<sup>297</sup> Analisando alguns limites ao poder instrutório do juiz, em especial a manutenção da imparcialidade e a necessidade de controle pelo Tribunal, através de recursos, vide JORGE NUNO LEMOS, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar. n.3. 2007, pp. 64-79.

<sup>298</sup> *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., pp. 144-146.

<sup>299</sup> *Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no processo civil brasileiro*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 481-484.

boa-fé objetiva e o princípio da celeridade processual ou da duração razoável do processo.

Por conseguinte, no tocante ao princípio da igualdade, não basta que as partes tenham igual possibilidade formal de produção de provas, mas cabe ao juiz, ao constatar a desigualdade substancial, fruto de desnivelamento econômico, intelectual ou técnico, adotar medidas que importem no restabelecimento do equilíbrio da relação processual.

Na lição de Bedaque<sup>300</sup>, “a real igualdade das partes no processo somente se verifica, quando a solução encontrada não for resultado do maior poderio econômico ou da astúcia de uma delas”. O processo não se desenvolve como um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas como um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito. Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, chegue-se a uma decisão injusta, que não corresponde à realidade fática submetida a julgamento. Por tal razão, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos. Não fosse a iniciativa probatória do magistrado, o resultado do processo teria se mostrado inábil a assegurar o direito a quem o detinha, gerando injustiça da decisão.

Assim, segundo as mencionadas autoras, a desigualdade entre as partes seria um primeiro parâmetro concreto para intervenção do magistrado na produção de provas, cabendo-lhe atuar de maneira ativa sempre que se deparar com situação de inferioridade que lhe permita auferir que a ausência de iniciativa da própria parte poderá comprometer o resultado justo do processo.

Um segundo parâmetro seria a violação à boa-fé objetiva, em hipótese que se enuncia a ocorrência de fraude ou abuso por uma das partes, com inaptidão da outra para elidi-las. Não raro nos deparamos com situações em que a existência de demanda de massa, assim considerada a repetição de ações idênticas ou semelhantes contra uma mesma pessoa jurídica, resulta em inaptidão desta para amearhar as provas necessárias à elucidação dos fatos, o que resulta no ajuizamento de demandas temerárias que se fundam na certeza de que os réus

---

<sup>300</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., p. 75.

não se desincumbirão de seu ônus probatório. Em outras palavras, a malícia do autor aliada à ineficiência do réu na produção da prova, importaria em resultado divorciado da realidade dos fatos e conduziria a injustiça da decisão.

Por fim, um terceiro parâmetro a justificar a iniciativa probatória do magistrado é a busca da celeridade processual. A prática forense demonstra que nem sempre os caminhos percorridos pela parte são os mais eficientes e ágeis na busca do resultado almejado. Muitas provas são postuladas, valendo-se de um raciocínio linear dos meios comuns, ignorando-se outras possibilidades, trazidas até mesmo pela evolução tecnológica, que poderiam desaguar no mesmo resultado com economia de tempo e até mesmo de recursos financeiros.

Existindo limites, não se pode afirmar que o poder instrutório do julgador venha a ser considerado como meramente discricionário ou mesmo arbitrário. Não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao decidir à luz das regras, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Quanto à manifestação arbitrária, ou autoritária, nos dizeres de Jorge Nuno Lemos<sup>301</sup>, mostra-se muito difícil ligar os poderes instrutórios do juiz a qualquer manifestação nesse sentido, pois falta-lhe, antes de mais nada, a característica do exercício do poder desligado de qualquer outro critério ou propósito que não o da vontade de quem o exerce ou da pessoa por conta de quem é exercido, segundo o seu programa, na prossecução de seus objetivos. Afinal, os poderes instrutórios servem, essencialmente, para que esse possa ter um comportamento ativo na busca da verdade quanto aos fatos que pode conhecer, os quais lhe foram trazidos pelas partes ao processo, considerando-se a inércia do poder judiciário e a necessidade de demanda das partes quanto aos fatos que originam a causa de pedir, o que, por si só, limita a atividade judicante.

Por mais amplo que seja o poder do juiz, a maior liberdade na determinação do sentido da norma não significa discricionariedade. Por mais abertos e vagos que sejam esses tipos legais, existem requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão. Tais circunstâncias são incompatíveis com a suposta discricionariedade judicial.

---

<sup>301</sup> Ob. cit., p. 81.

Existe, pois, confusão na doutrina e na jurisprudência entre discricionariedade e interpretação. Por mais amplo que seja o campo de atuação do juiz, no exercício da função de buscar o sentido da lei, sua decisão será sempre fundamentada e representará a única solução possível para a situação examinada, segundo seu entendimento. É preciso distinguir entre o poder discricionário conferido ao administrador público da liberdade que o juiz tem em atuar da exegese da lei, visando alcançar a decisão correta. Discricionariedade implica reconhecimento, pelo sistema jurídico, da possibilidade de adoção de duas ou mais soluções, cabendo ao ente ou agente público a livre opção por qualquer delas, pois todas são aceitas como legítimas, adequadas e corretas pelo Direito. Ao interpretar a norma, o Poder Judiciário não age dessa forma, visto que, representando a visão de determinado integrante da função jurisdicional a respeito do fenômeno em exame, a decisão será sempre passível de impugnação.

A atividade instrutória do juiz não contamina, portanto, sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar *a priori* o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu. Na realidade, se a prova efetivamente convencer o juiz, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípua da atividade jurisdicional. Seria na verdade parcial o juiz que deixasse de produzir prova quando possível, beneficiando a parte que não tinha o ônus de provar. Juiz imparcial não é juiz neutro e tampouco juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do juiz não se garante ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas exigir o respeito ao contraditório em sua produção e a motivação de suas opções, no tocante ao aspecto fático da demanda.

A esse respeito, fincado na noção de imparcialidade, Antônio do Passo Cabral<sup>302</sup> examina a imparcialidade instrutória processual, qualificando-a como uma “função concomitante, concorrente das partes e do juiz, e de iniciativa independente de um e de outras”, no que se afasta das premissas garantistas. No entanto, vê com reservas o exercício dos poderes instrutórios do juiz, que se deve

---

<sup>302</sup> *Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal.* Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. DIDIER JUNIOR, Fredie/ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Coords. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 117-118.



dar de modo suplementar, subsidiário, coadjuvante, mantendo-se a primazia dessa atuação com as partes, uma vez que a imparcialidade não apenas busca uma maior eficiência na consecução das funções estatais, mas também a contenção democrática do poder.

Importante consignar que a existência da regra do ônus da prova em nada interfere nos poderes instrutórios do juiz. Pelo aspecto subjetivo, a atuação oficiosa do juiz não favorece quem tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu, mas a parte que efetivamente tem o direito material. E quando analisado sob o aspecto objetivo, o ônus da prova, como regra de julgamento diante da ausência ou insuficiência de prova, o encargo não desaparecerá necessariamente pelo fato de o juiz ter produzido prova de ofício, pois apesar de ter sido produzida por iniciativa do juiz, tal prova pode não ter gerado os elementos suficientes para a formação de seu convencimento. Mesmo tendo sido produzida a prova de ofício pelo juiz, tal postura ativa não o impedirá de aplicar a regra do ônus da prova sempre que o conjunto probatório tenha se mostrado inconclusivo<sup>303</sup>.

Por conseguinte, a necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Como já visto, imparcialidade e neutralidade não se confundem. Será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deve ser por ela provado não tivesse sido provado. A existência de normas sobre o ônus da prova tampouco impedem o juiz de instruir de ofício o processo, isso porque só se legitima o julgamento pelo artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, se, exauridas todas as possibilidades probatórias, o órgão jurisdicional ainda não se convencer a respeito das alegações de fato das partes<sup>304</sup>.

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>305</sup>, “a visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios especialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela

---

<sup>303</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 663-665.

<sup>304</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., p. 391.

<sup>305</sup> Ob. cit., p. 81.

jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte”.

O modelo processual brasileiro deve estar, assim, de acordo com o modelo de Estado que a Constituição Federal estabeleceu para o país, no qual a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre eles a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para tanto impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz, que fomentam, inclusive, a dinamização do ônus probatório, permitindo que este agente estatal cumpra sua missão constitucional de realizar a justiça.

## CAPÍTULO IV - ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

O direito brasileiro, assim como ocorre na grande maioria dos países ocidentais, passou e ainda passa, no momento atual, pelo fenômeno da constitucionalização, que é um aspecto do chamado neoconstitucionalismo<sup>306</sup>, surgido em meados do século XX.

Nesse ínterim, a consagração dos princípios como normas jurídicas, bem como o reconhecimento da necessidade de um novo modelo de processo, impôs uma adequação da atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais.

Acompanhando o desenvolvimento no direito comparado, o ativismo judicial surge no Brasil com o principal objetivo de persecução de um justo processo, que garanta de forma mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais<sup>307</sup>. Apresenta-se, assim, como fenômeno necessário à garantia de uma adequada atuação do Estado, por meio do Poder Judiciário, no desempenho de suas funções primordiais perante a sociedade.

### 4.1. Os paradigmas do Direito

Antes de adentrarmos efetivamente à discussão sobre o ativismo<sup>308</sup> judicial e suas consequências no âmbito processual e para uma melhor compreensão da questão, mostra-se necessário tecermos algumas considerações sobre os paradigmas no direito.

---

<sup>306</sup> Sobre o tema, vide JOSÉ CARLOS FRANCISCO, *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

<sup>307</sup> Aprofundando sobre o tema, vide MAURÍCIO SANTOS RAUPP, *Ativismo judicial: características e regularidades – do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; e JOSÉ LEVI MELLO AMARAL JÚNIOR, Coord. *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>308</sup> Consoante a lição de MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICÉ NOGUEIRA, Ob. cit., pp. 478/479, a palavra ativismo, em sentido filosófico, de acordo com Houaiss, significa “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa”. Em outras palavras, ativismo, conduz a ideia de atuação direta sobre a realidade.

A teor dos ensinamentos dispostos por Marcelo Benacchio e Sávio Ibrahim Viana<sup>309</sup>, os paradigmas são instrumentos destinados à resolução de problemas. Enquanto válidos, a ciência avança e se aprofunda por meio de sua utilização.

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>310</sup>, lecionando sobre a utilização de paradigmas no campo jurídico, sem aludir a épocas mais remotas, reconhece a presença de três paradigmas evolutivos e sequenciais de interpretação e aplicação do direito.

O primeiro deles seria o paradigma da lei. Segundo o autor, sob esse paradigma, o Direito e a lei eram tidos por coincidentes. A lei, enquanto expressão da vontade geral decorrente do contrato social, continha a verdade. Por consequência, o Direito limitava-se à lei. Era o tempo da subsunção, da exegese, do racionalismo iluminista, do juiz como “mera boca da lei”<sup>311</sup>.

O segundo, o paradigma do juiz. Com o advento das mudanças sociais e políticas ocorridas na primeira metade do século XX, restou demonstrado o reconhecimento da incapacidade da lei para a solução de todos os problemas postos ao Direito. A simplicidade e frieza da letra da lei demonstraram sua insuficiência para tanto. Surgiu, então, a figura do juiz como elemento fundamental para o encontro e busca dos valores incidentes. Assim, a lei passa a ter cláusulas gerais com caráter aberto, competindo ao juiz o preenchimento de cada cláusula geral consoante permissão normativa. Esse é, inclusive, o modelo adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002, cujo conteúdo normativo depende, diretamente, da atividade judicial para sua compreensão, em muitos de seus dispositivos legais.

O terceiro e último, o paradigma do caso concreto. Como em todos os demais ramos do conhecimento científico, houve nova alteração, demonstrando, nessa perspectiva, a percepção do reducionismo na aplicação do paradigma do

---

<sup>309</sup> *O ativismo judicial e a ordem econômica*. Ativismo judicial e garantismo processual. FREDIE DIDIER JÚNIOR, *et al.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 147-169.

<sup>310</sup> *O direito pós-moderno e a codificação*. Revista de direito do consumidor. n.33. Jan/Mar, 2000, pp. 123/129.

<sup>311</sup> Explanado no raciocínio iluminista e liberal, cristalizado na célebre ideia de MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, no sentido de que o juiz nada mais é do que a *bouche de la loi* (a boca da lei). Teve uma definida função no período das Revoluções do século XVIII, visando à proteção dos interesses da coletividade contra os abusos da aristocracia, dominante do Executivo e Judiciário daquela época. Ficando o juiz cingido a verificar os fatos ocorridos e aplicar a eles o direito preestabelecido pelo Legislativo, jamais se poderia ter uma atuação ilegítima do Judiciário, que não seria mais do que um executor das diretrizes já estabelecidas pelo Legislativo.

juiz. Além das dificuldades ínsitas na resolução sempre por meio da intervenção do magistrado, observou-se a impossibilidade de soluções idênticas aos precedentes jurisdicionais invocados, porquanto uma particularidade do caso concreto redundava em resultado absolutamente diverso da linha decisória anterior. O constante diálogo entre fato e lei na concreção da norma jurídica incidente passa, pois, à presença de alguma particularidade que pode resultar na inversão da decisão tomada no caso anterior, ou seja, na impossibilidade de permanência do modelo decisório antecedente.

Com base no último paradigma, a centralidade do caso e o confronto entre o Direito e a lei passaram a exigir do Poder Judiciário, no momento da interpretação e aplicação - sem abandono da legislação, frise-se - o temperamento do aspecto político e jurídico, na busca da solução mais justa ao caso concreto, em conformidade com os valores do Direito.

É certo que essa atuação do Poder Judiciário gerou dificuldades no grau de certeza do Direito, sobretudo em seu sentido oitocentista. Todavia, mostrou-se como a maneira mais efetiva de solucionar os conflitos gerados em decorrência da pluralidade de valores presentes no ordenamento jurídico e o conflito entre eles.

Portanto, é exatamente no âmbito do paradigma do caso concreto que surge o fenômeno do ativismo judicial<sup>312</sup>. Em linhas genéricas, podemos entender

---

<sup>312</sup> Sobre o tema, vide DENISE DOS SANTOS VASCONCELOS SILVA, *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015; IRIS CATARINA DIAS TEIXEIRA, *Direito social à saúde e ativismo judicial: gerenciamento das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015; DEILTON RIBEIRO BRASIL, *Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoeur*. Curitiba: Juruá, 2014; LEILSON SOARES VIANA, *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2010; UMBERTO MACHADO DE OLIVEIRA, Coord., *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010; ALEXANDRE DE MORAES, *As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial*. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. Coords. v.1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 121-138; JULIANA DE LIMA SILVA, *Ativismo judicial: a nova face da jurisdição brasileira*. Revista da Esmat 13. a.6. v.6. João Pessoa: 2013, pp. 183-196; JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JR., *A criação judicial do direito: da escola da exegese ao ativismo judicial*. Parahyba Judiciária. v.7. n.8. João Pessoa: 2012, pp. 489-517; SÉRGIO CABRAL DO REIS, *Ativismo judicial, efetividade dos direitos sociais e desenvolvimento da democracia no Brasil*. Parahyba Judiciária. v.7. n.8. João Pessoa: 2012, pp. 411-435; FERNANDO CRISTIAN MARQUES, *Ativismo judicial e precedentes judiciais: técnicas do Common Law*. Cognitione Juris. a.4. n.10. João Pessoa: 2014, pp. 245-258; JOSÉ DO CARMO VEIGA DE OLIVEIRA, *O ativismo processual no exercício da prestação jurisdicional*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 93-117; JOSÉ

por ativismo judicial tão somente o esforço do Poder Judiciário em materializar, no plano concreto, os princípios e regras constitucionais, mormente os direitos e garantias individuais, transformando-os em realidade. Ao fazê-lo, o magistrado estará exercendo uma parcela de poder e uma função democrática, tal como prescrita no texto constitucional, não incorrendo em qualquer ato de impropriedade.

#### 4.2. Ativismo judicial *versus* decisionismo

Não se desconhece a posição doutrinária defensora de que a fronteira entre o ativismo judicial, no sentido positivo, e a prática do “decisionismo” é mesmo fluida. A interpretação judicial de normas constitucionais e infraconstitucionais envolve um embate entre valores competitivos, principalmente em uma sociedade democrática na qual a manifestação de opiniões divergentes é tão clara. Por conseguinte, a definição mais precisa do fenômeno do ativismo judicial passa, inicialmente, por sua distinção com o decisionismo judicial. Na doutrina clássica, Konrad Hesse<sup>313</sup> tratou brilhantemente do tema ao opor-se de

---

MARCOS RODRIGUES VIEIRA, *Ativismo judicial e modo de ser da relação jurídica*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 119-134; NEWTON TEIXEIRA CARVALHO, *O direito de família construído e democratizado pelos tribunais*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 247-276; FÁBIO TORRES DE SOUSA, *O código de processo civil e o ativismo constitucional na defesa do consumidor*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 277-296; MÔNICA SILVEIRA VIEIRA, *Ativismo judicial e ações relativas a direitos do consumidor: diretrizes para a atuação jurisdicional*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 297-338; ANA LÚCIA RIBEIRO MÓL, *O ativismo judicial na justiça do trabalho e a reforma trabalhista*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 339-359; KARINE VAZ DE MELO MATTOS ABREU e PEDRO LUIZ BARROS PALMA DA ROSA, *O ativismo judicial na execução de sentença no contexto da reforma trabalhista*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 361-378; THIAGO COLNAGO CABRAL, *Ativismo judicial na execução penal – será mesmo?!* Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 437-450; e ENÉIAS XAVIER GOMES, *Dos elementos subjetivos especiais e sua aferição normativa*. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 397-406.

<sup>313</sup> Ob. cit.

forma veemente à posição de Ferdinand Lassale<sup>314</sup>, para quem a Constituição de um país era uma “folha de papel”, cuja capacidade de regular e de motivar estaria limitada à sua compatibilidade com as relações de poder e os fatores reais de poder (Forças Armadas, interesses dos latifundiários, poderio da grande indústria e dos intelectuais, etc). Hesse admitiu que a eficácia da Constituição depende das condições históricas, técnicas, econômicas e sociais de um país, isto é, aspectos intrínsecos à realidade. Concordou, também, com a ideia de que esses fatores não podem ser ignorados por ocasião das normas constitucionais, sob pena de comprometimento da eficácia das mesmas. Todavia, acentuou que a Constituição não configura apenas a expressão de um “ser”, mas de um “dever ser”, ou seja, embora seja reflexo da realidade, pode modificá-la ativamente e deve direcioná-la.

Para transformar a vontade da Constituição em realidade, Hesse ensinou ser necessário compreender a necessidade de uma ordem jurídica inquebrável, que proteja o Estado e a população contra o arbítrio desmedido e disforme. Defendeu que essa ordem reclama constante processo de legitimação e que o concurso da vontade humana é imprescindível na realização das tarefas constitucionais. Insistiu que o desenvolvimento da força normativa da Constituição depende de sua prática por todos os que participam da vida constitucional (governantes e governados), os quais, dotados dessa especial consciência jurídica, ao interpretar as normas constitucionais, construirão um caminho adequado para concretizá-las diante de situações da realidade.

Nessa seara de discussão, Cappelletti<sup>315</sup> também não faz clara oposição entre interpretação e criação do direito. Para ele, é intrínseco a todo grau de interpretação, certo grau de criatividade ou de discricionariedade, sendo fictícia a concepção de interpretação como atividade puramente cognitiva e mecânica, como se juiz fosse a *boca inanimada da lei*. Em conclusão, assevera que compete aos juízes escolher entre duas possibilidades: i) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível de outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco*

---

<sup>314</sup> *A essência da constituição*. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1998.

<sup>315</sup> Ob. cit.

*administrador*. Também Canaris<sup>316</sup>, no âmbito dos métodos hermenêuticos de interpretação, leciona sobre a utilização conjunta dos métodos sistemático e teleológico, levando a uma “interpretação criativa do direito”, na qual reconhecem-se seus graus de obtenção por meio da complementação de lacunas e realização da adequação valorativa das diferentes normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico. A seu turno, Hart<sup>317</sup> manifesta posicionamento semelhante quando defende que a criação do direito implica sempre uma decisão política e, em razão disso, ao menos nos “casos difíceis”, os juízes sempre farão uma eleição de normas, princípios e valores, o que resultará em um “ato criativo”, enquanto que, nos casos fáceis, o juiz deve sujeitar-se à lei.

Esse grau de discricionariedade na atuação jurisdicional ganha evidência ainda em um contexto de legislação com finalidade social, própria das sociedades modernas. Isso porque essa legislação não se limita a descrever o certo e o errado ou a permitir ou proibir. Estabelece, também, políticas públicas, que relegam ao Poder Executivo dar contornos de realidade ao objeto legislado e impõe ao Poder Judiciário efetivar o controle desses atos<sup>318</sup>.

Sob essa perspectiva, o fenômeno do ativismo judicial deve ser compreendido e analisado. Afinal, uma magistratura mais atenta à realização dos princípios e valores constitucionais no plano da realidade, preocupada em purgar a ineficiência ou mesmo a mora dos demais poderes, é colimada e necessária.

Impende esclarecer que o fenômeno do ativismo judicial não se confunde com o “fazer políticas”, a pretexto de interpretar e aplicar a lei. Tampouco, consiste em conferir ao juiz uma “carta branca” ou poderes ilimitados ao decidir o caso concreto de acordo com sua exclusiva opinião, valores pessoais,

---

<sup>316</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2.ed.; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>317</sup> *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Leciona o autor que quando não há no caso concreto regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e à coletividade, o magistrado então irá se deparar com o um caso difícil (*hard case*), diferente dos casos fáceis (*easy cases*), onde simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese, pragmática e analiticamente.

<sup>318</sup> ALESSANDRA LOPES SANTANA DE MELLO, *Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 41-42.



preferências ideológicas ou políticas. Essa prática, flagrantemente abusiva, seria nominada como “decisionismo judicial” e deve ser evitada<sup>319</sup>.

Mas o magistrado não incorrerá em abusos quando for chamado a decidir questões de larga repercussão política e social. Cumpre lembrar que, no Brasil, desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, responsável pela redemocratização do país e a constitucionalização abrangente, inúmeras matérias, até então deixadas ao critério do processo político majoritário e sua legislação, tornaram-se passíveis de apreciação judicial<sup>320</sup>.

Na esteira desse raciocínio, Ronaldo Dworkin<sup>321</sup> afirmou que o ativismo judicial se dá quando os tribunais, utilizando de sua própria visão moral como parâmetro, desenvolvem o princípio da legalidade e o da igualdade para o julgamento de atos emanados dos demais poderes.

O abuso ou o excesso por parte do Poder Judiciário existirá apenas quando, segundo Dworkin<sup>322</sup>, o juiz ignorar o texto da Constituição, a história dos acontecimentos, os precedentes judiciais ou as tradições inerentes à política cultural, para impor aos outros Poderes a sua visão própria de justiça. Mesmo que o juiz tenha que decidir sobre questões políticas, não deverá se afastar dessas noções, sob pena de uma verdadeira tirania<sup>323</sup>. Sob esta ótica, Gerson Amaro de Souza<sup>324</sup> defende uma determinada ditadura do judiciário, tendo em vista que ele pode desfazer atos dos outros poderes e estes não podem desfazer os atos do Judiciário, o que ensejaria a inexistência de uma verdadeira independência.

---

<sup>319</sup> ALESSANDRA LOPES SANTANA DE MELLO, Ob. cit., p. 50.

<sup>320</sup> Sobre o tema, vide MAYARA MARINHO MIARELLI e ROGÉRIO MONTAI DE LIMA, *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011; CLARA DA MOTA SANTOS PIMENTA ALVES, *Mutação constitucional na era do ativismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; e CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>321</sup> *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 215.

<sup>322</sup> *Law's Empire [O Império da Lei]*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 378.

<sup>323</sup> Analisando a perspectiva apresentada por Dworkin, SÉRGIO RUBENS BIRCHAL BECANTTINI defende que a ideia subjacente ao ativismo judicial é a de fazer valer a Constituição, ou o que o Judiciário entende como sendo a Constituição, mesmo que suprindo omissões do Legislativo ou que contrariando a inércia do Executivo. Em suma, caberia ao Judiciário fazer valer sua versão do texto constitucional, ainda que no âmbito da competência reservada aos poderes Legislativo e Executivo, é dizer, impondo obrigações mesmo em caso de omissão do Legislativo e determinando políticas públicas mesmo contrariando o Executivo. *Dilemas da atuação do poder judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 58.

<sup>324</sup> *Tiranía do judiciário*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 219-244.

A seu turno, entretanto, Jorge Miranda<sup>325</sup> conclui, acertadamente, que o modelo de separação ótima entre as funções estatais, idealizado por Montesquieu, deve ser constantemente repensado, para que possa se adequar às exigências do mundo contemporâneo, bem distinto do cenário político e social do século XVIII. Anota o autor que, em que pesem as transformações ocorridas nas relações entre Estado e sociedade, as crises econômicas, as novas ideologias, o peso da Administração Pública de prestação, a inaptidão dos parlamentares para elaborarem leis face a muitos dos problemas coletivos e às exigências da vida internacional (tudo surgido a partir do século XX), que afetaram o princípio da separação dos poderes, este permanece como princípio de organização ótima das funções estatais, de estruturação orgânica funcional. Deve existir uma reserva legal de legislação, de administração e de jurisdição a cada um dos poderes, os quais possuem a obrigação de trabalhar em harmonia, mas de forma operacional e em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, muito bem disposta é a lição de Carlos Ayres Britto<sup>326</sup> quando nega que a prática da Constituição termine por fazer do Poder Judiciário uma instância de governo da *polis*. Para ele, se o Poder Judiciário não é dado governar, é seu dever impedir o desgoverno. O limite ao exercício da defesa da Lei Fundamental pelo Judiciário é o “tensiômetro da consciência”, a qual deve ter como ponto de partida, segundo ele, “não o Congresso Nacional, não o Palácio do Planalto, menos ainda a Casa Branca ou o Palácio de Buckingham, mas o sensível e ao mesmo destemido coração de cada juiz”.

Na esteira desse raciocínio, Eduardo Cambi<sup>327</sup> leciona que o Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica, ajustando desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para proteção dos direitos fundamentais, além de avocar a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. O conceito de juiz social é consectário de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em postulados da justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. E continua ensinando que o exercício da jurisdição contemporânea

---

<sup>325</sup> *Manual de direito constitucional*. Tomo III, 6.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 395.

<sup>326</sup> *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pp. 118/119.

<sup>327</sup> *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 195.

depende, portanto, da sensível pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. O magistrado, portanto, já não se encontra condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social<sup>328</sup>.

### 4.3. Aspectos históricos do ativismo judicial

No âmbito dos registros históricos<sup>329</sup>, em que pesem algumas divergências doutrinárias, Luis Roberto Barroso<sup>330</sup> localiza o surgimento da expressão ativismo judicial no período do *New Deal* americano, em que a Suprema Corte era presidida por Earl Warren, de 1954 a 1969. Segundo ele, foi a época em que os Juízes do Supremo ianque elaboraram uma profunda revolução na jurisprudência, convertida em postura pioneira e progressista. A comprovação de que um texto constitucional de duzentos anos poderia servir a um país desenvolvido em pleno século XX, desde que sua leitura se adequasse às exigências contemporâneas.

Ainda consoante registros históricos versados por Alessandra Lopes Santana de Mello<sup>331</sup>, uma das decisões judiciais mais emblemáticas apontadas como fruto de ativismo judicial foi o julgamento pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Brown v. Board of Education* (AL. 347 U.S. 483 de 1954). Ao final do século XVIII, a segregação racial tinha se tornado regra legislativa em

---

<sup>328</sup> Impende registrar que ao conceito de ativismo judicial também opõe-se o de *judicial self restraint* ou autocontenção judicial, noção pela qual incumbe ao Judiciário procurar reduzir sua esfera de interferência nas ações dos outros poderes, evitando, *v.g.*, a aplicação direta da Constituição para os casos em que não há incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário e abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas. Na tensão muitas vezes existente entre o constitucionalismo, com seu intrínseco componente antimajoritário, e a democracia, a *judicial self restraint* privilegiaria as instâncias políticas da sociedade, cabendo ao povo, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, escolher as políticas públicas que entendam adequadas para o momento, alterá-las ou deixá-las de lado, não sofrendo nisso maiores restrições do Judiciário. RONALDO SOUZA BORGES, *O papel do juiz na gestão das provas no processo civil: a busca pelo equilíbrio entre ativismo judicial e judicial self restraint*. *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 179.

<sup>329</sup> Sobre o tema, vide MÔNICA CLARISSA HENNING LEAL e ROGÉRIO GESTA LEAL, Orgs. *Ativismo judicial e déficit democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>330</sup> *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 30.10.2016.

<sup>331</sup> Ob. cit., pp. 51-52.

quase toda a região sul dos Estados Unidos da América. As raças estavam separadas nas escolas, restaurantes, banheiros públicos, meios de transporte coletivos e até nas eleições. Nos idos de 1896, a Suprema Corte sustentou uma importante decisão proferida no caso *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 de 1896). Homer Plessy, um homem negro da Louisiana, questionou a constitucionalidade da segregação racial nos vagões de trem. O juiz de primeiro grau decidiu que o Estado da Louisiana tinha direito de regular as companhias de trens, se elas operassem dentro dos limites do Estado. Neste caso, a Suprema Corte decidiu que, desde que providenciados vagões separados e fossem prestados os mesmos serviços aos brancos e negros, o princípio constitucional da igualdade (*equal protection clause*), previsto na Emenda Constitucional 14, não restaria violado. Decidiu ainda que a Lei dos Direitos Civis, denominada *Civil Rights Act of 1875*, que preconizava a igualdade de todos os homens perante a lei, estava fora da proteção judicial das Emendas Constitucionais 13 e 14, dirigindo-se às ações governamentais e não às empresas privadas.

Todavia, em 1952, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu julgar coletivamente cinco outros casos, que versavam sobre a separação nas escolas entre crianças brancas e negras e a acusação de que as escolas para negros eram inferiores. Sustentava-se que a teoria *separate but equal* violava o princípio da igualdade. Por consequência, em maio de 1954, o Presidente da Suprema Corte, Earl Warren, anunciou, por unanimidade de votos, que a segregação racial em escolas públicas violava, sim, a Emenda Constitucional 14, sendo medida inconstitucional. Essa decisão histórica pôs fim à doutrina *separate but equal* e promoveu a expansão do movimento pelos direitos civis desde o final da década de 1950.

Tal precedente judicial foi reconhecido por muitos juristas como fruto de ativismo judicial, sob o argumento de que os precedentes judiciais anteriores haviam sido revogados sem fundamentação jurídica razoável, em manifesta violação à doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of stare decisis*) e mediante usurpação da função legislativa, cujos representantes ainda refletiam a vontade da maioria reacionária<sup>332</sup>.

---

<sup>332</sup> ALESSANDRA LOPES SANTANA DE MELLO, Ob. cit., p. 52.

Com relação ao ordenamento jurídico italiano, Stefano Maria Cicconetti e Anderson Vichinkeski Teixeira<sup>333</sup> defendem a existência de uma postura manifestamente ativista por parte da jurisprudência da Corte Constitucional, nas três últimas décadas, devido ao amplo poder hermenêutico garantido a este órgão jurisdicional, permitindo que ela subverta, inclusive, a supremacia do Parlamento na produção da normatividade jurídica a uma sorte de “soberania judicial-constitucional”.

Analisando o fenômeno do ativismo na América, especialmente do Sul, Adolfo Alvarado Velloso<sup>334</sup> leciona ser extrema de dúvida que a Justiça da América se encontra em gravíssima crise. O número de juízes e de funcionários existentes nos diversos Poderes Judiciários não corresponde à magnitude do trabalho que devem cumprir diariamente. A crise persiste pela coexistência de um acúmulo enorme de outras causas que ninguém quer enfrentar e, conseqüentemente, reverter. Ressalta o desmensurado crescimento do índice de litigiosidade, tanto no processo civil, como no processo penal, registrando que, em vários países do continente, exibe-se uma clara e, às vezes, descarada ingerência do poder político no trabalho diário do Judiciário, numa indevida tentativa de controle dos conteúdos das sentenças dos magistrados. Para além disso, defende o autor argentino que a crise é alimentada por outros fatores como a inexplicável complacência do jurisdicionado em relação a casos não jurisdicionais; a aceitação imediata por parte dos juízes dos chamados direitos de terceira geração<sup>335</sup>, que se aplicam antes mesmo de sua regulamentação infraconstitucional; a indevida importação de soluções jurisprudenciais vigentes no sistema do *commom law* e que resultam estranhas à ordem jurídica da *civil law*; o discurso constante, apaixonado e de boa-fé dos autores que se envolvem com a doutrina publicista; o desconhecimento quase generalizado da ordem dos valores jurídicos consagrados nas Constituições; a fascinação que sobre os homens de boa-fé e, particularmente, os juízes do ativismo, sempre desperta no sistema inquisitivo em homenagem ao valor “justiça” que ali se pode alcançar segundo o particular

---

<sup>333</sup> *Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial?* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 94.

<sup>334</sup> *O garantismo processual*. Ob. cit., pp. 30-32.

<sup>335</sup> Sobre a classificação dos direitos fundamentais, vide ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*. 15.ed.; São Paulo: Atlas, 2004, pp. 61-62.

entendimento de cada um. Para o referido processualista, tudo isso, em conjunto, acabou por instalar na mente de muitos juízes, inclusive os argentinos, a ideia de um ativismo.

No Brasil, embora seja tema cada vez mais pesquisado, o chamado “ativismo judicial” não possui definição precisa, nem origem exata. Costuma-se vê-lo empregado, infelizmente, em sentido pejorativo nos momentos em que o juiz vai além dos limites da causa postos pelas partes ou decide com base em parâmetros extralegais. Em outros momentos, um juiz dito ativista termina representando a personificação daquele “Juiz Hércules” do qual fala Dworkin. Resta certo, entretanto, que na doutrina brasileira a expressão em tela é mais recente, sendo os primeiros textos e decisões posteriores à promulgação da Constituição da República Federativa de 1988<sup>336</sup>.

#### **4.4. Legitimação democrática do Poder Judiciário e as críticas ao ativismo judicial**

Na doutrina argentina, apresentando sua posição de contrariedade ao ativismo judicial, Adolfo Alvarado Velloso<sup>337</sup> leciona que, sob o argumento de uma pretensa defesa da Constituição, alguns juízes, com vocação a serem protagonistas midiáticos, começaram a intervir em toda sorte de assuntos, que, em princípio, seriam da esfera de atribuição de outros Poderes do Estado, interferindo, assim, na tarefa de governar ao assumir o cumprimento de funções que são privativas de outras autoridades. Aduz que, dessa forma, abandonaram o acatamento à lei para entrar no campo do governo e, ainda por cima, ingressaram num terreno muito perigoso - o de um incrível desgoverno, já impossível de controlar. Para ele, quem assim atua não cumpre uma tarefa propriamente jurisdicional, uma vez que, com isso, não resolve conflitos intersubjetivos de interesses que é a essência da tarefa de outorgar justiça comutativa. A rigor, pratica-se justiça distributiva sem se ter os elementos para poder fazê-lo, como, por exemplo, a legitimidade de votação popular.

---

<sup>336</sup> STEFANO MARIA CICONETTI e ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA, Ob. cit., p. 80.

<sup>337</sup> *O garantismo processual*. Ob. cit., p. 32.

Em que pese a argumentação exposta, não concordamos com o mencionado autor, tendo em vista que, conforme anteriormente exposto, o ativismo judicial apresenta-se como uma figura correta e necessária, por meio da qual o Poder Judiciário, no cumprimento de suas funções como ente estatal, procura fazer valer, concretamente, direitos constitucionais e fundamentais dos cidadãos, ainda que perante as omissões do Legislativo ou Executivo, dentro de suas respectivas searas de competências e atribuições constitucionais<sup>338</sup>.

Ademais, a questão da suposta falta de legitimação democrática do Poder Judiciário<sup>339</sup> já resta devidamente ultrapassada, eis que o magistrado, ao cumprir o dever de fundamentação de suas decisões, propicia o controle popular sobre sua atuação, o que a legitima, mesmo em um Estado Democrático. Com efeito, mediante a fundamentação das decisões, permite-se o controle da atividade do julgador não apenas do ponto de vista jurídico, como também, de forma bem mais ampla, do ponto de vista da própria coletividade.

Ao contrário dos representantes dos poderes Executivo e Legislativo, que são eleitos pelo voto popular e recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades, o magistrado, integrante do poder Judiciário, não é previamente legítimo, eis que, apesar de inserido em um sistema democrático, não tem sua ascensão ao cargo por via de uma eleição. Sua legitimação só pode, portanto, ser verificada *a posteriori*, por intermédio da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle posterior e difuso da legitimidade da atuação do magistrado, mais uma garantia ligada à ideia de processo justo e de devido processo legal<sup>340</sup>.

Protagonismo judicial, “governo dos juízes” e ativismo judicial são expressões correntes contemporaneamente nas diversas áreas do saber jurídico,

---

<sup>338</sup> Sobre o tema, vide ISABELLA SALDANHA DE SOUSA, *Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015; e RAMON TÁCIO DE OLIVEIRA, *Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos*. Curitiba: Prismas, 2015.

<sup>339</sup> Sobre a questão, vide ADOLPHO JOSÉ RIBEIRO, *As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012.

<sup>340</sup> Sobre a fundamentação da decisão judicial, abordando, inclusive, a relevância de suas justificativas endoprocessual e extraprocessual, bem como a consequente legitimação do Poder Judiciário, vide texto de nossa autoria: *A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado*. RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano1. n.5. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 2497-2536.

em especial no Direito Constitucional e na Teoria Política. O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade. Corrupção, fisiologismos políticos e burocratização estatal são três componentes sociológicos que atuam para fortalecer o mito do “Juiz Hércules” no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais.

Na esteira desse entendimento, Luís Roberto Barroso<sup>341</sup> leciona que “uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário”. Aduz que recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e Executivo. Tal circunstância acarretou, então, uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas envolvendo a extensão de seus poderes.

O ativismo judicial surgiu assim, nos últimos tempos, impregnado das melhores intenções, com a finalidade de atribuir maiores liberdades aos juízes para atuarem no sentido de se fazer com que os outros poderes, Executivo e Legislativo, cumpram as suas funções em conformidade com as disposições constitucionais. Nesse sentido, felizmente, o Poder Judiciário tem atuado com presteza e procurado atender aos direitos fundamentais do cidadão, impondo obrigações positivas aos órgãos responsáveis pela omissão. O ativismo é utilizado para o bem da população e está em perfeita consonância com os mandamentos constitucionais.

Nos dizeres de José Renato Nalini<sup>342</sup>, a figura do juiz passa a ocupar o centro do debate, de quem cada vez mais se exige posturas superlativas, para além da condição humana que lhe é natural. Nas múltiplas controvérsias em que atua, do magistrado é esperado que seja ativista quando se discute, por exemplo, o fornecimento de medicamentos aos hipossuficientes, e garantista, quando atua da jurisdição criminal.

---

<sup>341</sup> *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Ob. cit., p. 383.

<sup>342</sup> *Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada?* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 383-394.



É certo que o modelo brasileiro de *civil law*, analisado com base na observância plena ao regramento legislativo, revela restrições à prática do ativismo judicial, na medida em que, em regra, ao adotar uma conduta supostamente ativista, o magistrado deixa de aplicar a lei *stricto sensu* ou a esta dá interpretação extensiva, permitindo-lhe chegar à decisão que melhor lhe convém para solucionar o caso. Bem por isso, nos regimes *civil law*, o ativismo judicial é bem mais criticado do que em outros regimes jurídicos, pois, em tese, o magistrado ativista desvirtua a função jurisdicional, aproximando à função legislativa.

Nos regimes de *common law*, o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito às novas exigências sociais e às novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”<sup>343</sup>, que, guiado pelo propósito de respeitar as posições do legislador ou os precedentes passados<sup>344</sup>, conduziria à estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. À medida que, no âmbito da *common law*, franqueia-se ao Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa, a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo. Daí por que a discussão tende a se deslocar para o plano da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, mas, sim, a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática.

A teor do disposto na doutrina argentina já mencionada, também, no Brasil, avolumam-se críticas para essa postura ativista do juiz. A primeira, de cunho político-ideológico, decreta a falta de legitimidade do judiciário para tornar desvaliosa a atuação dos demais poderes. O juiz não é eleito e, mesmo sem esse respaldo do consentimento popular, desfaz políticas escolhidas por aquele sufragado pelo povo. A contra-argumentação a esse déficit de legitimidade é baseada, como já explanado, na obrigação constitucional que o juiz tem de fundamentar suas decisões. Ao fazê-lo, o juiz permite ao interessado e à

---

<sup>343</sup>GUSTAVO GONÇALVES GOMES, *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 294.

<sup>344</sup> Anote-se que na dinâmica iniciada pela vigência do Código de Processo Civil de 2015, o sistema brasileiro passa a demonstrar, também na normatização, uma efetiva valorização dos precedentes judiciais, aproximando-se, nesse ponto, dos regimes de *common law*.

sociedade acompanhar o raciocínio de seu convencimento e recorrer às instâncias superiores, com vistas à obtenção de resultados diversos.

Não é assim a eleição a única fonte de legitimidade. Obtém-se o consentimento da sociedade de destinatários também quando se evidenciam as razões conducentes de a consciência do juiz se inclinar por uma ou outra das teses ou por uma que só apareceu implicitamente na demanda. Bem por isso que, mesmo adotando-se postura ativista, não se pode perder de vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, conforme determina a própria Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, o que impede a conversão da resposta do Estado-juiz em exercício arbitrário pautado por voluntarismos personalistas<sup>345</sup>.

Outra conhecida crítica é que o Poder Judiciário não pode ser convertido em indesejável instância hegemônica. Também nesse íterim, a resposta de Nalini<sup>346</sup> mostra-se pertinente, no sentido de que o juiz não é perito em todos os assuntos. Mas é, reconhecidamente, o árbitro dos árbitros, ou o *peritum peritorum*. Ele não precisa dominar, enciclopedicamente, a vastidão dos temas que chegam ao judiciário, mas saber escolher, dentre as várias propostas, aquela mais viável à solução, mediante outorga do justo concreto.

A terceira é conhecida como a limitação do debate. O universo jurídico tem linguagem própria, desconhecida pelo jejuno. Isso priva uma discussão mais ampla, pois exclui dela o não técnico. E pode levar ao perigo de se produzir uma apatia na população que passaria a ficar na espera de que tudo fosse resolvido pelos juízes, formando uma sociedade puerilizada e tutelada pelo Judiciário, o que não atenderia à formação de uma cidadania participativa, que seria o ideal pensado pelo constituinte democrático<sup>347</sup>. Nesse diapasão, argumenta-se que o ativismo judicial possui também limites<sup>348</sup>, os quais foram versados por Alessandra Lopes Santana de Mello<sup>349</sup> como materiais, formais e éticos. Segundo a autora, os limites materiais à interpretação do juiz estão previstos no próprio

---

<sup>345</sup> JOSÉ RENATO NALINI, Ob. cit., p. 386.

<sup>346</sup> Ibid., p. 387.

<sup>347</sup> Ibid., p. 388.

<sup>348</sup> Sobre o tema, vide CLARISSA TASSINARI, *Jurisdição e ativismo judicial – limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; e EDINILSON DONISETTE MACHADO, *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

<sup>349</sup> Ob. cit., pp. 52-58.

sistema jurídico, sendo os textos normativos, inclusive o constitucional, um dos primeiros, garantidor, inclusive, da segurança jurídica. O limite formal estaria previsto no já mencionado dever de fundamentação, garantia da legitimação democrática de atuação do Poder Judiciário. Por fim, o limite ético estaria previsto no compromisso do juiz em realizar os anseios da comunidade de acordo com o ordenamento jurídico e, especialmente, com o devido e justo processo.

Ainda no que se refere às críticas ao ativismo judicial proferidas em sede da doutrina brasileira, Nelson Nery Júnior e Georges Abboud<sup>350</sup> entendem que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Para eles, ativismo é toda decisão que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.

Nesse ponto, as situações aventadas por Pablo Manili<sup>351</sup> como bom ativismo não se tratariam de decisões ativistas, mas, na realidade, de decisões que concretizam e aplicam diretamente o texto constitucional e sua principiologia. Alguns segmentos doutrinários preferem distinguir entre o bom e o mau ativismo, com o que não concordamos. O bom ativismo sustentado por Manili é, na verdade, a única manifestação daquilo que se pode identificar como “ativismo judicial” e proporciona, dentre outros, os seguintes benefícios ao jurisdicionado: 1) cria direitos, ou seja, assegura direitos não previstos expressamente em nenhum diploma normativo infraconstitucional; 2) amplia as garantias processuais para a proteção dos direitos; 3) assinala ao Congresso a necessidade de reforma legislativa em determinada matéria; 4) controla os excessos do poder em geral; 5) flexibiliza certas decisões legislativas restritivas de direitos; 6) implementa mecanismos para superar a inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>350</sup> *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém.* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 525-546.

<sup>351</sup> *El activismo em la jurisprudência de la Corte Suprema.* Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales. Tomo I. n. II. QUINTANA, Linares/ FAYT, Carlos S.. Orgs. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 1147-1153.

O ativismo judicial, portanto, é realizado por meio de uma efetiva e legítima atuação do Poder Judiciário, como poder constituído do Estado, mostrando-se perfeitamente possível o afastamento dos argumentos que objetivam criticar sua realização, taxando-o de um caráter injusto e, até mesmo, inconstitucional.

#### **4.5. Ativismo judicial e separação dos poderes**

Outro detalhe com relação ao regime jurídico brasileiro é que temos um Estado Democrático bem definido, que, por opção política, privilegia o princípio da separação dos poderes. Assim, de acordo com o regime constitucionalista, o desenvolvimento do Estado deve ser acompanhado da delegação de poderes controlados, de forma tripartida, e visando, sobretudo, à supremacia do interesse público.

Sob esse prisma, parte da doutrina argumenta que o ativismo judicial deveria ser coibido, na medida em que permite ao magistrado adotar iniciativas que são de competências exclusivas do Poder Legislativo ou até de atribuições do Poder Executivo. O ideal monstesquiano de separação dos poderes<sup>352</sup> prevê a necessidade de independência, exatamente para permitir um maior equilíbrio na manutenção do Estado, viabilizando a adoção de estratégias diferenciadas e específicas para cada órgão que compõe a máquina estatal.

Para Montesquieu<sup>353</sup>, a liberdade política, num cidadão revela-se na tranquilidade de espírito que procede da opinião que cada um possui de sua segurança; e para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo estatal, o Poder Legislativo está reunido ao Poder

---

<sup>352</sup> Sobre o ativismo judicial e a separação dos poderes, vide ADRIANO BERNARDO DE FRANÇA, *Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013; HÉLIO PINHEIRO PINTO, *A expansão do Supremo Tribunal Federal através da judicialização da política e do ativismo judicial: da aplicação da constituição à assunção de poderes constituintes*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, pp. 17-39; PATRÍCIA KARINNE DE DEUS CIRÍACO, *O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014; e LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS, *Quis custodiet ipso custodes: ativismo judicial e separação dos poderes no panorama do controle da atividade judicante*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.

<sup>353</sup> Ob. cit., p. 181.

Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas instituem leis opressivas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Ao repartir as atribuições estatais entre vários órgãos, espera-se que possam especializar-se no exercício das suas funções, o que traria uma maior eficiência ao papel desempenhado pelo Estado. Esse modelo garantiria sustentabilidade à estrutura estatal e preservaria as características liberais e democráticas do regime político, na medida em que a independência entre os poderes acabaria gerando, indiretamente, um poder de fiscalização entre eles.

Não obstante, observamos que a função jurisdicional se consubstancia em um poderoso instrumento para a atuação completa do direito material, garantindo a manutenção da ordem e o respeito às leis. Por determinação constitucional, é dever do Poder Judiciário zelar pela manutenção da paz social, coibindo a prática de atos que não estejam alinhados com o ordenamento jurídico. Além de ser órgão fiscalizador da efetividade das leis, o Poder Judiciário deve ocupar-se da resolução de conflitos sociais, interferindo na relação entre os jurisdicionados, ou entre esses e o Estado, sempre que não conseguirem, por si só, resolver determinada situação litigiosa.

Diante de tais considerações, duas inferências emergem<sup>354</sup>: uma coisa é admitirmos atuação de magistrados à margem da lei, com a prolação de decisões judiciais cujo conteúdo não tenha relação com o ordenamento jurídico pátrio, cujo *decisum* se denotem valores pessoais do julgador; outra coisa é concebermos que os magistrados são figuras de grande importância para o Poder Judiciário, para a

---

<sup>354</sup> GUSTAVO GONÇALVES GOMES, *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. Ob. cit., pp. 297-298.

população e para o Estado, e que devem, sempre que necessário e possível, inovar e atuar com criatividade na interpretação da lei.

A primeira situação não se mostra adequada, uma vez que o magistrado, ao julgar com força das próprias convicções, desprestigia e ignora o sistema jurídico, trazendo instabilidade e insegurança aos jurisdicionados. A segunda merece ser prestigiada ante ao entendimento de que o atual perfil do magistrado comporta exatamente uma postura pautada em iniciativas criativas e no compromisso de tentar buscar a melhor solução para o caso concreto, sem que isso signifique abdicação do dever de fundamentar as decisões, segundo a lei.

Assim, defende-se que os princípios da participação e da colaboração não se misturam com a discricionariedade. O ativismo é exercido com observância dos limites impostos à atividade do Poder Judiciário. A atuação criativa e participativa dos magistrados sempre deverá abarcar um conteúdo adstrito ao nosso sistema constitucional. Há uma nítida distinção entre magistrado arbitrário e magistrado ativista, sendo este último o modelo de magistrado que melhor se enquadra no formato indicado pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Não se pode perder de vista que o Judiciário, ao decidir toda forma de lide a ele apresentada, já está previamente comprometido com a ordem constitucional vigente, o que lhe impõe ao efetuar sua motivação demonstrar os fundamentos jurídicos, legais ou principiológicos que o levaram a decidir daquela forma e porque a decisão é a mais consentânea com nosso ordenamento constitucional e legal.

A judicialização de um número cada vez maior de questões é o que fomenta a expansão do ativismo, em tempos contemporâneos. Judicialização, nos dizeres de Maria Fernanda de Toledo Rodvalho<sup>355</sup> é o termo cunhado para designar o fenômeno de transferência para o Judiciário, da resolução de questões que, tradicionalmente, eram resolvidas no âmbito social e político. Diz respeito à assunção, pelo Judiciário, de tarefas que, por definição decorrente do princípio da tripartição dos poderes, não deveriam depender de solução jurídica.

Judicialização não é, portanto, um fenômeno do Judiciário, mas do Estado como um todo. Na proporção em que o Legislativo deixa de ser instância típica da

---

<sup>355</sup> *Ativismo judicial e proteção de direitos*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 489-500.

discussão política e em que ao Executivo se lhe retira o papel de único protagonista da implementação de políticas públicas, transfere-se para o Judiciário a discussão acerca das escolhas administrativas e até políticas. Assim considerado, o fenômeno da judicialização<sup>356</sup> não se pode ligar à mera ideia de desprestígio do Legislativo ou de inércia do Executivo, mas a um reposicionamento de todas as funções e atividades do Estado.

Embora já existisse um movimento social no sentido de determinar a transferência dessas discussões políticas e administrativas para os tribunais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “Carta Cidadã”, apresenta-se como um o marco da redefinição do papel do Judiciário na divisão de poderes do Estado Brasileiro. Essa norma fundamental atribuiu ao Estado os objetivos de reduzir as disparidades sociais e erradicar a pobreza, além de garantir direitos fundamentais, tais como, saúde, educação, habitação e meio ambiente. E como poder Estatal, o Judiciário passa também a ser responsável pela consecução desses propósitos.

Assim, nas primeiras três décadas após a promulgação da Constituição de 1988, um dos debates mais acesos na doutrina e na jurisprudência brasileiras refere-se à concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Consoante as ponderações de Luiza Barros Rozas<sup>357</sup>, a jurisprudência brasileira, no que diz respeito ao controle jurisdicional de políticas públicas, consolidou-se mais em relação ao direito à saúde e ao direito à educação.

O ativismo apresenta-se, portanto e especialmente, como uma consequência do fenômeno da judicialização. Afinal, vigorando no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da inércia do Poder Judiciário, as apreciações desenvolvidas sob um perfil mais ativo dos magistrados só se mostram possíveis quando os detentores da legitimidade processual ajuizarem demandas questionando a necessidade de judicialização das questões envolvendo os

---

<sup>356</sup> Registre-se que para MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO, Ob. cit., p. 496, a atuação judicial na garantia de direitos não pode ser confundida com o ativismo judicial. O ativismo vai além da judicialização, pois o ativista promove uma intervenção de forma a garantir a implementação de objetivos constitucionais. Ainda sobre o tema, vide MÔNICA CLARISSA HENNING LEAL, *Judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>357</sup> *Controle jurisdicional de políticas públicas urbanísticas: o direito a moradia no âmbito do poder judiciário*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 465.

direitos fundamentais, plano de fundo para as decisões judiciais a serem proferidas. Ativismo e judicialização implicam, portanto, fenômenos contemporâneos que possuem ampla proximidade. Impende lembrar, como já ressaltado, que Konrad Hesse coloca a autonomia do Direito como condição de possibilidade. Daí a força normativa da Constituição. E, nesse sentido, os consideráveis avanços no campo da preservação dos direitos fundamentais em países periféricos como o Brasil, muitas vezes foram realizados por meio de decisões judiciais em matérias envolvendo a judicialização e, conseqüentemente, o ativismo judicial.

Concordamos com Daniel Giotti de Paula<sup>358</sup> quando sustenta que estamos vivendo uma nova concepção e um novo modelo que nos faz refletir sobre o tradicional sistema de separação dos poderes. Na verdade, do início do século XX até hoje, um complexo cenário de transformação se processou no direito e na política. Vive-se sob a égide de uma crise de representação parlamentar, de abandono de uma visão mítica de que a sociedade é homogênea. Além disso, passou-se de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, no qual aos princípios constitucionais se conferiu aplicação direta, o que, por consequência, implicou o abandono da subsunção como único método de resolução de impasses sobre a interpretação e aplicação do Direito. Instaurou-se um quadro em que agências e agentes dentro do âmbito governamental, mas com alguma independência, são aqueles que realmente decidem questões técnicas na sociedade, mudança que se dá em um quadro de desformalização do Direito. Consolidou-se, ainda, o presidencialismo de coalizão, em que às minorias sobra pouco espaço para participar da construção da agenda parlamentar. E esses ingredientes explicam, cada qual com sua intensidade, o porquê de o Judiciário muitas vezes invadir a esfera própria de competência de outros poderes constituídos, e ainda, o porquê de as minorias político-partidárias ou de a sociedade civil se dirigirem aos tribunais em relação a tantas e variadas questões.

---

<sup>358</sup> *Ainda existe separação dos poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política.* As novas faces do ativismo judicial. FELLET, André Luiz Fernandes/NOVELINO, Marcelo. Orgs. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 307.



Assim, contemporaneamente, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>359</sup>, seja por conta do chamado ativismo judicial ou por uma nova vertente da instrumentalidade do processo, foi-se gradualmente aceitando um alargamento da faixa de atuação do Judiciário, a este se reconhecendo em certos casos a legitimidade para um prudente criacionismo, justificado pelo propósito de interpretar os textos de regência por modo a deles extrair o máximo de significado, para além de sua singela literalidade, assim potencializando sua idoneidade para resolver o conflito em modo justo e tempestivo.

#### **4.6. Teoria do garantismo processual**

O garantismo é uma manifestação doutrinária que surge vinculada inicialmente à esfera do Direito Penal, ganhando, após, expressão além dos limites desse ramo do direito. Tendo como discussão basilar a contraposição entre liberdade e poder, revela uma visão crítica do direito positivo e anseia por uma adequação entre as normas vigentes e os valores pugnados pela Constituição, com resguardo aos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio estatal.

Para Giovanni Priori Posada<sup>360</sup>, o garantismo surgiu como uma certa atitude defensiva dos magistrados democráticos, diante das constantes ameaças de retrocessos político-jurídico-institucional. Contra determinados usos legais e institucionais, especialmente no nível penal, que muitas garantias constitucionais se afirmaram, gerando, por consequência, uma deterioração da efetividade das normas constitucionais nos níveis inferiores de normatividade. Para ele, a maior contribuição do garantismo consistia na separação do “ser” e do “dever ser”, do direito e da moral como pressupostos de validade da norma e da ação punitiva do Estado. Não se apresentando, porém, apenas no direito penal, mas, sim, estendendo-se para o direito em geral, como ferramenta de controle do poder estatal.

---

<sup>359</sup> Acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 91.

<sup>360</sup> GIOVANI F. PRIORI POSADA, *Proceso y constitución*. Lima: Ara Editores, 2001, p. 71

Ao iniciar discussão jurídica sobre o tema, Adolfo Alvarado Velloso<sup>361</sup> afirma que é sabido por todos que a “justiça midiática” que se impôs em nossos tempos, pela recorrente e tenaz atuação de uma certa imprensa marrom (= <*periodismo amarillo*>), bem como de certos programas televisivos de caráter sensacionalista, originou na população uma decidida vocação popular - fomentada pela insegurança reinante em nossos países - e sustentada por numerosos meios de informação - que apregoa a necessidade de “castrar o estuprador”, “matar o homicida”, “cortar a mão do ladrão”, aumentar as penas dos delitos “da moda”, etc. Tal posição filosófica é conhecida no direito penal com a denominação de *solidária*<sup>362</sup> geradora do *solidarismo penal* e este, por sua vez, gera o *solidarismo ou decisionismo judicial*, que se caracteriza na tendência doutrinária que procura fazer com que os juízes sejam cada vez mais *ativos*, “mais viris” - não obstante mais piedosos -, mais comprometidos com o seu tempo e decididos a viver perigosamente, com a verdade e com a justiça.

Não obstante, como movimento jusfilosófico que é, o garantismo pretende o irrestrito respeito à Constituição e aos pactos internacionais que se encontrem no mesmo nível jurídico. Os autores que assim pensam não buscam um juiz comprometido com pessoa ou coisa distinta da Constituição, senão um juiz que se empenhe em respeitar e fazer respeitar, a todo custo, as garantias constitucionais. O garantismo se mostra, portanto, antagônico diante do solidarismo judicial. O processo judicial é a grande máxima garantia que a Constituição estabelece para a defesa dos direitos individuais desrespeitados por qualquer pessoa - a começar pela própria liberdade - e, mais particularmente, pela própria autoridade, com a qual o indivíduo só pode se igualar juridicamente por meio do processo, já que ali existem terceiros que lhe conferem um trato absolutamente igualitário a partir de sua própria imparcialidade. Por isso o nome garantista.

---

<sup>361</sup> *O garantismo processual*. Ob. cit., pp. 13-34.

<sup>362</sup> Ser *solidário* é mostrar ou prestar apoio a uma causa alheia, ideia da qual surge o solidarismo considerado uma corrente destinada a ajudar altruisticamente os demais. A noção se impôs há anos no direito penal e, particularmente, no direito processual penal, onde existem autores e numerosos juízes movidos pelas melhores intenções que, solidarizam-se com a vítima de um delito. Esse movimento doutrinário e judicial também se estendeu aos processualistas que operam o processo civil, onde ganhou numerosos e apaixonados adeptos. Trata-se de ajudar o mais fraco, o pobre o que se acha mal ou pior defendido. Para alguns, quando um juiz adota essa postura no processo, não se apercebe que, automaticamente, deixa de lado e não cumpre o necessário dever de imparcialidade. E, dessa forma, vulnera a igualdade processual.

Ao dispor sobre o garantismo no âmbito do direito penal, José Renato Nalini<sup>363</sup> refere a Ferrajoli<sup>364</sup> uma reconstrução da história que, com enorme razão, sinaliza para a prática de inúmeras ações arbitrárias, contra a liberdade e a integralidade física de indivíduos, provocadas por força exclusiva da vontade do soberano. A racionalização, nesse sentido, corresponderia à submissão da vontade do soberano às garantias e regras processuais contidas nos ordenamentos jurídicos. Só seria recoberta pelo manto da legitimidade a decisão judicial fundada nessas garantias e regras, ou seja, além da submissão do soberano à lei, haveria a necessidade de fazer com que as decisões fossem devidamente motivadas.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior<sup>365</sup> leciona que “Ferrajoli defende não só a humanização do poder, mas também uma importante inversão do paradigma clássico, eis que agora o saber deve predominar”. O poder somente estaria legitimado quando calcado no saber judicial, de modo que não mais se legitima por si mesmo. Isso significa uma verdadeira revolução cultural por parte dos operadores jurídicos e dos atores processuais. Nesse contexto, a fundamentação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial.

Em sua obra, Ferrajoli<sup>366</sup> apresenta o garantismo de modelo estruturado, com o intento de traçar linhas fundamentais de um sistema geral. Sustenta que o modelo penal garantista acha-se previsto na Constituição italiana como um “parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva”. Todavia, referido modelo constitucional, muitas vezes, deixa de ser concretizado pela legislação infraconstitucional, ou mesmo pela prática judiciária ou administrativa. É dizer, as funções estatais ao serem exercidas não observam rigorosamente o parâmetro constitucional para a intervenção punitiva. Dessa discrepância entre a constituição e a realidade, e com vistas a afastá-las, surge o movimento garantista.

---

<sup>363</sup> Ob. cit., pp. 383-394.

<sup>364</sup> *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Ob. cit. A palavra garantista ou seu sucedâneo garantidor provém do subtítulo que LUIGI FERRAJOLI pôs em sua magnífica obra *Direito e Razão* e quer significar que, sobre a lei, com minúscula, está a Lei com maiúscula (a Constituição). Em outras palavras, guarda adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.

<sup>365</sup> *Direito processual penal*. 12.ed.; São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1060.

<sup>366</sup> Ob. cit.

Nesse ínterim, Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>367</sup> aponta a equivocidade da palavra garantismo, à qual podem ser atribuídos três diferentes significados no âmbito da teoria garantista: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica; c) filosofia política. Tais sentidos conferidos ao termo em questão dão suporte a uma teoria geral do garantismo que, embora aplicada por Ferrajoli no âmbito do direito penal, a ele não se circunscreve, podendo ser utilizada em outros ramos do direito. Consoante a discussão proposta pela citada autora, pensando o garantismo como um modelo normativo de direito, encontra sua expressão no Estado de Direito, assim compreendido como aquele nascido do constitucionalismo moderno e que se funda no princípio da legalidade, enxergado não apenas no sentido amplo, de submissão da atuação formal dos poderes à lei (legitimação formal), mas, sobretudo, em sentido estrito, ou seja, de subordinação dos atos estatais – inclusive das leis – aos direitos e garantias fundamentais (legitimação substancial). Em suma, o garantismo seria visto como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir. O garantismo atrela-se, ainda, sobre esse ponto de vista, à democracia substancial (respeito às minorias e aos excluídos e previsão de garantias individuais e sociais), e não à democracia formal (previsão de respeito à maioria como fundamento da legalidade). A fórmula garantista reside, assim, na “maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes”.

Como já ressaltado, a doutrina garantista, inicialmente desenvolvida no âmbito do direito penal, expandiu-se para outros ramos, sendo situada, modernamente, também no âmbito processual. Nessa área, é corrente a ideia de que o garantismo estaria associado à redução dos poderes do juiz no processo, em especial de seus poderes instrutórios. Por essa razão, o garantismo tende a valorizar o modelo processual adversarial em detrimento do modelo inquisitivo.

Para muitos processualistas, a escola do garantismo processual civil surge a partir das ideias propaladas por Adolfo Alvarado Velloso<sup>368</sup>. Defende este autor que o processo civil acha-se calcado em dois princípios governativos básicos: o

---

<sup>367</sup> Ob. cit., pp. 430-431.

<sup>368</sup> *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. Proceso e ideologia: um preacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 227-237.

da igualdade formal entre as partes e o da atuação imparcial, imparcial e independente do julgador. Fundado em tais premissas defende o modelo processual adversarial, afinado com a ideologia do liberalismo, como sendo o único a se adequar logicamente à noção de processo, haja vista que nele as partes conduzem formal e materialmente o feito, controlando o impulso processual, fixando os termos do litígio, aportando o material probatório. Por outro lado, o juiz mantém-se passivo e neutro, como lhe convém. Não deve o juiz, assim, assumir tarefas legadas aos sujeitos parciais do processo. As regras de ônus da prova são vistas, aliás, como a solução para a hipótese em que, no momento de julgar, o magistrado se defronte com alegações fáticas não adequadamente comprovadas.

Segundo Juan Montero Aroca<sup>369</sup>, também partidário do garantismo processual, a concepção liberal e garantista do processo estrutura-se sob as ideias da natureza privada dos interesses em jogo no litígio processual, da preservação do juiz como terceiro imparcial e da condição das partes como verdadeiras donas do processo. Para ele, a busca da verdade pelo órgão julgador implica usurpação de função típica das partes, o que compromete não a imparcialidade do magistrado, mas, sim, a sua condição de terceiro (imparcialidade, em italiano *terzietà*).

Os garantistas insurgem-se contra o movimento de publicização do processo, corporificado no aumento dos poderes instrutórios do juiz, na condução material do feito. Afirma Luís Correia de Mendonça<sup>370</sup> que uma concepção garantista do processo implica a superação da ideia objetiva e juspublicista da jurisdição a qual não deve encontrar justificação em fins alheios a si mesma, antes na tutela dos direitos e interesses dos particulares, a cargo de um juiz independente, terceiro e imparcial.

Em suma, os partidários do garantismo processual tendem à defesa do modelo processual adversarial como sendo aquele que mais bem se adequa aos ideais daquela doutrina, refutando as bases sobre as quais se sustenta o modelo inquisitorial, por reputá-lo autoritário.

---

<sup>369</sup> *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*. Proceso e ideologia: um preacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos. MONTERO AROCA, Juan. Coord.. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 141-156.

<sup>370</sup> *Vírus autoritário e processo civil*. Julgar. n.01. Coimbra: jan./abr., 2007, p. 72.

Analisando os antecedentes históricos do garantismo no âmbito do processo civil, Glauco Gumerato Ramos<sup>371</sup> apresenta interessante exposição, baseada em premissas também defendidas por Franco Cipriani<sup>372</sup> e Juan Montero Aroca<sup>373</sup>. Em sua lição, apresenta uma versão revista e ampliada da polêmica conferência de encerramento que o processualista espanhol (Montero Aroca), com especialização da Universidade de Roma, proferiu na *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, organizada pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e pela Corte Suprema da Costa Rica, em outubro de 2000, na cidade de San José. Na referida conferência, o renomado processualista espanhol consignou, em suma, sua constatação de que a recente lei que reformulara o processo civil espanhol (Ley 1/2000 de 7 de janeiro) não assumia a ideia da publicização do processo civil, concepção tão em voga na doutrina do século XX, além de que a recém legislação processual de seu país não guardava qualquer relação com as diretrizes que orientavam o Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cujo projeto fora apresentado pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) no ano de 1988, em Montevideú.

Essa conferência teria sido o despertar de um novo enfoque ao direito processual civil, o qual foi proposto, a partir de diretrizes políticas que, segundo ele, orientavam a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, estando o processo civil a passar por um momento de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo publicístico.

Ainda segundo Glauco Gumerato Ramos<sup>374</sup>, no ano 2000, quando da realização do *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista*, na cidade de Azul, Província de Buenos Aires, Cipriani, após tomar conhecimento da conferência de Montero Aroca, viu que suas ideias libertárias e garantistas em torno do processo civil coincidiam com aquilo que o processualista espanhol havia falado pouco tempo atrás na Costa Rica. A partir daí, os doutrinadores espanhol e

---

<sup>371</sup> *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 273-286.

<sup>372</sup> Ob. cit., pp. 969-1004.

<sup>373</sup> *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2001.

<sup>374</sup> *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Ob. cit., pp. 273-286.

italiano passaram a desenvolver estudos mais pormenorizados sobre o tema, com influência de posicionamentos de um sobre o outro.

Assim, o viés garantista se contrapõe ao ativismo judicial, exatamente para que as garantias a todos consagradas nas constituições sejam de fato observadas pelos detentores do poder jurisdicional. Juízes devem proferir decisões com base nas regras pré-existentes, em especial em nível constitucional, e não com base no próprio arbítrio e subjetivismo que acaba rompendo com os valores democráticos e republicanos que optamos por viver e que, perigosamente, fomentam esse ativismo judicial<sup>375</sup>.

Para seus defensores, o garantismo processual não tolera a tergiversação da norma fundamental. Ao contrário, contenta-se modestamente que os juízes – comprometidos apenas com a legislação formal – declarem a certeza das relações jurídicas conflitivas por meio da outorga do direito de defesa a todos os demandantes, resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos.

#### **4.7. Contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual**

Diante das teorias anteriormente expostas, no final do século XX, mais precisamente em sua última década, surgiu um recorrente e árduo debate doutrinário envolvendo o ativismo judicial e o garantismo processual<sup>376</sup> o qual, nessas duas primeiras décadas do século XXI, segue vigente entre os processualistas, especialmente os argentinos e os ibero-americanos.

Segundo o professor argentino Adolfo Alvarado Velloso<sup>377</sup>, o movimento filosófico que se autodenomina *garantismo processual* tem hoje ramificações por toda a América hispanoparlante, Espanha, Itália e no próprio Brasil.

Ativismo e garantismo discrepam contundentemente por diversas razões. O garantismo postula a irrestrita e plena vigência do sistema acusatório ou

---

<sup>375</sup> GLAUCO GUMERATO RAMOS, *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. Ob. cit., p. 286.

<sup>376</sup> Analisando a questão, desde a Retórica de Aristóteles, vide RICARDO DIP, *Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismo antigos*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 547-553.

<sup>377</sup> *O garantismo processual*. Ob. cit., pp. 13-34.

dispositivo, tanto no processo penal como no processo civil. Lado outro, o ativismo aceita e mantém o sistema inquisitivo ou inquisitório para todo o tipo de processo, seja de natureza penal ou civil. Ambos são claramente antagônicos e incompatíveis, jurídica e moralmente.

Como já lecionara Calmon de Passos<sup>378</sup>, nas afirmações dos antigos, o processo é um acontecimento em que são figurantes principais três sujeitos: o autor, o réu e o juiz. Àqueles cumpre postular e a este último julgar qual das postulações perante ele formuladas faz *jus* a um seu pronunciamento favorável.

Ainda nas lições do nominado doutrinador<sup>379</sup>, de acordo com as disposições normativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se que ela consagra o princípio fundamental de toda democracia, disciplinando a inércia do julgador, cabendo apenas ao cidadão interessado o poder de definir o que pretende ver julgado e os limites desse julgamento. Aduz ainda que outra exigência fundamental é a imparcialidade do magistrado, mas não no sentido de neutralidade em face do caso concreto, entendida como o milagre de uma assepsia em que o julgador se liberta de sua pré-compreensão, seus preconceitos, suas limitações intelectuais, distorções morais, etc. A neutralidade é, única e exclusivamente, a exigência de que o julgador nada saiba sobre os fatos que foram postos como fundamento da pretensão das partes, não tenha vínculo com elas nem interesse direto ou indireto no objeto do litígio. Uma neutralidade mínima, quase como a exigência que se faz a quem deseja assistir a um ato cirúrgico de se fantasiar de médico ou de enfermeiro<sup>380</sup>.

---

<sup>378</sup> *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 607.

<sup>379</sup> *Ibid.*, pp. 610-611.

<sup>380</sup> Nesse sentido, colaciona-se uma interessante citação do referido processualista J.J. CALMON DE PASSOS, *Ob. cit.*, pp. 608-609: “Daí minha convicção de que nós, profissionais do Direito, cuidamos de uma doença social – o conflito – como os médicos cuidam de uma doença do corpo. Dedução necessária: se num país abundam médicos, hospitais, preventórios, etc., é porque a saúde do povo vai muito mal. O mesmo vale para o direito. Quando se exigem muitos juízes, muitos tribunais, muitos advogados privados ou públicos e há milhões de processos em curso, isso é sinal evidente de que socialmente este país está de mal a pior. E a doença que o direito cuida chamam-na inadequadamente de injustiça, mas devia ser mais bem qualificada como falência das instituições sociais, como a doença do corpo é falência de nossos órgãos e dos sistemas em que eles se inserem. Outro dado relevante é o de que, ainda comparando, os médicos nada podem diante da doença, salvo lançar mão dos medicamentos que estejam a sua disposição e torcer para que tenha sido correto o seu diagnóstico. O mesmo ocorre com os magistrados. Só podem curar a doença social utilizando os remédios que o sistema de dominação instituído põe a sua disposição e torcendo para que tenham acertado no diagnóstico do caso concreto que lhes cumpre decidir.”



Nessa seara, muitos magistrados, exatamente por possuírem uma postura mais ativa do que a tradicionalmente vista no cenário brasileiro, passaram a ser mal interpretados e, por tal razão, vêm sendo chamados de “ativistas judiciais” por parte da doutrina que confunde, de forma injustificável, o perfil ativo dos magistrados com o que realmente deve ser chamado de ativismo judicial<sup>381</sup>.

Como já visto, o ativismo judicial<sup>382</sup>, segundo parte da doutrina, prestigia a delegação de poderes aos magistrados com o escopo de dinamizar a metodologia de condução dos processos e, assim, estabelecer a melhor e mais justa solução judicial para cada caso submetido ao Poder Judiciário. Essa postura estabelece vantagens, mas também provoca críticas. Em resumo, consoante a posição de Gustavo Gonçalves Gomes<sup>383</sup>, as vantagens do ativismo poderiam ser reveladas como: a) proporcionar a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagrar uma nova importância ao constitucionalismo; c) realçar os reais valores da constituição; d) garantir o acesso ao Judiciário; e) preservar e oportunizar o exercício de direitos e garantias fundamentais; f) ampliar as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximizar os direitos em geral; h) efetivar os sistemas de freios e contrapesos desenvolvido por Montesquieu. As críticas, especialmente dispostas pelos garantistas, seriam por sua vez: a) enfraquecimento dos poderes constituídos; b) falta de participação política e de inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) fomento à alienação popular; d) ampliação de espaço ao “clientelismo”, uma vez que ainda são poucos os que têm acesso ao Judiciário; e) oportunizar a ausência de critérios objetivos, pois tudo pode ser feito desde que

---

<sup>381</sup> GUSTAVO GONÇALVES GOMES, *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. Ob. cit., p. 289.

<sup>382</sup> Sobre a história do ativismo ANDERSON VICHINKESKI TEIXEIRA, *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV. v.8, n.1. São Paulo: jan./jun., 2012, leciona que foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista Fortune intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo judicial ativismo entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular. Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (judicial activists) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. No mesmo texto, referido historiador rotulou os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Poder Judiciário não devia ir além do seu espaço limitado dentro do sistema norte-americano.

<sup>383</sup> *Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno*. Ob. cit., p. 291.

norteado pelos ideais da justiça; e) exposição demasiada do Poder Judiciário; f) possibilidade de acomodação dos outros poderes.

Na esteira desse pensamento, Cappelletti<sup>384</sup> defende que os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente, no ordenamento jurídico, partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. Assim, as decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais passam a depender de sua filosofia econômica e social, motivo pela qual o progresso pacífico do povo dependerá, em larga medida, de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social.

Em contraposição ao ativismo, para os adeptos do garantismo processual, o papel do juiz não é inovar nem ditar as próprias regras na condução do processo, mas, sim, atuar em sintonia e de modo complementar à atividade exercida pelas partes<sup>385</sup>. A limitação dos poderes do magistrado seria uma necessidade imposta para a própria defesa dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sendo benefícios para o jurisdicionado a maior transparência, previsibilidade e segurança com relação à atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos que lhe são submetidos.

Nesse contexto, assevera Glauco Gumerato Ramos<sup>386</sup> que, em linhas gerais, o debate ativismo *versus* garantismo gira em torno: a) dos aspectos ideológicos do processo civil; b) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo<sup>387</sup>; c) do papel do juiz e das partes na relação processual; d) da dimensão constitucional da jurisdição; e) do conteúdo e do significado do devido

---

<sup>384</sup> *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, pp. 13-27.

<sup>385</sup> Tratando do ativismo e garantismo na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vide LENIO LUIS STRECK e JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA, *Ativismo e garantismo na corte interamericana de direitos humanos*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 409-427.

<sup>386</sup> *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual*. Ob. cit., p. 260.

<sup>387</sup> Os sistemas inquisitivo e dispositivo também são identificados pela doutrina como sistema publicístico e sistema privatístico, respectivamente. Nesse sentido, advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo” vide JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoría general de proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160.

processo legal; f) da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

No que diz respeito à função judicante, o conjunto de conteúdos materiais expressos no texto constitucional tencionava novas técnicas de aplicação da lei ao caso concreto, para além da subsunção formal-legalista, como sugeriu a clássica doutrina positivista. É o caso da ponderação de princípios constitucionais defendida pela corrente neoconstitucionalista, a qual postula um juízo de cognição que perpassa ao viés axiológico da norma do caso concreto.

A democracia constitucional é composta, assim, por uma dimensão formal e outra substancial. O aspecto substancial da democracia determina a vinculação dos poderes públicos e dos particulares àquele núcleo rígido de direitos que passou a figurar como instância material e inclusive axiológica nessa nova etapa do Estado de Direito<sup>388</sup>.

Qualquer manifestação de poder está submetida ao princípio da legalidade. Em um Estado de Direito, todo poder decorre de atribuição legal e o seu exercício encontra-se pautado pela estrita consonância com as orientações preestabelecidas no ordenamento jurídico. O Judiciário pode ser concebido como uma típica instituição de garantia, para além do conceito restrito que, desde o Estado Moderno, orienta a organização do poder. A função primeira do Judiciário é julgar. No entanto, diante da ineficácia dos direitos fundamentais, e não raras vezes, dos abusos cometidos em nome de uma maioria, os magistrados são chamados a concretizar sua função de assegurar a aplicação da lei e da constituição em prol das minorias.

Ocorre que o problema da eficácia dos direitos fundamentais tem levado ao Judiciário uma gama de questões que ultrapassam os limites do jurídico, alcançando os foros da política, importando o que se convencionou chamar de judicialização da política<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> SERGIO URQUHART CADEMARTORI, ALEXANDRE MORIS DA ROSA e ISABELA SOUZA DE BORBA, *O dilema da eficiência na democracia constitucional*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 317.

<sup>389</sup> Sobre o tema, vide WILSON MEDEIROS PEREIRA, *Judicialização das políticas públicas de saúde*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015; e MARCO AURÉLIO ROMAGNOLI TAVARES, *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

Ponderando sobre as diferenças entre ativismo e judicialização, Lênio Luis Streck e Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>390</sup> lecionam que, ao nível das decisões judiciais, a pergunta fundamental que se impõe diz respeito a saber qual a melhor teoria para dizer o que é Direito e qual o Direito correto para resolver um caso. A resposta mais adequada para os autores estaria em Dworkin<sup>391</sup> quando, ao apresentar quatro estágios da compreensão do conceito doutrinário de Direito, almeja justamente respondê-la satisfatoriamente. Na posição do jusfilósofo norte-americano, são os seguintes estágios: a) estágio semântico; b) estágio teórico; c) estágio doutrinário; d) estágio da decisão judicial. No estágio semântico, o conceito doutrinário de Direito funciona como um conceito interpretativo, ao menos em “comunidades jurídicas complexas”. Já no estágio doutrinário, a integridade do Direito e não sua eficiência é que se constitui em condição de possibilidade para adoção de condições de veracidade que tornam a pergunta acerca do que é Direito uma própria pergunta interpretativa. Fundamentalmente, essa demarcação prepara os delineamentos do estágio da decisão judicial que implica um outro perguntar: quando é que, alguma vez, a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo a contrariem? A resposta, segundo o teórico, está no valor da integridade que perpassa o estágio doutrinário e chega ao estágio da decisão judicial. Seja para decidir sobre o que é Direito, bem como sobre o modo como honrar suas responsabilidades, é a integridade que exige que os juízes considerem a moral em alguns casos concretos. E, seguramente, aqui, não há lugar para decisões solipsistas e arbitrárias.

Na esteira dessa defesa, Dworkin<sup>392</sup> ainda ensina que o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, asseverando que um juiz ativista ignora o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz de maneira complexa. Mas põe em prática não apenas a justiça, como também uma variedade de virtudes políticas que, às

---

<sup>390</sup> Ob. cit., pp. 396-409.

<sup>391</sup> *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 15-32.

<sup>392</sup> *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

vezes, entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade. A alternativa ao passivismo não é um ativismo rude, atrelado apenas ao senso de justiça de um magistrado, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, que, ao contrário, tanto do ativismo como do passivismo, não cede espaço à tirania.

Nesse diapasão, a equidade também pode ser compreendida como via de renovação da ordem jurídica<sup>393</sup>. Tal perspectiva parte de dois relevantes pressupostos: 1) o reconhecimento de que a modificação das circunstâncias históricas, entre o momento de elaboração da norma e aquele de sua aplicação, muitas vezes, torna o direito incapaz de lidar com as demandas sociais supervenientes à sua criação; 2) a impossibilidade de se negar o papel eminentemente criativo dos juízes, que, por meio das decisões que proferem, produzem normatividade semelhante àquela proveniente das próprias leis. Consideradas tais premissas, a equidade – compreendida como espécie de sentimento de justiça – deveria estar presente no modo de pensar dos legisladores, ao elaborarem as leis, bem como dos administradores, ao executá-las, e, principalmente, no modo de atuação dos juízes, que, ao analisarem os casos que lhe são submetidos, teriam o dever de apreciá-los, sempre a partir de um juízo de equidade. Dessa forma, os magistrados teriam não somente a função de aplicar o direito, mas de atualizá-lo, à luz dos casos concretos, promovendo, assim, a renovação da ordem jurídica.

Assim, a possibilidade de julgamentos baseados em juízo de equidade – seja por expressa previsão legal, seja em razão de um suposto dever do julgador de assim proceder -, embora, ideologicamente, preste-se à realização do justo no caso concreto, pode viabilizar, como espécie de efeito colateral, um ativismo judicial.

A expansão do Poder Judiciário, seja em termos qualitativos – pela mudança nas matérias que começou a enfrentar, seja em termos quantitativos – pela criação de tribunais constitucionais como de tribunais não nacionais – foi um fenômeno do Século XX. O alargamento da atividade jurisdicional não pode ser

---

<sup>393</sup> TÂNIA MARA AHUALLI e JAQUELINE SENA, *Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 332.

confundido com criação do Direito pelos juízes, o que consiste em uma das marcas do ativismo. Embora a visível mixagem entre judicialização da política e ativismo, cabe afirmar que a primeira impulsionou o desenvolvimento do segundo no Brasil, conformando, assim, o chamado “ativismo à brasileira”<sup>394</sup>.

Os julgamentos de demandas - nas variadas instâncias do país, mas, sobretudo no Supremo Tribunal Federal - em matéria de acesso à saúde e à educação por meio de ações afirmativas, além daquelas inerentes à garantia de respeito ao meio ambiente, são apenas poucos exemplos do amplo quadro de demandas em que a sociedade reivindica efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição e que, reiteradamente, os poderes públicos têm negado concretização e efetividade. Concluem Streck e Saldanha que, evidentemente, o fenômeno da judicialização em nada se confunde com o ativismo, uma vez que a concretização dos direitos fundamentais, malgrado deva ser feita pelo Poder Judiciário, é condição de democracia e, por isso, permite que esse poder atue onde os demais falham<sup>395</sup>.

Em que pese a ponderada argumentação, não concordamos com essa conclusão, tendo em vista que o ativismo apresenta-se, especialmente, como uma consequência do fenômeno da judicialização. Afinal, vigorando no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da inércia do Poder Judiciário, as apreciações desenvolvidas sob um perfil mais ativo dos magistrados só se mostram possíveis quando os detentores da legitimidade processual ajuizarem demandas questionando a necessidade de judicialização das questões envolvendo os direitos fundamentais, plano de fundo para as decisões judiciais proferidas. Ativismo e judicialização implicam, portanto, em fenômenos contemporâneos que possuem ampla proximidade. Impende lembrar, como já ressaltado, que Konrad Hesse coloca a autonomia do Direito como condição de possibilidade. Daí a força normativa da Constituição. E, nesse sentido, os consideráveis avanços no campo da preservação dos direitos fundamentais em países periféricos como o Brasil, muitas vezes, foram realizados por meio de decisões judiciais em matérias envolvendo a judicialização e, conseqüentemente, o ativismo judicial.

---

<sup>394</sup> LENIO LUIS STRECK e JÂNIA MARIA LOPES SALDANHA, Ob. cit., pp. 406-407.

<sup>395</sup> Ibid., p. 409.

Além disso, em contraposição às ideias de Dworkin, concordamos com o posicionamento de Hart<sup>396</sup>, quando defende que a criação do direito implica sempre uma decisão política e, em razão disso, ao menos nos “casos difíceis”, os juízes sempre farão uma eleição de normas, princípios e valores, o que resultará em um “ato criativo”, enquanto que, nos casos fáceis, o juiz deve sujeitar-se à lei<sup>397</sup>.

A dificuldade em encontrar uma solução para os casos difíceis é clara. Na concepção de Hart, os casos difíceis devem ser única e exclusivamente decididos pelo magistrado por intermédio do uso razoável de sua discricionariedade, alicerçando-se na sua concepção mais apropriada da solução, ou seja, no momento da decisão. O magistrado tem total poder de decidir o caso, independente da moral e dos princípios que sustentam aquela comunidade ao qual o caso integra. Para o filósofo do direito inglês, não é possível haver uma solução correta e única ao caso difícil, pois, como a solução parte da discricionariedade do julgador, logo poderá haver julgamentos diversos sobre casos semelhantes, justamente devido ao uso da discricionariedade de cada magistrado específico.

Assim, o juiz, de certo modo, cria e não apenas aplica o direito ao caso concreto, pois, ao interpretar o ordenamento jurídico em um todo, considerando-se inclusive as normas e princípios garantidores dos direitos fundamentais, e não encontrando solução na regra formalmente disposta, cria nova regra ao caso, usando sua discricionariedade, sempre no intuito de aplicar a mais efetiva justiça à questão que foi levada à sua apreciação.

Basicamente, o juiz ativista viola o conhecido axioma latino *iudex debet judicare secundum allegata et probata a partibus*, identificado como a proibição de o juiz ir além das alegações das partes e a proibição de o juiz determinar a realização de provas de ofício ou sem requerimento dos interessados<sup>398</sup>.

O garantismo processual civil está posto como o inverso do ativismo, devendo o juiz se manter alheio à delimitação do objeto do processo e na definição do âmbito da prova, também como um espectador, sem interferir nessas

---

<sup>396</sup> Ob. cit.

<sup>397</sup> Vide nota 317.

<sup>398</sup> JEFFERSON CARÚS GUEDES, Ob. cit., p. 369.

atividades. Com isso, preserva sua independência e a essencial imparcialidade. Seria caracterizado por uma posição moderada do juiz, com seus poderes limitados na atividade probatória e no impulso processual, com a revalorização do princípio do dispositivo.

Nos dizeres de Elival da Silva Ramos<sup>399</sup>, as decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, por que não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão com que ele compartilhe a função legislativa. Fundado nas lições de Kelsen, assevera o autor que os tribunais constitucionais, por estarem jungidos à Constituição, exercem função similar a de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, consistindo, primacialmente, na aplicação do direito e apenas em pequena medida na sua criação.

#### **4.8. O sistema processual cooperativo como uma solução à contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual**

Como alternativa intermediária, diante da incapacidade de solução dos modelos extremos do ativismo processual e do garantismo processual, surge a proposta de uma terceira via, pelo processo cooperativo, baseado nos princípios da boa-fé processual, do devido processo e do contraditório, reexaminados e revalorizados. Na legislação brasileira atual, são muitas as situações postas a serviço de atenuação das desigualdades processuais. Exemplos dessa natureza estão perdidos em normas de maior ou menor impacto, de variadas épocas, com valor geral ou especial, subsumidas em regras de direito material civil, trabalhista, ambiental ou agrário. Tudo revela a forma assimétrica das proposições e o caráter

---

<sup>399</sup> *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.



somente conceitual e político que as classifica como normas de um pretensão *Direito Processual Social*<sup>400</sup>.

O tema é o reflexo atualizado do antigo enfrentamento dos dois sistemas processuais - inquisitivo e dispositivo -, que segue vigente, influenciando correntes ativistas e garantistas, também no âmbito do direito processual. Não obstante, a nosso sentir, a solução para as divergências e questionamentos apontados pelas contraditórias correntes passa pelo sistema processual cooperativo.

A respeito desse modelo cooperativo, há quem afirme, dentro os defensores do garantismo, ser ele uma continuidade do modelo inquisitivo, guardando as mesmas características publicistas e autoritárias que seriam inerentes ao modelo anterior. Nesse sentido, o autor português Luis Mendonça<sup>401</sup> assevera que as noções de partes colaborantes, de juiz assistencialista e de resguardo à igualdade substancial, todas construídas no modelo cooperativo, são utópicas, não existindo no plano da realidade.

Não obstante, acreditamos que o debate entre aqueles que se inclinam em considerar justificado o aumento dos poderes instrutórios do juiz e aqueles outros que reputam essa postura legislativa autoritária congrega uma terminologia particular. A tendência garantista adota, assim, uma visão privatística do processo; já os defensores do modelo inquisitivo (ativistas) lastreiam-se em uma visão publicística daquele fenômeno. Em outra percepção, diz-se que o ativismo privilegia a autoridade e o garantismo, a liberdade<sup>402</sup>.

Em suma, os críticos do garantismo processual buscam dissociar a inexorável relação construída pelos garantistas entre modelos processuais e regimes políticos, de modo a afastar a ideia de que a outorga de maiores poderes instrutórios ao juiz representaria, necessariamente, a conferência de uma carga autoritária ao modelo processual em que tal fenômeno se verifique.

---

<sup>400</sup> JEFFERSON CARÚS GUEDES, Ob. cit., pp. 375-377. O citado autor afirma que, em síntese, existem: a) técnicas processuais compensatórias isoladas; b) procedimentos especiais compensatórios e; c) órgãos jurisdicionais compensatórios (JECC – Lei 9099/1995, JEF – Lei 10.259/2001, JEFP – Lei 12.153/2009). E conclui que o que se nota é que tais normas protetoras ou compensatórias de desigualdades se espalham por leis especiais, sem um tratamento orgânico ou sistêmico e só assim, permitindo que se atribua, apenas como uma provocação acadêmica, a denominação de Direito Processual Social.

<sup>401</sup> Ob. cit., pp. 67-98.

<sup>402</sup> LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, Ob. cit., p. 437.

Há de se reconhecer ao garantismo o mérito de buscar resguardar os direitos fundamentais, inclusive de cunho processual, contra uma atuação judicial arbitrária. Entretanto, não se concorda com a conclusão esboçada por seus defensores, de que essa solução só é possível de ser encontrada, adotando-se um processo liberal, de modelo adversarial.

Acredita-se, ao revés, que um apurado exame do modelo cooperativo é capaz de infirmar essa premissa, abrindo novos horizontes para que se repense o garantismo processual, adequando-se sua possível convivência com o ativismo judicial, inclusive no âmbito do processo civil, desatando-o de sua visão do juiz como “convidado de pedra”<sup>403</sup> da relação processual.

Em rápida compreensão daquilo que é defendido por ambas as correntes, é possível resumir que o ativismo judicial defende uma postura mais contundente do juiz para resolver problemas que, às vezes, não contam com a adequada solução legislativa, inclusive no âmbito processual. Outorga-se ao magistrado um poder criativo que, em última análise, valoriza o compromisso constitucional da jurisdição, e isso ainda que não haja disposição legal que o autorize na respectiva atuação. Já o garantismo processual aquilata uma maior valorização da categoria fundamental do processo e, conseqüentemente, a cláusula constitucional *due process*, de modo a estimar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o ativismo, o magistrado deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, exista ou não autorização legislativa para sua atuação. Para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atuação.

A ideia que procuramos defender aponta no sentido de que devemos construir um modelo jurídico híbrido: um meio termo entre o ativismo judicial puro e o garantismo processual. Se assim conseguirmos, teremos um Poder Judiciário mais ativo e mais comprometido com a qualidade de suas decisões, sem que isso

---

<sup>403</sup> LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS, Ob. cit., p. 441.

signifique riscos e violações aos preceitos constitucionais garantidores de nosso Estado Democrático de Direito.

#### **4.9. A necessidade de aplicação do ativismo judicial para garantia dos direitos fundamentais**

Em um sistema cooperativo, a locução Estado-juiz deve ser utilizada, por conseguinte, com o intuito de enfatizar que o magistrado é parte integrante do Estado, detentor de parcela do poder estatal. Tal expressão nos remete à ideia de Montesquieu<sup>404</sup> sobre a separação dos poderes, cunhada em momento histórico do liberalismo, cuja preocupação era garantir os direitos de primeira geração, baseados no ideal de liberdade contra todo poder tirano estatal. O desenvolvimento da humanidade, entretanto, alterou substancialmente a forma de atuação estatal, exigindo que o Estado ampliasse sua intervenção nas relações privadas, restabelecendo a igualdade e o equilíbrio entre as partes. Com o desenvolvimento do poder estatal, o Estado-juiz deixou de ser apenas a *bouche de la loi* para garantia da liberdade da burguesia, passando a intervir mais diretamente tanto em outras funções do Estado como na vida das pessoas, exigência imposta pelos direitos econômico-sociais de segunda geração<sup>405</sup>, e posteriormente, pelos direitos de terceira geração.

A visão moderna do Estado brasileiro tende a reconhecer a unicidade de poder dividido, em que cada membro exerce determinada função<sup>406</sup> (legislativa, executiva e judicial), mas sem perder de vista que o Estado como um todo deve atingir metas estabelecidas pela sociedade, e que cada atividade estatal deve concorrer para elas, de acordo com o as normas dispostas na própria Constituição Federal.

Nesse contexto, como bem conclui Ada Pellegrini Grinover<sup>407</sup>, “no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal,

---

<sup>404</sup> Ob. cit.

<sup>405</sup> MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA, Ob. cit., pp. 477-478.

<sup>406</sup> EROS ROBERTO GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 175.

<sup>407</sup> *O controle jurisdicional de políticas públicas*. O controle jurisdicional de políticas públicas. GRINOVER, Ada Pellegrini/ WATANABE, Kazuo. Coords. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 129.

deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade”.

A partir dos ensinamentos de Konrad Hesse<sup>408</sup>, partidário do método concretista de interpretação, sublinhamos que compreender, interpretar e aplicar uma norma jurídica é um processo unitário e indivisível. A aplicação de uma norma é tão essencial e integrante do processo hermenêutico como sua compreensão e interpretação. Destacamos que o texto normativo sem a realidade é despido de qualquer propósito. O texto normativo existe justamente para conformá-la e condicioná-la, não podendo ser interpretado sem ela. A realidade, por sua vez, não tem relevância para a ciência do Direito quando analisada de “per si”. Os mundos do “ser” e do “dever ser” devem sempre estar conjugados na elaboração da norma de decisão, isto é, aquela que entrega solução ao litígio concreto.

Ocorre que o problema da eficácia dos direitos fundamentais tem levado ao Judiciário uma gama de questões que ultrapassam os limites do jurídico, alcançando os foros da administração e, por vezes, da própria política, importando o que se convencionou chamar de judicialização.

Na prática do ativismo judicial, os magistrados buscam solucionar esses problemas políticos com o apoio de critérios jurídicos. Mas vários são os motivos justificadores da prática do ativismo na atualidade. Dentre os principais, o desprestígio da lei, o descrédito da política, o sucateamento da administração pública, a ineficiência da gestão de recursos públicos. Dessa forma, observando a absoluta impossibilidade de o Poder Público resolver determinadas questões individuais ou até mesmo coletivas, o magistrado traz para si a responsabilidade de buscar soluções plausíveis para os casos que lhe são submetidos, sempre baseado, entretanto, no regramento constitucional do ordenamento jurídico.

A despeito desse aporte criativo na tarefa de concretização do Direito, ponderamos que o juiz não produz normas livremente. Há limites de ordem material, formal e ética, conforme já ressaltado. Não obstante, na esteira dos

---

<sup>408</sup> Ob. cit.

ensinamentos de Wilson Levy<sup>409</sup>, os juízes não podem ter medo da *fala autorizada*. Devem, pois, insurgir-se contra o senso comum teórico<sup>410</sup> que estagna as possibilidades de interpretação a partir de um saber *standardizado*, fundado em mero silogismo lógico, pretensamente objetivo e imparcial, mas que esconde em seus meandros, ou revela na fragilidade metodológica dos trabalhos acadêmicos e, como já afirmado, potencial para produzir injustiças e descuido em relação aos direitos fundamentais.

Se já não há lugar para a democracia direta, por outro lado, a democracia indireta não tem sido palco apto a possibilitar a formação de instituições fortes o suficiente para lidar com os problemas a que a sociedade brasileira está sujeita e saná-los. Enquanto o Poder Executivo, seja em razão da insuficiência de recursos, seja por eventual má administração, não consegue concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Cidadã, o Poder Legislativo, por sua vez, também não se mostra capaz de produzir debates suficientemente democráticos e tampouco uma normatividade que dê conta da complexa gama de relações que forma o Brasil contemporâneo.

Como resultado, tem-se que as mais variadas demandas sociais acabam por ser submetidas ao Poder Judiciário, a quem a população se socorre na busca de respostas pontuais aos seus problemas e a quem, até mesmo os demais poderes, bem como as instituições essenciais à justiça e outras associações e instituições também recorrem a fim de que grandes questões sejam decididas.

Diante dessa inoperância ou ineficiência dos demais poderes republicanos, toda espécie de demanda tem chegado ao Poder Judiciário, o que tem resultado na judicialização de questões ligadas à saúde e educação, controle jurisdicional de políticas públicas e toda sorte de ativismo, uma vez que os magistrados, em razão do princípio de acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição não podem se furtar ao exame dos casos a eles submetidos, decidindo sempre de forma fundamentada, como garantia de legitimação democrática à sua atuação.

---

<sup>409</sup> *O ativismo judicial, o controle difuso de constitucionalidade e a “resposta correta”*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et all.* Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 634.

<sup>410</sup> Entendido como o conjunto de crenças cristalizadas, valores preconcebidos, dos quais o raciocínio jurídico parte sem que se questione as fontes, a legitimidade e a significação político-ideológica que elas encetam.

Se é certo que um juiz não pode converter-se em um “super-homem jurídico” que investiga, prova e decide a causa, também não pode permanecer passivo ao deparar-se com uma situação na qual os direitos fundamentais do cidadão restam violados em razão da inércia ou inexatidão da atuação dos poderes Legislativo ou Executivo no cumprimento de suas funções constitucionais. Nessa seara, Adolpho José Ribeiro<sup>411</sup> leciona no sentido de que o bom magistrado será aquele que busca o equilíbrio entre a criatividade excessiva e a passividade doentia. Alguém que, ao mesmo tempo, seja prudente, em seu papel de julgador e, realizador, em seu papel concretizador dos direitos das pessoas. Aquele que atue sem se arrogar à função de governante ou legislador, mas também sem excessiva deferência aos poderes eminentemente políticos, pois um Estado subjugado a grupos de interesses e sem juízes independentes, não se pode dizer democrático.

Os magistrados devem, portanto, agir dentro dos limites constitucionais, mas de forma ativa, com fins à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e, conseqüentemente, da realização dos objetivos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

#### **4.10. Aplicação do ativismo judicial no âmbito da relação processual e sua evolução histórica no direito comparado**

O processo é um *método pacífico de debate dialogal e argumentativo*<sup>412</sup>. O ponto de partida deve estar na inicial determinação de sua causa, ou seja, na existência de um conflito intersubjetivo de interesses, que deve ser solucionado o quanto antes para se manter a coesão do grupo social num lugar e tempo determinados.

Complementando a visão do processo como um método de discussão, Adolfo Alvarado Velloso<sup>413</sup> o apresenta como um meio<sup>414</sup> de debate dialogal e

---

<sup>411</sup> *Ativismo judicial vs. judicial self-restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo*. *Cognitio Juris*. a.4. n.10. João Pessoa: 2014, p. 370.

<sup>412</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *O garantismo processual*. Ob. cit., p. 14.

<sup>413</sup> *Ibid.*, pp. 14-15.

<sup>414</sup> Nesse diapasão, o autor explica a ideia de que o processo é método e, como tal, meio, não meta a atingir (a meta do processo como meio de discussão é a obtenção de uma sentença). Por outro lado, quando o processo é visto como método de investigação, a meta é a busca da

argumentativo que se realiza entre dois sujeitos naturalmente desiguais em posições antagônicas em relação a um bem da vida e que se igualam juridicamente para os fins de atuação do magistrado julgador, que com isso deve ostentar sempre três qualidades essenciais: imparcialidade, imparcialidade e independência, e tudo para assegurar a permanente bilateralidade.

Nesse contexto, bilateralidade significa oitiva recíproca ou respeito ao princípio do contraditório. Se o que se pretende é regular e desenvolver um meio pacífico de debate dialético entre dois adversários em pé de igualdade diante de um terceiro que resolverá o litígio por heterocomposição, formular os princípios necessários para atingir tal resultado implica estabelecer as diretivas fundamentais que devem ser imprescindivelmente respeitadas para que se alcance um mínimo de coerência que supõe todo o sistema.

Como já ressaltado, a separação dos poderes é uma das noções fundamentais do constitucionalismo moderno, assegurando a justa e adequada ordenação das funções do Estado, abolindo a existência de um Poder absoluto sem possibilidade de controle.

O ativismo judicial envolve a participação do Poder Judiciário de forma mais intensa na concretização dos valores e finalidades da Constituição com a inevitável interferência no espaço reservado aos outros poderes, especialmente pela aplicação direta da Constituição às relações jurídicas, declaração de inconstitucionalidade com base em critérios mais abertos da lei e a imposição de condutas ao Poder Público, normalmente, relacionadas às políticas públicas<sup>415</sup>.

Apesar das várias críticas ao ativismo judicial, notadamente em razão da ausência de legitimação democrática dos juízes para a criação de regras de comportamento, tem sido ele um interessante meio de realização do Direito perante a lei, obviamente excluída a possibilidade de criação do Direito pelo Poder Judiciário sem controle algum, todavia, buscando a máxima normatividade do texto constitucional<sup>416</sup>.

---

verdade, e isso às vezes ocorre a qualquer preço. Na ocorrência de tensão entre meio e meta (método e sentença), o pensamento garantista sempre privilegia o método, pois, do contrário, ter-se-á que dar razão a Maquiável: os fins justificam os meios. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *O garantismo processual*. Ob. cit., p. 14, em nota de rodapé de n.5.

<sup>415</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Ob. cit., pp. 283-284.

<sup>416</sup> MARCELO BENACCHIO e SÁVIO IBRAHIM VIANA, Ob. cit., p. 151.

A par da dificuldade terminológica, o ativismo judicial tem sido estudado sob diversos enfoques. Poder-se-ia dizer que há um enfoque “interno”, voltado para as funções do juiz dentro do processo judicial<sup>417</sup> - aspectos ideológicos do processo, o papel do juiz na relação processual, com possibilidade de concessão de tutelas de urgência satisfativa *inaudita altera pars*, atividades probatórias *ex officio*, etc; e um enfoque “externo”, voltado para as funções do juiz para além do processo judicial – especialmente o controle de constitucionalidade das leis e o controle jurisdicional de políticas públicas<sup>418</sup>.

Se a todo direito corresponde uma ação, como imperativo do Estado Democrático de Direito, o processo deve buscar a solução mais adequada à preservação ou restabelecimento desse direito. A tutela jurisdicional será tanto mais adequada quanto mais próxima da verdade possível.

Como já ensinava Aristóteles<sup>419</sup>, “a prudência é uma qualidade racional de consecução da verdade, que concerne à ação relativamente a coisas que são boas e más aos seres humanos”. Em outras palavras, buscar a verdade é uma decorrência da prudência. E a função jurisdicional é, em última análise, uma prudência (daí o termo jurisprudência<sup>420</sup>) - a aptidão para escolher a melhor solução ao caso concreto<sup>421</sup>.

Tratando do duplo conceito do ativismo judicial, Alexandre Mário Pessoa Vaz<sup>422</sup> leciona que o tema versa sobre a problemática clássica e fulcral da delimitação dos poderes do juiz e das partes no processo civil moderno, vista sobretudo à luz da mais recente evolução doutrinal e de direito comparado do presente século, encontrando-se entre aqueles de mais vasto, mais complexos e transcendentais da atual Teoria Geral do Processo Civil.

---

<sup>417</sup> Sobre o tema, vide TIAGO FACHIN, *Ativismo judicial processual*. São Paulo: Empório do Direito, 2016; e ALEXANDRE STURION DE PAULA, *Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais*. Campinas: Servanda, 2012.

<sup>418</sup> MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA, Ob. cit., pp. 477-488.

<sup>419</sup> *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 2.ed.; Bauru: EDIPRO, 2007, p. 183.

<sup>420</sup> Sobre a importância da jurisprudência e sua evolução no direito português, vide GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência: esboço da sua história*. v.I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

<sup>421</sup> MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA, Ob. cit., p. 479.

<sup>422</sup> *Direito processual civil. Do antigo ao novo código*. 2.ed.; Coimbra: Almedina, 2002, p. 313.



Em síntese, o “ativismo do juiz” abarca, na sua ampla e densa problemática, dois temas ou áreas diferenciadas, embora estreitamente conexas entre si: i) a área dos “poderes ativos ou passivos” do juiz em face dos “poderes das partes” no “âmbito do processo”, que se reconduz à contraposição clássica “princípio dispositivo – princípio inquisitório”; ii) a área dos “poderes do juiz” em face dos “poderes do Estado”, na qual fundamentalmente se equaciona e pretende definir a posição de um juiz como representante e detentor de um órgão de soberania – o “Poder Judicial” – em face dos dois outros órgãos do poder de um Estado soberano: o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Em contraposição não recente, mas altamente expressiva, do “juiz ditador” e do “juiz anjo da guarda” do direito e da justiça.

Em continuidade à discussão proposta, existe ainda o argumento de que o ativismo trata-se de uma síntese por meio da qual a doutrina antiga e moderna tem procurado definir a posição proeminente da função jurisdicional do Estado nas sociedades contemporâneas, dentro do quadro dos poderes e das funções gerais do Estado. E que tem igualmente procurado assinalar o alcance e grande melindre da definição dos poderes do juiz no processo moderno em face dos poderes das partes, dado que só um juiz ativo e moderado (assistencial) faz pulsar o “coração do direito” e pode dar e salvar a “alma da justiça”. Um juiz ativo ou passivo mas incontrolado pode tornar-se um verdadeiro “ditador ou déspota” da causa e um “tirano” do processo, antes que um baluarte e um “anjo da guarda” na defesa dos valores supremos da lei, da sociedade e da justiça<sup>423</sup>.

Ainda na esteira dos referidos ensinamentos do processualista português, considerando a transição da concepção liberal para a concepção social do processo, podemos afirmar que, desde os fins do século XIX e começo do século XX, surgiram em numerosos países europeus, americanos e de outras latitudes – designadamente a Áustria, Alemanha, Itália, França, Escandinávia, Hungria, Polónia, Suíça, Egito, Japão, Turquia, Argentina, México, Peru, Uruguai e os Estados Unidos da América – fortes reações e vivas críticas ao “princípio dispositivo e privatístico” tradicional, oriundo do processo francês revolucionário e do *Code de Procédure Civile de 1806*, o qual, sob a égide do pensamento básico

---

<sup>423</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., p. 314.

do liberalismo econômico do século XVIII (do *laissez faire laissez passer* aplicado ao campo processual, como afirmou Klein), atribui às partes um verdadeiro monopólio sobre a relação jurídica substancial e processual no seu conjunto, relegando a função do juiz a um papel meramente passivo e neutral de simples árbitro e espectador do duelo judiciário<sup>424</sup>.

Como consequência lógica de todas essas críticas, que provêm de uma autêntica plêiade de eminentes processualistas das várias nações indicadas e de muitas outras (com particular destaque para os nomes famosos de Klein, Roscoe Pound, Tissier e Chiovenda), gerou-se, a partir daquela época, um intenso movimento doutrinal e legislativo pelo reforço dos poderes ativos do juiz no processo civil moderno. Movimento que passou a ser, em geral, considerado não apenas como uma das principais linhas de força do próprio movimento mais amplo a favor do sistema da oralidade, como ainda e fundamentalmente a ser tomado como o ponto fulcral e a verdadeira chave das reformas processuais mais progressivas realizadas no decurso deste século XX, com vista ao aperfeiçoamento da administração da justiça em todo mundo<sup>425</sup>.

A transição do processo “liberal e privatístico” que acaba de referir-se para o processo “social e publicístico” do nosso tempo foi absolutamente manifesta e assumiu, nos planos jurídico-político, cultural e dogmático, as proporções de uma autêntica “viragem ideológico do *Rechtsstaat* (Estado de direito) para o *sozialer Rechtsstaat* (Estado social de direito), na expressiva síntese de Baur<sup>426</sup> seguido por Fasching<sup>427</sup> e Cappelletti. Todavia, a vastidão e complexidade da problemática que essa transição envolve e suscita, e suas múltiplas e complicadas conexões e implicações lógico-sistemáticas com problemas centrais, e de maior acuidade, da moderna Teoria Geral do Direito e do Estado levaram a doutrina e as legislações positivas a uma relativa imprecisão e inconsistência de conceitos técnicos e dogmáticos nesse vasto domínio e a uma também relativa diversidade de linhas

---

<sup>424</sup> Nos dizeres de ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., pp. 314-315, “um juiz fantoche ou marionete movido mecanicamente pela vontade das partes como alguns autores expressivamente e um tanto sarcasticamente o têm qualificado, como FASCHING e ALBERTO DOS REIS, e que no mesmo sentido foi também designado e considerado impressivamente na América Latina por RODRIGUES URRACA e outros autores como um ‘convidado de pedra’ do processo”.

<sup>425</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., p. 315.

<sup>426</sup> *Il Processo e le Correnti Culturali Contemporanee*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1972, vol. XXVII.

<sup>427</sup> Referindo-se ao processualista austríaco Walter Fasching.

de solução e de perspectivas de política legislativa processual. Apenas como ponto de partida técnico e metodológico da abordagem deste importante tema do presente estudo, importa começar salientar que toda a enorme gama de perspectivas e de soluções teóricas e práticas preconizadas pela doutrina ou adotadas no direito positivado comparado se podem e devem reconduzir, fundamentalmente, ao seguinte duplo esquema: a) por um lado, são de assinalar e considerar dois sistemas extremos e contrapostos consubstanciados nas duas alternativas lógicas e sistemáticas, típicas do binômio “princípio dispositivo – princípio inquisitório”; b) por outro lado, é também de sublinhar que cada uma dessas modalidades extremas deve, por sua vez, desdobrar-se em dois subsistemas de natureza moderada ou mista, os quais têm pressupostos jurídico-políticos e técnicos em parte comuns, ou pelo menos fortemente convergentes que, por sua vez, caracterizam-se por um sistema de cooperação ativa entre o juiz e as partes no processo, que se traduz numa autêntica comunidade de trabalho entre ambas as entidades em todo o vasto âmbito do exercício do ativismo jurisdicional do Estado. E não qual por sua vez estas mesmas duas entidades (partes e juiz) estão profundamente envolvidas como elementos integrantes da relação jurídica processual trilateral que o processo consubstancia, e disputam, como tais (nos dois sistemas extremos), uma posição de absoluta primazia.

Nessa medida, a função jurisdicional do Estado, representada sob a ótica da delimitação dos poderes do juiz e das partes, antevê uma dualidade ou bipolarização de interesses - por um lado o interesse público do Estado como órgão de soberania ou serviço público oficial ao dispor do cidadão (acesso ao direito e à justiça) que tem ao seu cargo e responsabilidade o exercício efetivo da importante e transcendente função social e política da administração da justiça; e por outro lado o interesse privado das partes como sujeitos (ativo e passivo) da relação substancial que constitui objeto do litígio judicial.

Por intermédio de todo esse conjunto de poderes-deveres ativos do juiz acima referidos, em conjugação com a iniciativa e o dever de colaboração das partes e de terceiros, segundo o esquema dos sistemas mistos, desenha-se, com nitidez importante, a generalizada e transcendente figura do juiz assistencial, que tem, hoje, fortes e múltiplas expressões doutrinárias e legislativas, em numerosos países. Essa função assistencial constitui uma das mais fortes, senão a mais forte

razão que levou os doutrinários e legisladores de quase todo o mundo a preconizarem e consagrarem legislativamente uma forte extensão dos poderes ativos do juiz, sobretudo na direção formal e material do processo e no domínio da instrução probatória, com vistas à descoberta da verdade material ou objetiva<sup>428</sup>.

Por outro lado, o juiz assistencial tem que promover a eficácia da justiça, pelo que, na sua atuação como juiz ativo e responsável, não pode de modo nenhum comprometer, antes tem de incentivar a simplificação e aceleração do processo, sem prejuízo de alcançar as altas finalidades de verdade e de justiça que caracterizam o processo social e publicístico dos nossos dias. E tem de assegurar também o respeito pelo princípio do contraditório e o combate à mentira e à má-fé processual, a fim de evitar que o mau uso ou abuso dos seus poderes ativos e assistenciais possa conduzir ao arbítrio judiciário, cuja luta contra tem constituído a nota mais saliente da evolução da história do processo civil dos últimos séculos.

Em termos históricos, para uma compreensão mais efetiva da intervenção do ativismo judicial na seara processual, e tomando por base aspectos bem analisados pela doutrina processual portuguesa<sup>429</sup>, cumpre-nos assinalar que, em tempos mais recentes, oferecem-nos dois exemplos vivos e altamente significativos da linha de tendência que acaba de se assinalar. O primeiro provém do campo anglo-saxônico (Estados Unidos da América) e traduz-se na corrente doutrinal e legislativa que, desde Roscoe Pound (1906)<sup>430</sup>, vem-se manifestando nesse país, no sentido de diminuir o alcance, até aqui fortemente dominante, do que foi considerado como um autêntico “Evangelho” da justiça americana: o sistema do *Cross Examination* e da “neutralidade do juiz”, inspirado na conhecida visão agonística ou duelística tradicional do direito anglo-saxônico (*Sporting Theory e Adversary system*). O segundo se revela no domínio da Comissão de Ministros do Conselho da Europa, de 28 de fevereiro de 1984, e consiste numa importante recomendação emanada deste Conselho Europeu no sentido do reforço do papel do juiz na instrução e aceleração do processo.

---

<sup>428</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., pp. 316-317.

<sup>429</sup> Ibid., pp. 327-328.

<sup>430</sup> *The spirit of the common law*, 1906.

Quanto ao exemplo Norte Americano, chegou-se à conclusão nesse vasto país de que o sistema da *Sporting Theory* não constituía uma garantia automática de verdade e de justiça; e que, pelo contrário, a neutralidade do juiz dava lugar a que a luta aberta entre litigantes conduzisse a graves distorções da verdade, devidas ao desequilíbrio (desigualdade real) entre as capacidades defensivas das partes e dos seus patronos. Daí nasceu a campanha de Pound, iniciada em 1906, e seguida mais tarde até o presente por numerosos e famosos juristas e magistrados americanos. E o triunfo desse movimento traduziu-se na publicação, nos Estados Unidos, de dois importantes diplomas legislativos: i) o *California Evidence Code*, de 1965, que continha normas de controle do juiz sobre o interrogatório das testemunhas feito pelo sistema do *Cross Examination* e normas que permitiam ao juiz chamar ao processo *ex-officio* testemunhas não oferecidas pelas partes e nomear peritos imparciais para se substituírem aos peritos particulares indicados pelas próprias partes; ii) o *Federal Rules of Evidence*, de 1975, que atribui ao juiz poderes sensivelmente semelhantes ao consignados no diploma anteriormente citado. Cumpre ressaltar que ambos salvaguardam o princípio do contraditório, na medida em que as testemunhas e peritos nomeados pelo juiz podem ser sempre sujeitos ao “*cross examination*” das partes.

O outro exemplo indicado não é menos significativo e importante, sobretudo para os europeus e latino-americanos, pois reside na *Recomendação NR (84) 5 sobre os Princípios de Processo Civil Adequados à Melhoria de Funcionamento da Justiça*, adotada pela Comissão dos Ministros do Conselho da Europa de 28 de fevereiro de 1984. No princípio 3 do texto dessa Recomendação, diz-se expressamente que “o juiz deveria pelo menos na audiência preliminar, mas sendo possível em todos os estágios do processo, desempenhar um papel ativo, a fim de assegurar, dentro do respeito do direito das partes e do princípio de sua igualdade, um desenvolvimento rápido dos litígios”. Designadamente, ele deveria ter de ofício os poderes de pedir às partes todos os esclarecimentos e clarificações úteis, de as fazer comparecer pessoalmente para as interrogar sobre os fatos da causa, de suscitar as questões de direito, de pesquisar provas (pelo menos nos casos em que o fundo do litígio não está na disponibilidade das partes), de dirigir a administração das provas, de excluir testemunhas se o seu depoimento eventual carece de pertinência em relação ao litígio, de limitar o

número, se for excessivo, das testemunhas chamadas a depor sobre os mesmos fatos. A seguir, afirma-se que todos esses poderes deveriam ser exercidos sem ultrapassar o objeto da ação.

No desenvolvimento histórico, a questão ainda passa por ensinamentos de Baur e Capelletti, dentre outros, até chegar, por último, a Storme e Coester-Waltjen, que, no exaustivo relatório apresentado ao IX Congresso Mundial de Processo Civil, realizado em Coimbra-Lisboa, em agosto de 1991, sobre o importante tema “O ativismo do juiz” (*Der Richterliche Aktivismus*), sustentaram que o sistema inquisitório (extremo) de tipo socialista declina, ao passo que o poder ativo moderado do juiz está em alta contínua (na direção do processo, no ordenamento do procedimento e na sua intervenção no domínio das provas)<sup>431</sup>.

Não obstante, registre-se que o primeiro grande surto e área de crescimento do fenômeno do ativismo processual do juiz se iniciou no Código Austríaco de Klein, de 1895, estendendo-se praticamente a todas as legislações de projetos legislativos ulteriormente elaborados e chegando aos nossos dias por meio do Código Modelo para Ibero-América de 1988 e do *Código General del Proceso de Uruguai* de 1989. Todavia, dentro desse grande surto geral de evolução histórico-legislativa, de cerca de cem anos, que remonta incontestavelmente às ideias inovadoras de Klein a partir de 1890, podem-se e devem destacar e autonomizar duas ou três áreas mais restritas em que os poderes do juiz foram também altamente reforçados (embora por razões em parte específicas e em parte convergentes com as daquele autor): a área dos países socialistas, a área da “*common law*” e a área da América Latina<sup>432</sup>.

Para melhor desenvolvimento do raciocínio, seguiremos os ensinamentos do já citado processualista português também no que concerne à história do desenvolvimento do processo austríaco<sup>433</sup>. Consoante a mencionada lição, em 1901, Chiovenda (*As formas na defesa judicial do Direito in Ensaíos*) aludindo às ideias de Klein, asseverou que a maior parte dos problemas processuais se colocam em torno de um ponto fundamental: a relação entre a iniciativa do juiz e a iniciativa das partes. Pois que as formas podem ser mais ou menos rigorosas e

---

<sup>431</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., pp. 330-331.

<sup>432</sup> Ibid., pp.332-333.

<sup>433</sup> Ibid., pp. 339-346.

numerosas; as lides podem ser mais ou menos breves; as garantias de uma decisão justa, maiores ou menores, conforme o juiz tenha maiores ou menores poderes no processo. E noutro passo acrescentou que a lide pode resultar mais ou menos acessível ao homem débil e inculto, consoante o juiz tenha meios maiores ou menores de vir em sua ajuda, de informá-lo acerca do que pode fazer para a sua defesa e para corrigir os seus erros processuais. Segundo ele, é aí que se está a chave das reformas processuais, o segredo da adaptação do processo às necessidades sociais, visto que é este o magno problema que divide a doutrina e as legislações modernas, tendo se situado resolutamente o Regulamento austríaco de 1895 na via da extensão dos poderes do juiz, enquanto que o Regulamento alemão se tinha mantido do lado oposto.

Na esteira do desenvolvimento processual, durante o século XX, vários outros autores, tanto germânicos (Sprung e Baur) como italianos (Chiovenda, Cappelletti e Denti) deram grande relevo à concepção social do processo sustentado por Klein como um fenómeno social de massa e um instituto de bem-estar indispensável ao progresso e desenvolvimento de uma comunidade humana civilizada. Todos eles reconhecem que essa tal concepção do processo conduziu e continua a conduzir uma forte expansão dos poderes ativos e assistenciais do juiz. Nesse ínterim, Cappelletti<sup>434</sup> sublinha, de forma bem explícita a este propósito, que a grande inovação introduzida por Klein na estruturação do seu Código de 1895/98 constituiu, precisamente, na acentuação da função ativa do juiz, reforçando que essa função ativa deve ser entendida, quer para assegurar a ordem e a rapidez do procedimento, quer para promover a finalidade social da efetiva igualdade das partes no processo.

Lado outro, registre-se que uma das primeiras manifestações do carácter universal do grande surto de influência das ideias de Klein verificou-se, visivelmente, sobre o próprio direito francês de 1806, que constituía o protótipo do sistema tradicional e liberal do juiz passivo, mas estendeu-se rapidamente a todos os outros sistemas de inspiração francesa, designadamente a Itália, Suíça, Alemanha, Países Nórdicos e da Europa Central e Oriental, onde essa influência francesa havia sido manifestamente exercida. Nesse sentido, uma das primeiras

---

<sup>434</sup> Citado por ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., p. 358.

áreas, além da francesa, onde o movimento da oralidade, e conseqüente aumento da atividade do juiz, manifestou-se mais claramente foi a área dos projetos legislativos nórdicos (da Finlândia – 1901; da Dinamarca – 1906; da Noruega – 1915; e da Suécia – 1942/1948) e bem assim as reformas legislativas promulgadas posteriormente nestes mesmos países (Finlândia e Dinamarca – 1919; Noruega – 1927 e Suécia – 1942/1948). E em estreito paralelismo, e quase simultaneidade, com estes últimos projetos e legislações nórdicas, podem apontar-se também as áreas do Código Húngaro de 1911, do Código Iugoslavo de 1929, do Polaco de 1933, das reformas alemãs de 1909, 1924 e 1933, do projeto do Vaticano de 1937 e do respectivo Código de 1946, do Código Federal Suíço de 1947<sup>435</sup>.

Outra zona onde a influência de Klein assumiu uma expressão vigorosa e assaz foi especialmente na Europa Ocidental. Por um lado sobre a própria doutrina francesa e nas seguintes, com nítida repercussão sobre toda a legislação ulteriormente promulgada neste país (1935, 1948, etc.) até chegar às legislações mais progressivas, designadamente os códigos de 1958 e 1976, nos quais a posição ativa do juiz assumiu um extremo grau de amplitude e de intensidade. Por outro, aos numerosos projetos legislativos elaborados na Itália a partir do projeto Orlando de 1909, até ao projeto Solmi de 1937, culminando com a promulgação do Código Italiano de 1940, no qual a influência da legislação austríaca de Klein foi abertamente reconhecida. Por último, as reformas alemãs de 1909, 1924 e de 1933 e os projetos legislativos de 1931 e do célebre “modelo de Stuttgart” de Baur, de 1968, nos quais as grandes inovações do pensamento de Klein foram introduzidas pelo legislador alemão<sup>436</sup>.

Na França, o notável processualista Tissier<sup>437</sup>, professor de processo civil na Universidade de Paris, em um importante estudo sobre o centenário do Código de Processo Civil de 1806, asseverou que a Áustria parecia estar nitidamente no primeiro plano da aceleração do processo, pois seus juristas elogiavam calorosamente as reformas realizadas em 1895, quanto aos poderes do juiz e, sobretudo, sobre o direito que lhe é dado de concentrar todos os atos do

---

<sup>435</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, pp. 359-360.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>437</sup> Citado por ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, *Ob. cit.*, pp. 360-361.



processo. E por fim, porque afirmam possuir o melhor processo civil do Continente à época<sup>438</sup>.

Na Itália, Chiovenda também revelou a influência em seu famoso Relatório sobre o Projeto do processo civil para o pós-guerra de 1919, no qual apontava que um dos defeitos do processo italiano da época consistia no sistema do juiz passivo que era considerado por ele como “um verdadeiro autômato, movido mecanicamente pela vontade das partes”<sup>439</sup>.

Importante frisar que todos os países que seguiram a Áustria, nesse importante e delicado domínio do reforço dos poderes do juiz ativo e assistencial, procuraram também aumentar o número de magistrados, a fim de fazer funcionar adequadamente em termos humanos e razoáveis esse sistema, algo gravoso para um juiz ativo e assistencial<sup>440</sup>.

Registre-se ainda outro surto de influência, que diz respeito a *Common Law*, com relação ao qual manifestou-se o autor no sentido de sublinhar a forte tendência verificada nos Estados Unidos para alargamento dos poderes ativos do juiz, em detrimento ou atenuação da regra tradicional do “*Adversary System*”, a partir da célere campanha iniciado por Roscoe Pound, em 1906, e que ainda hoje se mantém ativa, quer na legislação, quer na jurisprudência americana, pela voz de prestigiosos juízes como Kaufman e o Chief de Justice Burger<sup>441</sup>.

No Direito Inglês, embora teoricamente o princípio dispositivo seja dominante, por meio do uso generalizado do “*Cross Examination*”, os autores mais responsáveis da atualidade como Lord Loyd of Hampstead e Jolowicz sustentaram que a grande autoridade e prestígio de que gozam os magistrados em Inglaterra conduz a que suas sugestões quanto às medidas instrutórias que importa realizar para a descoberta da verdade sejam praticamente sempre acatadas pelos advogados dos pleiteantes<sup>442</sup>.

No que se refere ao Direito dos países socialistas e à grande extensão dos poderes do juiz como expressão do princípio inquisitório extremo, importa sublinhar o testemunho de dois autorizados autores russos Zivs e Melnikov, do

---

<sup>438</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., pp. 361-362.

<sup>439</sup> Ibid., pp. 361-362.

<sup>440</sup> Ibid., p. 371.

<sup>441</sup> Ibid., p. 379.

<sup>442</sup> Ibid., p. 379.

autor búlgaro Stalev e do húngaro Szabó. Todos eles salientam o papel fortemente interventor do juiz na descoberta da verdade objetiva, como finalidade primacial da justiça da Rússia e nos países do leste, que foi expressamente consagrada nos Princípios Fundamentais do Processo Civil da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - U.R.S.S. (artigo 16º) de 1961, o qual atribui ao juiz a função de utilizar todos os meios necessários para assegurar uma completa e objetiva investigação acerca dos fatos reais da causa<sup>443</sup>.

Na América Latina há de se fazer ressaltar quanto ao Código Geral do Processo do Uruguai de 1989 e ao Código Processual Civil Modelo para Ibero-américa, também conhecido por “Código Tipo Ibero-americano”, que formam em conjunto o segundo pilar da grande ponte, cujo primeiro pilar é constituído na já referida imagem de Storme e Waltjen, pelo Código austríaco de 1895. Impende ressaltar que a própria exposição de motivos do código tipo ibero-americano demonstra a importância do juiz ativo<sup>444</sup>.

Não se pode deixar de informar ainda que também existe tal influência nas reformas dos Códigos da Espanha – 1984, México – 1985 e Venezuela – 1986<sup>445</sup> e, por que não dizer, na elaboração do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Na linha do raciocínio lecionado pela já mencionada doutrina processual portuguesa, Franco Cipriani<sup>446</sup> defendeu que o Código Austríaco de 1895 foi um provável marco a inspirar o debate garantismo *versus* ativismo no processo civil. Em 1995, em seu texto *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)*, fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o Código de Processo Civil austríaco projetado por Franz Klein. Em síntese, demonstrou que o Regulamento Klein: a) encara o processo civil como um “mal social” a gerar influência na economia nacional; b) tratou o processo como objeto social; c) conferiu viés publicista ao processo civil, com negação às partes; d) reforçou os poderes do juiz no processo. Ressaltou que o Código de Processo Civil austríaco de Klein ultradimensionou o caráter publicista do processo civil, em que os juízes tiveram seus poderes

---

<sup>443</sup> ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, Ob. cit., p. 380.

<sup>444</sup> Ibid., p. 380.

<sup>445</sup> Ibid., p. 381.

<sup>446</sup> Ob. cit.

substancialmente aumentados e com obrigação de ser também capitães de todas as causas. Criou-se um juiz com grandes poderes de direção no processo.

E sob esse enfoque ativista, baseado inicialmente nas ideias de Klein, e que se desenvolveu e ampliou por todo o globo terrestre durante o século XX, é que deve ser travada a discussão quanto à atuação do juiz no campo probatório. Se o objetivo a ser perseguido pelo Estado-juiz é obter, por meio do processo, um resultado adequado e justo, não há como se afastar a existência de um dever do magistrado na determinação de produção de provas que conduzam à busca da verdade processual e, conseqüentemente, à realização da justiça.

#### **4.11. Ativismo judicial em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova**

Tradicionalmente, a lógica para apreciação do tema é sempre a mesma, e própria do pensamento liberal - disponibilidade e auto-responsabilidade das partes. Ao juiz caberia apenas verificar se são observadas as regras do jogo e decidir em função da verdade que as partes quiseram que ele conhecesse (formal ou, neste sentido, processual). No outro extremo, localiza-se o caráter público dos direitos e do processo, comandado pelo juiz, o qual é investido dos poderes necessários para dirigi-lo, para conformar a ação e para resolver o litígio, procurando atingir a verdade material ou, ao menos, a verdade processual possível. Para esse efeito, dispõe dos poderes de instrução necessários e avalia livremente as provas.

Se, de um lado, o juiz é detentor de iniciativa probatória, de outro, possui limites a essa atuação, tais como: a) inadmissibilidade dos meios de prova, legal ou convencional; b) necessidade de compatibilização com os ônus impostos às partes - o juiz não deve substituir-se às partes na atividade probatória que lhes cumpre desenvolver, mas apenas suplementá-la; c) escolha do momento adequado para intervir; d) harmonização entre as regras da preclusão a que as partes estão sujeitas; e) utilização fundamentada e sujeita ao contraditório.

E, para além de afastar essas objecções, tem-se vindo a defender as vantagens da opção por um modelo de cooperação<sup>447</sup> entre as partes e o juiz, quer do ponto de vista da eficácia, quer na perspectiva da promoção da solidariedade e da igualdade substancial das partes e da efetivação dos direitos constitucionais do acesso ao direito e à justiça (que incluem o direito a prova), e da tutela judicial efetiva. E, naturalmente, salientar que a concessão dos poderes instrutórios ao juiz seja um meio de potenciar a adequação da sentença à realidade material (e à verdade), reduzindo o risco de injustiça que a inadequação implica.

Embora haja eventuais questionamentos, não cremos que a concessão dos poderes instrutórios ao juiz implique os inconvenientes anteriormente apontados, desde que se exija uma regulamentação concreta que garanta a imparcialidade, a equidistância entre os litigantes, a instrumentalidade do processo e o respeito pelo papel dos advogados.

Cabe procurar saber se os poderes instrutórios do juiz, orientados para a aproximação à verdade material e inseridos num contexto de cooperação e de procura de igualdade entre os litigantes, com as limitações decorrentes dos poderes das partes, devem ou não chegar ao ponto de interferir na repartição do ônus da prova.

É cediço que a função das regras sobre o ônus da prova é a de permitir ao julgador ultrapassar uma situação de dúvida insanável sobre os fatos, fornecendo-lhe um critério de decisão.

Nessa seara processual, a forma com que a lei impõe às partes o dever de cooperação para a descoberta da verdade, sancionando a recusa ilegítima de colaboração, confere um carácter particularmente efetivo. Além de poder impor sanções, o juiz pode valorar essa conduta omissiva para efeitos probatórios, quando do proferimento da sentença.

A teoria da dinamização foi desenhada como um mecanismo de correção de situações de injustiça a que pode reconduzir a repartição estática do ônus da prova, tornando-a flexível e adaptável às circunstâncias concretas de cada caso, possibilitando a deslocação do ônus da prova para a parte que se encontra nas

---

<sup>447</sup> Sobre o tema, vide MARIA FRANCISCA DOS SANTOS LACERDA, *Ativismo-cooperativo na produção de provas*. São Paulo: LTr, 2012.

melhores condições técnicas, profissionais ou de fato para produzir a prova. Desloca-se da parte legalmente onerada, que se encontra em uma situação de dificuldade em fazer a prova, para a parte que tem facilidade em realizá-la, por determinação do juiz, tendo em conta as regras de solidariedade e cooperação das partes para com o tribunal, e os deveres de agir com lealdade e boa-fé. Do ponto de vista do tribunal é ainda uma forma de promover a igualdade substancial das partes.

A crítica mais forte a essa teoria é a da insegurança que a incerteza sobre a repartição do ônus da prova provoca nas partes. Não obstante, resta claro que uma rigorosa ponderação das circunstâncias em que as partes se encontrem deve ser feita pelo magistrado, ao confrontar a dificuldade da parte onerada com a maior facilidade da contraparte, sob pena de se inverter a situação de desigualdade. Essa limitação encontra, inclusive, previsão normativa no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, no sentido de que o ônus não pode ser alterado se a alteração tornar excessivamente difícil à parte o exercício do direito<sup>448</sup>.

A repartição dinâmica tem um objetivo que vai para além do incentivo às partes para que promovam a prova, e para além do ponto de vista de apuração da verdade. O que em último caso pode justificar a dinamização de acordo com as circunstâncias do caso, é sim a justiça da decisão. Uma justiça que vá como que repor uma igualdade substancial, em situações em que uma das partes, seja qual for a razão, encontre-se numa situação de desigualdade, pelo menos, perante a facilidade de prova. Essa desigualdade pode resultar de uma situação de fato desigual, em concreto (econômica, técnica) ou da posição das partes que, em abstrato, é desigual (consumidor, idoso). Situações que, em abstrato, são desiguais podem levar a uma inversão legal do ônus da prova, atendendo à normalidade da vida; desigualdades que só em concreto se apuram, implicando a análise da concreta dificuldade, provavelmente não serão corrigidas por essa via, mas, sim, pela dinamização.

Por conseguinte, no âmbito de um sistema processual cooperativo, o ativismo judicial aplicado na seara processual, especialmente com relação à

---

<sup>448</sup> Conforme disposto no art. 373, §2º.

flexibilização das normas inerentes à distribuição do ônus da prova, apresenta-se como uma atividade concreta e necessária do julgador, no exercício de seus deveres processuais e, especialmente, de sua adequada função constitucionalmente disposta, no sentido de garantir a realização de um processo devido e justo, no qual sejam respeitados todos os princípios processuais constitucionais a ele impostos.

## CAPÍTULO V - TEORIA GERAL DA PROVA

### 5.1. Natureza constitucional do direito à prova e suas definições

Contemporaneamente, a preservação do interesse da coletividade apresenta-se como o objetivo primordial do processo, já que seus escopos são a realização do direito e da paz social. O processo deve ser visto, portanto, como um instrumento da própria Constituição, no qual as regras, abstratamente formuladas, consubstanciam os direitos e garantias fundamentais, concretizando-os. Assegurar o direito à ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ao instrumento tal como concebido pela própria Lei Fundamental.

Nesse ínterim, a prova confere efetividade à garantia da ampla produção probatória, cuja natureza constitucional é incontroversa<sup>449</sup>. Consoante as disposições do artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o acesso efetivo à prova apresenta-se como direito fundamental, compreendido nos ideais de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O sistema processual infraconstitucional deve, assim, assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz. Isso implica, evidentemente, a dilação probatória destinada à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório e ampla defesa compreendem também o poder conferido às partes de se valer de todos os meios de prova possíveis, adequados e admissíveis, para reconstrução dos fatos.

A regra disposta no artigo 369 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 prevê a possibilidade de as partes se valerem de qualquer meio de prova legal e moralmente legítimo para provar a verdade dos fatos em que se funda o

---

<sup>449</sup> Sobre o direito constitucional à prova, no ordenamento jurídico português, vide ISABEL ALEXANDRE, Ob. cit., pp. 68-79. No direito espanhol vide RODRIGO RIVERA MORALES, *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 159-162. No direito italiano, sobre o direito à prova como garantia do justo processo vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. 3.ed.; Milanofiori/Assago: UTET, 2010, pp. 35-52. Sobre o aspecto constitucional do direito à prova em alguns importantes ordenamentos jurídicos, a exemplo do norte-americano e italiano, vide FELIPE VIANA DE MELLO, *A flexibilização das regras de distribuição do ónus da prova: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013, pp. 36-41.

pedido ou a defesa, influenciando de forma eficaz na convicção do julgador. As provas ilícitas não possuem, portanto, eficácia para o processo. A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, LVI, realizou uma inequívoca ponderação entre a efetividade da proteção do direito material e o direito à descoberta da verdade no processo, vedando a utilização de provas ilícitas<sup>450 451</sup>.

No processo, existe uma relação jurídica voltada para um fim específico, a eliminação da crise mediante atuação da vontade da lei, sendo inadmissível qualquer confusão entre a relação processual e a de direito material. A relação processual tem seu próprio escopo, que jamais será o mesmo da relação de direito material, seja ela pertencente ao direito público ou ao direito privado. O processo, entendido como procedimento realizado sob a égide do contraditório, tem sempre a mesma finalidade a ser atingida, qual seja, a conservação do ordenamento jurídico, do que sucede a afirmação da autoridade do Estado e a paz social. A relação processual é, portanto, completamente independente da relação de direito material. O que existe é um nexo de instrumentalidade entre o

---

<sup>450</sup> Imperioso se mostra registrar a distinção existente entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Em linhas gerais, provas ilícitas, em sentido estrito, são as que importam em violação de normas de direito material, estejam elas dispostas na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional. A vedação existe em função dos direitos que ordenamento jurídico reconhece ao indivíduo, independentemente da existência de processo. Provas ilegítimas são as que importam em violação de normas de direito processual, cuja vedação é posta tendo em vista as finalidades do processo. Ressalte-se ainda que a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas vem sendo atenuada com base no critério da proporcionalidade, admitindo-se a prova ilícita, em caráter excepcional, em casos graves. Nesse sentido, vide RICARDO CUNHA CHIMENTI, *et all. Curso de Direito Constitucional*. 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 68-69.

<sup>451</sup> Sobre provas ilícitas, vide CAIO AUGUSTO NUNES DE CARVALHO, *Provas ilícitas no direito brasileiro*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 159-194; PAULO ROGÉRIO ZANETI, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 48-63; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Ob. cit.*, pp. 261-281. Na doutrina espanhola, realizando um estudo comparado da prova ilícita em variados ordenamentos jurídicos, vide TERESA ARMENTA DEU, *La prueba ilícita (um estudio comparado)*. 2.ed.; Madri: Marcial Pons, 2011; JORDI NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, pp. 189-192; e ainda JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*. *Ob. cit.*, pp. 283-368. Na doutrina portuguesa, procedendo profícua análise sobre as provas ilícitas no processo penal, vide MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013; no âmbito do processo civil, vide ISABEL ALEXANDRE, *Ob. cit.*; JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Ob. cit.*, pp. 542-547; PEDRO TRIGO MORGADO, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*. Petrony Editora, 2016; JOÃO DANIEL DE SOUSA GARCÊS CARDOSO, *Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil português*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012; PAULA ALEXANDRA MAGALHÃES DOS SANTOS, *Da problemática da prova ilícita no processo civil*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2011; e J.F. SALAZAR CASANOVA, *Provas ilícitas em processo civil sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*. Direito e Justiça. v.18. t.1. 2004, pp. 93-130.



processo e o direito objetivo material, pois aquele visa a atuação deste. E essa finalidade atende não apenas o interesse dos demandantes cujas relações são reguladas pelo direito material, mas, principalmente, o interesse público na obediência à ordem jurídica instituída.

O processo jurisdicional é instrumento de uma função do Estado que, para manter a paz e harmonia entre os integrantes da sociedade, tem a atribuição específica de promover a atuação do ordenamento jurídico.

A busca da verdade é um dos elementos essenciais à legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo. A prova é o principal elemento pelo qual se demonstra a verdade, influenciando na formação da convicção. O direito à prova pode ser extraído da cláusula geral do devido processo legal e, nos desdobramentos dessa, tornando-lhes mais do que mera legislação simbólica, garantindo sua efetividade. Nessa perspectiva, é direito constitucional decorrente. Avançando nessa tratativa, é também possível perspectivá-lo através do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, como direito de índole fundamental. Ademais, sob outro viés, o direito à prova está previsto por meio de interpretação extensiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu artigo 8º e, do mesmo modo, no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, no artigo 14.3, alínea “e”<sup>452</sup>.

De acordo com as lições propostas por Rennan Faria Kruger Thamay e Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima<sup>453</sup>, historicamente é possível identificarmos um tratamento diferenciado dado à prova pela legislação de direito material e pela legislação de direito processual, cuja origem remonta ao Código (Civil) Napoleônico de 1804, que serviu de inspiração para a grande maioria das legislações modernas. Nesse sistema francês, o Código Civil de 1804 cuidou da prova das obrigações, de sorte que o Código de Processo Civil de 1806 disciplinou a prova processual. Tal modelo foi copiado pelos sistemas italiano, português e brasileiro.

---

<sup>452</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 164-167.

<sup>453</sup> *Primeiras reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 413- 423.

Embora, em alguns pontos, as disposições de direito material e processual se confundam, o fato é que possuem natureza jurídica distinta. Moacyr Amaral Santos<sup>454</sup>, ao notar essa dualidade de naturezas jurídicas, sabiamente preconizou que ao Código Civil compete determinar as provas, indicar seu valor jurídico e suas condições de admissibilidade, ao passo que compete ao Código de Processo Civil dispor sobre o modo de constituir e de produzir a prova em juízo.

É inegável que existe diferença entre a prova no direito material e no direito processual<sup>455</sup>, uma vez que nem toda prova é destinada ao processo. Não se pode negar, contudo, que cada vez mais as legislações acabam por inserir normas de direito material na legislação processual e, mais comum, normas de direito processual na legislação material. Embora a mera posição da norma em uma determinada legislação não faça com que ela assuma aquela determinada natureza jurídica, o fato é que isso trouxe enorme confusão doutrinária. Dessa forma, tem-se admitido uma certa relativização da distinção proposta, até mesmo em razão de ser ela, para alguns, meramente doutrinária e de pouca aplicação na prática.

Segundo assinala Moreira Alves<sup>456</sup>, o já revogado Código Civil brasileiro de 1916 demonstrava já ter adotado a teoria mista, por meio da qual ao Código Civil seriam atribuídas as normas que versam sobre as fontes das provas, ao passo que ao Código de Processo Civil seriam cominadas as normas que versam sobre os meios de prova. Vislumbramos que a atual legislação civil (2002) e processual civil (2015) brasileira, continua a se desenvolver no âmbito dessa corrente doutrinária.

Nos domínios do direito estrangeiro, sob a ótica dos ensinamentos de Nathália Gonçalves de Macedo Carvalho<sup>457</sup>, verifica-se que, atualmente, nos Estados Unidos, a principal regulamentação sobre o direito probatório está na

---

<sup>454</sup> *Prova judiciária no cível e comercial*. v.1. 4.ed.; São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 47.

<sup>455</sup> Para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. 1ª reimpr. Lisboa: Lex, 1997, pp. 197-200, o direito probatório material diz respeito à delimitação do objeto da prova, à repartição do ônus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e aos critérios de avaliação ou valoração da prova; já o direito probatório formal refere-se à apresentação, admissão e ao modo de produção da prova em juízo, isto é, ao procedimento probatório.

<sup>456</sup> *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 159.

<sup>457</sup> *Introdução ao federal rules of evidence e os pontos de encontro com o Código de Processo Civil de 2015*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 995-996.

*Federal Rules of Evidence*, promulgada em 1975, que apresenta-se como um compilado de regras federais sobre provas. A *Federal Rules of Evidence*, em regra, aplica-se somente aos Tribunais Federais dos Estados Unidos, mas muitos estados norte-americanos adotaram-na, ainda que parcialmente.

Antes de sua promulgação, nos Estados Unidos, foram realizadas várias tentativas de unificar as regras sobre direito probatório. Em 1942, o *American Law Institute* aprovou o *Model Code of Evidence* que, muito embora tenha sido um importante marco histórico, nunca chegou a ser adotado por nenhum estado, em razão da radicalidade de suas regras.

Em 1953, foi promulgada a *Uniform Rules of Evidence*, que, apesar de não ser tão abrangente quanto a *Federal Rules of Evidence*, trouxe uma uniformização para alguns estados. Em 1967, o estado da Califórnia promulgou o seu *Evidence Code*, que continua vigente até os dias de hoje.

No direito português, José Lebre de Freitas<sup>458</sup> leciona que o regime da prova encontra-se repartido, desde 1967, pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil<sup>459</sup>. O primeiro contém o direito probatório material - normas sobre ônus da prova, o quadro geral das provas, a admissibilidade dos diversos meios de prova, a sua força probatória; o segundo, o direito probatório formal - normas reguladoras dos procedimentos probatórios em juízo. Ao tratar do assunto, ainda sob a égide do Código de Processo Civil português de 1961, Antunes Varela<sup>460</sup>, em obra conjunta com Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, leciona que ao conjunto das normas reguladoras das provas, ou seja, da demonstração da realidade dos fatos juridicamente relevantes, dá-se, na doutrina, o nome de direito probatório. Em complemento, esclarece que as normas reguladoras das provas podem fixar os meios admissíveis e determinar o valor de cada um deles na demonstração dos fatos, ao que se nomeia como direito probatório material; e podem, também, limitar-se a regular o modo de oferecimento e produção das provas em juízo, determinando os atos necessários para a utilização de cada um dos diversos meios probatórios, ao que se identifica como o direito probatório formal. As

---

<sup>458</sup> *Código de processo civil anotado*. v.2. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 422-424.

<sup>459</sup> Tratando da evolução do conceito de prova no direito português, com enfoque nas abordagens do direito civil e direito processual civil, vide ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*. v.V. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 459-464.

<sup>460</sup> Ob. cit., p. 61 e 443.

normas de direito probatório material destinadas a regular o problema do ônus da prova, a admissibilidade e a força dos meios de prova, porque estão diretamente ligadas aos requisitos de existência ou de validade da relação substantiva, têm sua sede no próprio direito civil. Já as normas de direito probatório formal, pertencem, pelo contrário, ao foro específico do processo.

Essa repartição, entretanto, não é pacífica. A orientação das condições germânicas é no sentido de apenas reservar ao direito substantivo as normas sobre a distribuição do ônus da prova, por respeitarem a interpretação abstrata das normas reguladoras das relações jurídicas substantivas, independente da configuração do processo e da situação concreta das partes em juízo. Todas as restantes normas de direito probatório pertenceriam ao direito processual. Semelhantemente, nos sistemas jurídicos anglo-americanos e sul-americanos a matéria é tratada do campo do direito processual. Essa era também a orientação do direito comum, com a qual rompeu o Código Napoleônico, seguido pelas demais codificações latinas.

No entanto, muitas são as vozes que, na doutrina, têm discordado da inclusão no direito civil do direito probatório material, a qual o Código de Processo Civil português de 1939 optou por integrar, reduzindo-o a uma subdivisão interna do direito processual<sup>461</sup>.

Só com o Código Civil português de 1966, a tradição das codificações latinas foi retomada, com a conseqüente bipartição do regime da prova. Não obstante, algumas normas com conteúdo material, segundo o critério de repartição adotado, encontram-se no Código de Processo Civil<sup>462</sup>.

Além disso, as alterações trazidas pela revisão de 1995-1996 à matéria da prova, mesmo não tendo sido tão profundas como as introduzidas em outros capítulos do código, foram significativas. No capítulo das disposições gerais, acentuou-se o dever de cooperação, libertando-o de algumas das causas justificativas da recusa de colaborar e admitindo a dispensa do dever de sigilo, além de se salientar a aplicabilidade da norma civilística da inversão do ônus da prova por falta de colaboração impeditiva da prova. Regulou-se o acesso do juiz

---

<sup>461</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*. v.III. 3.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 240-241.

<sup>462</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil anotado*. v.2. Ob. cit., p. 422.

aos dados existentes nos serviços administrativos e, sobretudo, generalizou-se o registro da prova, introduzido pelo Decreto-Lei 39, de 15 de fevereiro de 1995<sup>463</sup>. A nosso ver, o atual Código de Processo Civil português de 2013 manteve essa linha de entendimento.

Retornando o olhar para uma definição do instituto, podemos afirmar, inicialmente, que provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado por qualquer dos demandantes para influenciar na formação da convicção do julgador para solução do caso concreto e, assim, ver acolhida a pretensão ou a resistência formulada no processo. Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rui Manuel de Freitas Rangel<sup>464</sup>, um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa. Ou, segundo os ensinamentos de Remédio Marques<sup>465</sup>, a prova pode ser tida como a “atividade do tribunal que visa formar a sua convicção sobre a realidade dos fatos controvertidos”, ressaltando que a ação de provar significa induzir no julgador o convencimento que de um fato passado ou histórico, controvertido, verificou-se, e que esse fato, ou essa afirmação sobre o fato, deve ser representado ao juiz por meio de outros fatos<sup>466</sup>.

Nos dizeres de Fernando Pereira Rodrigues<sup>467</sup>, “se o futuro é mera expectativa, não carecendo de verificação ou demonstração, o passado e o presente sempre passam pelo crivo da prova, das coisas mais triviais ao que há de mais importante e grave”. Para Miguel Teixeira de Sousa<sup>468</sup>, a prova é a atividade realizada no processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos fatos controvertidos. Em outras palavras, a atividade que

---

<sup>463</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil anotado*. v.2. Ob. cit., p. 423.

<sup>464</sup> *O ônus da prova no processo civil*. 3.ed.; Coimbra: Almedina, 2006, p. 20.

<sup>465</sup> Ob. cit., p. 206.

<sup>466</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes*. Boletim da Faculdade de Direito. v. 92, t. II. Coimbra: 2016, p. 765. Registre-se ainda que consonte os ensinamentos do referido processualista português, a prova (no sentido de atividade probatória) pode ser definida como o procedimento lógico com base no qual de um fato conhecido (por ex. declaração de testemunha ou conteúdo de documento) se deduz a existência de fato passado carecido de prova (se deduz a verdade ou a falsidade dos fatos afirmados pela parte), bem como as modalidades pela quais esse desiderato é alcançado.

<sup>467</sup> *A prova em direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. pp. 9-10.

<sup>468</sup> *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Ob. cit., p. 195.

permite formar na mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os fatos carecidos de provas. Alberto dos Reis<sup>469</sup> designa a prova também como “a própria atividade que se desenvolve para se conseguir a demonstração da verdade do fato alegado ou da afirmação feita”. A seu turno, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora<sup>470</sup> afirmam que a prova, no processo, pode definir-se como a atividade tendente a criar no espírito do juiz a convicção (certeza subjetiva) da realidade de um fato.

Há uma multiplicidade de conceitos de prova na doutrina<sup>471</sup>. Cada doutrinador define a prova levando em consideração um aspecto central que fundamenta a fonte de análise realizada. Assim, prova pode ser definida como meio, ou seja, como instrumento processual colocado à disposição para sua realização; como atividade, ou conjunto de atos e atividades destinadas a demonstrar a verdade de um fato controvertido; ou como resultado, direcionado à formação da convicção do julgador.

Para José Lebre de Freitas<sup>472</sup>, o termo prova tem sentidos diferentes, consoante a perspectiva em que é utilizado. Referido processualista português defende que a definição de prova seja apreciada como meio ou como resultado.

---

<sup>469</sup> Ob. cit., p. 238.

<sup>470</sup> Ob. cit., p. 436.

<sup>471</sup> Desenvolvendo aspectos históricos do conceito e da função da prova, vide MAURÍCIO FERREIRA CUNHA, *Ônus da prova, dinamicização e novo CPC*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 290-304. Tratando da prova no direito italiano, com abordagens à Filosofia do Direito, Processo Civil, Processo Penal, Direito Canônico e Direito Internacional Privado, vide *Enciclopedia del diritto*, Ob. cit., pp. 518-797 e, no direito probatório inglês, pp. 547-549. Apreciando a prova em geral no ordenamento jurídico italiano, vide *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. v.XVI. 4.ed.; Torino: UTET, 2004, pp. 3-35. Ainda sobre prova no direito italiano, abordando o processo civil, processo penal, internacional, tributário, administrativo, bem como no direito canônico e direito comparado (com ênfase para um panorama nos ordenamentos da *civil law*, nos ordenamentos socialistas e nos ordenamentos da *common law* – Inglaterra e Estados Unidos), vide *Enciclopédia giuridica*. v.XXV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989. Apenas no direito italiano, vide SALVATORE PATTI, *Le prove: parte generale*. Milano: Giuffrè, 2010; MÁRIO CONTE, *Le prove civili*. 2.ed.; Milano: Giuffrè, 2009; MARCO ROSSI, *La prova civile: questioni processual*. Milano: Giuffrè, 2009; e GIORGIO BIANCHI, *La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel codice civile*. Padova: CEDAM, 2009. No direito espanhol, vide XAVIER ABEL LLUCH, JOAN PICÓ I JUNOY e MANUEL RICHARD GONZÁLEZ, Dirs., *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Congreso UNIJES 6 Barcelona, 2010. Las Rozas: La Ley, 2011. Com relação ao direito angolano, vide HERMENEGILDO CACHIMBOMBO, *A prova em processo civil*. RAD: Revista Angolana de Direito. a.2. n. 3. 2009, pp. 179-184. No direito romano clássico, vide JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de D. 22.3)*. Madrid: Edisofer, 2006.

<sup>472</sup> *A acção declarativa comum*. reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora, 2010, pp. 177-180.

Enquanto meio, a prova pode ser considerada em duas perspectivas: na estática da fonte de prova e na dinâmica do ato de produção, em que se manifesta como fator probatório. A fonte de prova é uma pessoa ou coisa. Constituem fontes de prova pessoal a parte e a testemunha, enquanto conhecedoras dos fatos relevantes para o processo. Constituem fontes de prova real os documentos e os monumentos (coisas portadoras de indícios naturais do fato relevante). Já como resultado, a produção dos meios de prova no processo visa demonstrar a realidade dos fatos alegados pelas partes ou, em outra miragem, demonstrar a verdade da alegação por elas feita. Esse resultado probatório, alcançado por um meio de prova isolado ou pelo conjunto dos meios de prova produzidos sobre um fato, pode ser ainda denominado como prova.

A seu turno, João de Castro Mendes<sup>473</sup> desenvolveu um importantíssimo e aprofundado estudo sobre a prova, abordando-a como atividade, meio e resultado e enfatizando a formação do convencimento do julgador. Nessas perspectivas, após memoráveis lições, o insigne processualista lusitano definiu a prova como “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de fato é injustificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”.

Na doutrina sul-americana, em sua acepção comum, dizia Eduardo Couture<sup>474</sup> que a prova é a ação e o efeito de provar, e provar é demonstrar, de algum modo, a certeza de um fato, a verdade de uma afirmação. A prova seria, em todo caso, uma experiência, uma operação, um ensaio, dirigido a demonstrar a exatidão ou inexactidão de uma proposição. Um método de averiguação e de comprovação. No campo penal a prova seria, normalmente, averiguação ou pesquisa da verdade; no civil, a comprovação, demonstração, corroboração das proposições formuladas em juízo pelas partes. E salientava que os problemas da prova consistem em saber, primeiro: o que é a prova – seu conceito; segundo: o que se prova – objeto da prova; terceiro: quem realiza a prova – o ônus ou carga probatória; quarto: como se prova – procedimento probatório; e quinto: que valor tem a prova produzida – valoração da prova. Em sentido processual, ele

---

<sup>473</sup> *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa, 1961, p. 741.

<sup>474</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978, pp. 215-126.

sustentou que a prova era um meio de verificação das proposições que os litigantes formulam em juízo.

Já Paulo Saragoça da Mata<sup>475</sup> analisa a prova em sentido lógico ou filosófico, asseverando que significa um processo mediante o qual se estabelece que a conclusão se segue das premissas. Alguns autores incluem no significado de prova a dedução; outros restringem o significado à demonstração cuja conclusão é correta. Para efetuar uma prova, é necessário utilizar certas regras de inferência. Em nenhum caso, a prova baseia-se numa intuição da verdade de uma proposição. Já no sentido jurídico, defende que a prova surge funcionalmente definida no artigo 341º do Código Civil português, quando tal normativa afirma que a prova tem por função a demonstração da realidade dos fatos. Nessa base, a prova é a atividade de demonstrar a realidade de um fato, ou o resultado da demonstração de que determinado fato é real, respectivamente, a prova como atividade probatória no seio de um determinado processo e a prova como resultado daquela atividade.

No âmbito do Processo Penal, segundo Germano Marques da Silva<sup>476</sup>, modernamente a prova não tem por fim apenas a demonstração da realidade dos fatos. A prova, entendida como atividade, é também garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos fatos não há de procurar-se a qualquer preço, mas apenas por meio de meios lícitos, quer enquanto mediante a obrigatoriedade de fundamentação das decisões de fato permite a sua fiscalização por intermédio dos diversos mecanismos de controle que dispõe a sociedade.

Ainda, em direito estrangeiro, parece pertinente a lição de Santiago Sentís Melendo<sup>477</sup> a respeito do conceito jurídico de prova: “Se em sentido estritamente idiomático a prova consiste em credenciar ou verificar a bondade de algo, na ordem jurídica por prova não pode entender-se nada diferente disso. A prova judicial ou prova no processo (de qualquer das espécies que se trate) não pode consistir em mais que fazer bem algo”.

---

<sup>475</sup> *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*. Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coimbra, 2004, p. 224.

<sup>476</sup> *Curso de processo penal*. v.II. 4.ed.; revisada e actualizada. Lisboa/São Paulo: Editora Verbo, 2008, p. 78.

<sup>477</sup> *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA, 1978, p. 38.



Muitas definições da prova abrangem o caráter objetivo ou o caráter subjetivo, que advém dos ensinamentos de Mittermaier<sup>478</sup>. Importante novamente mencionar que, além dos critérios objetivo e subjetivo utilizados para conceituar juridicamente o termo prova, faz-se presente na doutrina uma noção tripartida de prova. Nesse diapasão, além de meio e resultado, a prova seria conceituada, ainda, como atividade, uma vez que seria também o conjunto de atos instrutórios realizados no processo (procedimento probatório), destinados à investigação dos fatos alegados pelas partes e submetidos à análise judicial<sup>479</sup>. Carlos Lessona<sup>480</sup> ensina que provar significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza de seu modo preciso de ser.

Na doutrina brasileira, Zaneti<sup>481</sup> constata que, muitas vezes, inclusive, na linguagem comum do povo, o termo prova é utilizado como próprio sinônimo de Direito, pois, como afirmam alguns. “se você tem prova, você tem Direito!”. Já Vicente Greco Filho<sup>482</sup> aduz que consiste a prova em: (a) todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém; (b) todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato.

Para Othon Sidou<sup>483</sup>, a prova seria “o meio legal empregado no processo para efeito de ministrar ao órgão julgante os elementos de convicção necessários ao julgamento”.

João Carlos Adalberto Zolandeck<sup>484</sup> afirma que “a prova tem por finalidade formar o convencimento do julgador, através de instrumentos capazes de levar ao conhecimento ou à verificação sobre os fatos que sustentam a pretensão, seja pelo prisma do autor, seja pelo prisma do réu.”

---

<sup>478</sup> *Tratado da prova em matéria criminal*. 2.ed.; Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.

<sup>479</sup> MARICÍ GIANNICO, *A prova no código civil: natureza jurídica*. Coleção Theotônio Negrão. GOUVÊA, José Roberto F.. Coord. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75.

<sup>480</sup> *Teoría general de la prueba en derecho civil*. v.1. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, p. 3.

<sup>481</sup> Ob. cit., p. 14.

<sup>482</sup> *Direito processual civil brasileiro*. v.2, 14.ed.; São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 179-180.

<sup>483</sup> *Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 2.ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 454.

<sup>484</sup> *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 84.

Tratando da doutrina brasileira contemporânea, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>485</sup> leciona que, em uma análise etimológica, o termo, derivado do latim *probatio*, significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que deriva do verbo – *probare* (probo, as, are) – significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar. Esse é um ponto de partida da análise do conceito do instituto, mas seguramente não o ponto de chegada. E continua afirmando que do próprio significado do termo “prova” já se percebe a possibilidade de sua utilização em diversos sentidos, sendo que, no campo processual, o termo é empregado em diferentes acepções, fator complicador de sua exata conceituação: a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se, nesse caso, com o próprio procedimento probatório; b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida; c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova; d) pode significar o resultado do convencimento do juiz.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>486</sup>, pode-se falar em prova como instrumento, como atividade das pessoas em juízo e mesmo como o resultado da compreensão jurisdicional das alegações de fato no processo. Mais especificamente, pode-se compreendê-lo como meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais.

No âmbito do processo penal brasileiro, Renato Brasileiro de Lima<sup>487</sup> leciona que, em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, prova tem vários significados. As acepções da palavra são basicamente três: a) prova como atividade probatória – consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento; b) prova como resultado – caracteriza-se pela

---

<sup>485</sup> *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 645-646.

<sup>486</sup> Ob. cit., p. 389.

<sup>487</sup> Ob. cit., pp. 453-454.

formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes; c) prova como meio – são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática.

A seu turno, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>488</sup> ensinam que, para uma adequada definição à figura da prova, antes de mais nada, impõe-se lembrar de que o conceito de prova não é, nem pode ser, encontrado exclusivamente no campo do direito. Ao contrário, trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos. Todavia, no seio do direito, a prova assume alguns matizes especiais que permitem sua observação particularizada.

Aqui, cabe advertir, como Andrea Proto Pisani<sup>489</sup>, que a palavra prova, em processo, mas também em outros ramos da ciência, pode assumir diferentes conotações. Pode significar os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental, pericial, etc. Também pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia de atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução, na mente de Proto Pisani). E finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento.

A definição de prova vem ligada, assim, à ideia de reconstrução de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer adequadamente sua função de julgar. Assim, por exemplo, manifesta-se Carlos Lessona<sup>490</sup>, dizendo que “provar, nesse sentido, significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhes a certeza do seu modo preciso de ser”. Nessa mesma linha, Liebman<sup>491</sup>

---

<sup>488</sup> Ob. cit., p. 57.

<sup>489</sup> *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 446.

<sup>490</sup> Ob. cit., p. 3.

<sup>491</sup> *Manual de direito processual civil*. v.1. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 318.

define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.

Em interessante construção, Satta e Punzi<sup>492</sup> distinguem a ideia de prova em duas situações específicas. Segundo esses autores, a prova pode ser enxergada sob dois aspectos: o estático e o dinâmico. Na primeira ótica (estática), a prova pode ser vista como o ente ou meio decisivo ou relevante para a certeza de um fato, constitui, nesse espaço, figura diretamente vinculada ao direito material, que tende à formalização das relações jurídicas. Já no sentido dinâmico, a prova é vista em relação à efetiva verificação de um fato, o qual ocorre, normalmente, no processo. Tal verificação pressupõe uma duplicidade de sujeitos: um que alega um fato (objetivamente, um fato alegado) e um que reconhece o fato (objetivamente, em juízo). O fato alegado torna-se certo por meio da representação que o primeiro determina e consegue determinar no segundo. Processualmente, a prova (como resultado) é esta representação, mas chama-se prova também a operação pela qual a representação tende a se determinar. As provas estaticamente consideradas pelo direito substancial são os meios ou as fontes da representação.

A respeito do conceito estudado, também merece alusão a ideia de Giovanni Verde<sup>493</sup>. Segundo ele, o conceito de prova, para a ciência jurídica, não pode ser buscado nas mesmas origens em que é encontrado para as ciências empíricas. É que a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial e a fixação de disciplina específica para o aporte de provas ao processo tornam essa noção diversa (e mesmo impensável) para outros ramos da ciência, que também tem sua atividade baseada na reconstrução de fatos. Partindo dessa premissa, Verde conceitua prova como sendo “todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos”. Seriam provas, nessa visão, todos os elementos que a lei autoriza possam restabelecer a verdade dos fatos e fixar a hipótese aventada pela parte para suportar certa consequência jurídica pretendida.

---

<sup>492</sup> *Diritto processuale civile*. 12.ed.; Padova: Cedam, 1996, pp. 219-220.

<sup>493</sup> *Prova (diritto processuale civile)*. Enciclopedia del diritto. v.37. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 589-590.

Por força da constitucionalização do processo civil, João Batista Lopes<sup>494</sup> entende que a prova pode ser caracterizada com um direito ou, mais precisamente, como uma garantia constitucional. Sob outra perspectiva, a prova é um dos aspectos essenciais do princípio do contraditório. É cediço que o contraditório ganhou maior elastério para compreender não só a informação e reação como também o diálogo e a participação. E o direito à ampla defesa foi constitucionalmente assegurado com a observação de que, diversamente do que ocorre no processo penal, no processo civil é suficiente possibilitar à parte o exercício da defesa, e não efetivá-la em todos os casos. De nada adiantaria a mera declaração formal do contraditório e da ampla defesa se não fosse garantido ao jurisdicionado provar fatos que embasam sua posição processual.

Joan Picó I Junoy<sup>495</sup>, reportando-se ao artigo 24.2 da Constituição Espanhola, expõe que o direito à prova se encontra intimamente unido ao direito de defesa, na medida em que este não é possível quando se impede as partes de apresentarem os meios para evidenciar suas alegações. O autor catalão indica, também, processualistas que sustentam o vínculo entre o direito à prova e o direito de ação assegurado pelo artigo 24.1 da Constituição Italiana, como Andrioli, Andolina-Vignera e Denti.

Para Juan Montero Aroca<sup>496</sup>, professor da Universidade de Valência, prova “é a atividade processual que objetiva alcançar a certeza do julgador sobre os fatos alegados pelas partes, mediante conhecimento psicológico do julgador ou normas legais que fixam os fatos”.

Ainda com referência ao direito espanhol, apresentando uma visão processualista da prova no processo civil, Rodrigo Rivera Morales<sup>497</sup> define a prova judicial como aquela que se desenrola no processo com garantia dos direitos processuais, contribuindo na formação da convicção do juiz, devido ao que dela é permitido verificar com relação aos fatos a que se refere.

---

<sup>494</sup> *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 49-58, pp. 50-51.

<sup>495</sup> *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Ob. cit., p. 38. Tratando da prova do direito civil no ordenamento jurídico espanhol vide ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, Coord. *Enciclopedia jurídica*. v.18. Madrid: La Ley, 2009, pp. 10337-10392.

<sup>496</sup> *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 59.

<sup>497</sup> Ob. cit., pp. 29-32.

Roland Arazi<sup>498</sup> define prova como “uma completa atividade dos sujeitos, encaminhada a demonstrar a existência ou as qualidades das pessoas ou coisas”.

Francesco Carnelutti<sup>499</sup> leciona que “provar não quer dizer mais a verdade dos fatos contestados, mas, determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante processos dados”.

Zinny<sup>500</sup> define prova como “resultado de um esforço que realizam as partes que intervêm no processo, destinado a proporcionar ao juiz os elementos lógicos que lhe conferem conhecimento sobre a existência ou inexistência dos fatos que constituem a plataforma fática alegada pelas partes, sobre a qual podem se assentar seus fatos. Em definitivo, é a atividade que realizam os sujeitos processuais para incorporar validamente ao processo, na forma e pelos meios previstos na lei ou admitidos pela jurisprudência, dados capazes de produzir no julgador um conhecimento certo ou provável sobre os fatos que as partes tenham afirmados como fundamentos fáticos de suas respectivas pretensões, a fim de serem posteriormente valoradas pelo julgador”.

Em suma, são infinitos os conceitos de prova. Poderíamos transcrever outras páginas e mais páginas desse termo de extrema relevância no âmbito do Direito; mas esse não é o nosso desiderato. Seja qual for o critério adotado, tenhamos sempre em mente que a expressão prova, no mundo jurídico, está intimamente relacionada à perquirição e busca da verdade. Esse é um ponto de crucial importância, pois essa constatação será utilizada com uma das justificativas para explicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas.

## 5.2. Função e objeto da prova

Tradicionalmente a função da prova vem sendo referida como a busca e o descobrimento da verdade. Nesse sentido, pronunciou-se a doutrina do século

---

<sup>498</sup> *La prueba en el proceso civil*. 3.ed.; Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 17

<sup>499</sup> *A prova civil: parte geral: O conceito jurídico da prova*. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Leud, 2003, p. 71.

<sup>500</sup> *Actividad probatoria*. Scritti in onore di Elio Fazzalari. Vol. III. Diritto Processuale. Processi Civili. Milano: Giuffrè Editore, 1993.

XIX, na esteira dos ensinamentos de Bonnier<sup>501</sup>, para quem “as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade”.

Mas existem inúmeras limitações humanas na busca da verdade que se tenha por absoluta. Impende assim assumir que o processo se configura conforme uma série de princípios que são tão importantes como a busca da verdade na hora de se demonstrar os fatos que serão tomados em consideração na sentença, a exemplo da atuação do juiz na condição de “terceiro” imparcial, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes. Cumpre afirmar que, no processo e na prova, necessariamente deve existir a intenção de se verificar, da maneira mais próxima possível da realidade, as afirmações fáticas feitas pelas partes, uma vez que a constatação dos limites impostos ao homem, bem como os princípios processuais que se lhe aplicam, simplesmente não pode levar a que se renuncie que a sentença se baseie num repertório de fatos provados que corresponda o mais adequadamente possível àquilo que realmente aconteceu.

Sob essa seara de interpretação, Montero Aroca<sup>502</sup> desenvolve ensinamentos sobre as funções da prova. A primeira seria a fixação dos fatos. A lei regula uma série de mecanismos que o julgador tem que utilizar como sistemas únicos para chegar a fixação dos fatos e essa fixação é a função das normas de direito probatório. Importa, naturalmente, o resultado que se alcance com o processo – o conteúdo da sentença -, mas também a forma como a este resultado se chegou. Pode-se afirmar que o fim – ou o conteúdo da sentença – não justifica os meios – ou, como a ela se chegou. A segunda função encontra-se ligada ao convencimento judicial. Chiovenda<sup>503</sup> dizia que a função de provar se resolve em “criar o convencimento do juiz sobre a existência ou a não existência de fatos relevantes ao processo”. No mesmo sentido, Mandrioli<sup>504</sup>, o qual ainda deixa claro que essa definição se mantém porque é a que se presta a críticas menores a partir do lado da relatividade da verdade atingível no processo. Por

---

<sup>501</sup> Citado por JUAN MONTERO AROCA, *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 501.

<sup>502</sup> *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Ob. cit., pp. 508-510.

<sup>503</sup> *Principios de derecho procesal civil*. v.2. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: 1925, p. 281.

<sup>504</sup> *Diritto processuale civile*. v.II. 15.ed.; Torino: 2003, p. 170. Ainda sobre a função da prova no direito italiano vide *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Ob. cit., pp. 13-14.

isso, partindo dessa relatividade, alude à função demonstrativa da prova contra a função persuasiva, o que se põe em relação com a motivação das decisões judiciais. A terceira e última função está ligada à certeza. Consciente o legislador das dificuldades em obter a verdade metafísica e a física, bem como de que o processo não pode deixar de estar sujeito a princípios e regras que o organizam, ele próprio reconduz a prova à certeza ou à existência de elementos suficientes para que se tenham provadas as afirmações fáticas pelas partes.

A persecução da pretendida verdade é muito mais grave do que pode parecer. Uma coisa é partir do pressuposto de que o normal é que, no processo civil, chegue-se à verdade de como ocorreram os fatos, ainda que em razão das limitações humanas e processuais, posto que essas limitações operam de um modo não geral, mas em situações de processos concretos. Outra, muito diferente, em que se entende que a justiça do caso concreto é atingida apenas quando se alcança a verdade objetiva, pois então a tentação leva a ignorar princípios essenciais do processo civil como os princípios do dispositivo e do contraditório. Também a respeito dessa temática, discorrendo sobre a finalidade, Hoyos<sup>505</sup> aduz que a prova é a “espinha dorsal do processo judicial e justo”.

Em princípio, a função da prova judicial é eminentemente privada. Como atividade tendente a demonstrar a existência e as qualidades dos fatos, das pessoas e das coisas, para levar o juiz à convicção sobre aqueles que conduzem à resolução do conflito, tendo as partes a responsabilidade e o interesse em produzi-las. Esse fim da prova pode se mostrar egoísta e se funda dentro do conceito de defesa do indivíduo, mediante seu adversário e eventuais abusos do poder decorrente da autoridade do Estado. Mas, uma vez satisfeito o interesse individual no processo, mostram-se múltiplas razões para assegurar que ao Estado interessa que o processo tenha sido uma manifestação concreta de justiça. A paz social perseguida pelo Estado por intermédio da função de administrar a justiça pode medir-se pelo grau de despreocupação que manifesta o cidadão com as questões judiciais. Essa despreocupação evidencia a sensação

---

<sup>505</sup> ARTURO HOYOS, *El debido proceso*. Bogotá: Temis, p. 20.



social de segurança e confiança nas instituições, que estão presentes quando o processo cumpre sua finalidade pública<sup>506</sup>.

Partindo-se das premissas já estabelecidas, Marinoni e Arenhart<sup>507</sup> afirmam ser possível dizer que a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de supedâneo para a incidência da regra jurídica abstrata que deverá reger o caso concreto, mas assume um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa realmente ocorreu, merece crédito. Trata-se de meio retórico porque – antes de se destinar à reconstrução de fatos (componente ideal intangível) – destina-se a estabelecer o diálogo entre as partes e o Estado-juiz, necessário para a “fixação dos fatos controvertidos”<sup>508</sup>.

Ressurge a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade ou não das proposições formuladas. Lembre-se que a verdade real é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade. A impositação da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.

Na esteira dos posicionamentos de Ivana María Airasca<sup>509</sup>, também nos parece oportuno distinguir entre fonte de prova, meio de prova, objeto da prova e argumento da prova. A fonte existe no mundo real e material, com independência e anterioridade ou concomitância com a existência de um processo; dela se extrai a prova que se pretende. O meio de prova é atividade regulada pela lei processual tendente a que o juiz adquira o conhecimento dos fatos que se intenta provar no processo, por intermédio do qual se pretende incorporar as fontes de

---

<sup>506</sup> MIRYAM BALESTRO FAURE, *La dinámica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 331.

<sup>507</sup> Ob. cit., p. 53.

<sup>508</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *A prova civil*. Ob. cit., p. 30.

<sup>509</sup> *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 127-128.

prova, validamente, ao processo ou, nos dizeres de Cláudia Sofia Alves Trindade<sup>510</sup>, todo o meio mediante o qual se auffle a verdade das premissas probatórias. Objeto da prova é o que se busca provar, quer dizer o que queremos e necessitamos provar em um determinado processo. O argumento da prova é aquilo que se extrai de um meio de prova produzido em determinado processo, para demonstrar a existência ou não de um determinado fato alegado no feito.

Por conseguinte, impende tratarmos agora do objeto da prova<sup>511</sup>. O objeto da prova são as realidades que precisam ser provadas para o acolhimento da pretensão deduzida em juízo, assim como para impedi-la. Logo, o objeto principal da prova são os fatos afirmados pelas partes que têm repercussão no julgamento final da querela, por serem imprescindíveis para o acolhimento ou para rejeição do pedido formulado pelo autor. São então os fatos controvertidos e úteis para a solução final da demanda.

Mas, o problema da prova não se coloca apenas em relação a fatos. Portanto, secundariamente pode ser objeto de prova o próprio Direito, em casos excepcionais, relacionados a uma determinada legislação específica que foge do âmbito de atuação do magistrado, por ser de outra esfera de competência, como por exemplo, o costume<sup>512</sup> e o direito estrangeiro. Assim, a máxima de que o juiz deve conhecer o direito não é absoluta, pois pode ser objeto de prova, além do costume e do direito estrangeiro, também o direito histórico e o direito não vigente<sup>513</sup>, os quais nem o cidadão comum nem o versado no direito tem obrigação de conhecer<sup>514</sup>.

Em juízo, são as partes que necessitam fazer afirmações de fatos que consubstanciam suas pretensões (de acolhimento ou rejeição do pedido), sendo certo que a prova somente pode incidir sobre os fatos afirmados pelas partes. Os fatos afirmados pelas partes devem ser comprovados no momento oportuno, sob

---

<sup>510</sup> Ob. cit., p. 45.

<sup>511</sup> Sobre o tema, vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 99-129; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Ob. cit., pp. 204-215.

<sup>512</sup> Tratando da prova do direito consuetudinário, ao analisar o art. 521º, do Código de Processo Civil português de 1939, vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 304-313.

<sup>513</sup> Nesse sentido, dispõe o art. 376 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 o seguinte: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

<sup>514</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de prova em processo civil*. 2.ed.; rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 49.

pena de preclusão. Ainda, somente serão objeto de prova os fatos afirmados por uma parte e impugnados pela outra, ou seja, fatos controvertidos que tenham relevância para o julgamento do pedido formulado<sup>515</sup>, excluindo-se do âmbito de apreciação da prova os fatos notórios<sup>516</sup>, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontrovertidos e os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade<sup>517</sup>.

Segundo a maioria da doutrina hodierna, somente os fatos controvertidos e relevantes para a solução do litígio devem ser objeto de prova. Diz-se que um fato é controvertido quando é afirmado por uma das partes e negado, impugnado, pela outra. Do mesmo modo, considera-se fato relevante aquele que tiver o poder de influir no julgamento de um conflito de interesses submetido à apreciação do Poder Judiciário<sup>518</sup>.

A relevância apresenta-se também como um atributo constitutivo da prova<sup>519</sup>. É relevante a prova que guarda relação direta com o fato jurídico porque é, obviamente, útil para o processo (a relevância da prova é coincidente com a relevância jurídica do fato – prova direta<sup>520</sup>). Mas, é também relevante a prova

---

<sup>515</sup> Nos termos do parágrafo único, do art. 370 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, *contrariu sensu*.

<sup>516</sup> Aqueles que são de conhecimento geral, consoante a lição de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., p. 259.

<sup>517</sup> Art. 374 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>518</sup> ZANETI, Ob. cit. p. 20.

<sup>519</sup> MICHELLE TARUFFO, *La prueba de los hechos*. Bologna: Editorial Trotta, 2002, pp. 364-378.

<sup>520</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit., p. 978, registra que, para determinada doutrina, a prova é direta quando o fato que constitui o objeto da prova é diretamente percebido pelo juiz, sem qualquer mediação (v.g. a prova por inspeção judicial); já a prova indireta é aquela em que o *thema probandum* é demonstrado por meio da medição de um outro fato. Ainda sobre o tema, na doutrina portuguesa, CLAUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, Ob. cit., p. 8, ensina que prova direta é aquela em que a verdade da proposição factual trazida a litígio por uma das partes se estabelece imediatamente através das premissas probatórias, sem necessidade de realização de mais inferências; e prova indireta é aquela que importa a realização de uma ou mais inferências, que medeiam entre as premissas probatórias e a proposição factual cuja verdade se pretende demonstrar. Por sua vez, LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, Ob. cit., pp. 17-18, leciona que na prova direta, o procedimento probatório consiste na contrastação empírica direta do enunciado fático que se prova e que, diversamente, na prova indireta o procedimento probatório permite alcançar o fato que se prova a partir de outro ou outros fatos mediante um processo inferencial. Esclarece, entretanto, que não deve atribuir-se tal relevância à distinção entre prova direta e indireta porquanto, do ponto de vista da sua estrutura, a maior parte das provas judiciais (incluindo as diretas) são indiretas ou indiciárias. As provas diretas produzem também apenas um resultado provável, mesmo que esse grau de probabilidade possa ser maior em razão do menor número de passos inferenciais que requerem. Para o mencionado magistrado português, o que distingue a prova direta da indireta é o número de passos inferenciais requeridos para estabelecer o *factum probandum*, inexistindo uma diferença ontológica, mas, sim,

indireta, isto é, extraída da formação de inferências a partir de um critério lógico estabelecido entre o fato secundário objeto da prova e o fato principal que precisa ser provado.

A valoração sobre a relevância da prova é realizada pelo órgão julgador de forma preliminar e com base em um critério hipotético, abstrato, que tem como ponto de apoio a relação que deve existir entre a hipótese fática controvertida e o meio de prova indicado. Essa avaliação da relevância da prova é feita mediante um juízo preliminar e abstrato, servindo para excluir *ex ante* a prova irrelevante e que resultaria inútil para a determinação dos fatos. É, na verdade, uma antecipação hipotética em duplo sentido: de um lado, leva-se em consideração a possibilidade de que a prova tenha um resultado positivo, ou seja, capaz de produzir elementos de conhecimento sobre o fato a determinar (prova direta). De outro lado, se a prova versar sobre fato secundário, é necessário formular uma segunda conjectura, que é a de pressupor que o fato secundário também provado constituirá a premissa de uma possível inferência relativa ao fato jurídico principal, por intermédio do uso das máximas de experiência (prova indireta)<sup>521</sup>.

Oswaldo Gozaíni<sup>522</sup> define o objeto da prova como aquele que consiste em um processo de constatação e confrontação que demonstra a existência real de um fato ou ato jurídico, asseverando que, quando a atividade se transfere para um processo judicial, o objeto se limita às alegações que as partes afirmam ou negam como suportes de suas respectivas pretensões.

A seu turno, José Lebre de Freitas<sup>523</sup> leciona que a “prova tem por objeto os fatos pertinentes para o objeto do processo”. Do seu objeto estão excluídos os

---

no grau de inferência, na estrutura, na medida em que o processo probatório indireto é complexo enquanto na prova direta é mais simples. Aduz, por fim, que com exceção da inspeção judicial, pode-se afirmar que toda e qualquer prova é sempre nalguma medida indireta. Tratando da classificação legal e doutrinal das provas, sob a égide do Código de Processo Civil português de 1961, com as alterações advindas do Decreto-lei nº. 242/1985, vide V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., pp. 440-443. Sobre a classificação das provas no Código de Processo Civil português de 1939, vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 241-243.

<sup>521</sup> ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, p. 170.

<sup>522</sup> *Los hechos y la prueba*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. n.13. Prueba – I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 19.

<sup>523</sup> *A acção declarativa comum*. Ob. cit., p. 181.

conceitos de direito. Ou seja, a prova tem por objeto a matéria fática – ocorrências da vida real, do mundo externo ou psíquico, virtuais, além das situações ou qualidade de coisas ou pessoas -, mas não a matéria de direito, consistente na indagação, interpretação e aplicação das normas jurídicas<sup>524</sup>. Da base instrutória, fazem parte os fatos controvertidos e aqueles que, apesar de não impugnados, não podem ser objeto de admissão.

Além de convencer o magistrado sobre quem tem razão mediante a apuração da verdade, temos conosco que uma das finalidades da prova consiste em convencer as próprias partes litigantes sobre quem tem razão em determinado conflito de interesses. Isso porque o que leva as partes à porta de um tribunal é o sentimento de razão que cada litigante tem acerca de determinado assunto. A impossibilidade de composição diante da intransigência de cada um sobre determinada matéria acarreta a necessidade de submeter a questão à apreciação de um juiz. Nesse sentido, não há como negar que a prova, além do fim de convencer o magistrado mediante a apuração da verdade, tem também a finalidade de persuadir as próprias partes (e, na medida do possível, confortá-las) a respeito de quem realmente está com a razão sobre determinado assunto levado à apreciação da autoridade estatal investida de jurisdição. Diante dessa proposta, a finalidade da prova é convencer o magistrado, bem como as partes litigantes, sobre quem tem razão, mediante a apuração da verdade.

Diante de tudo isso, resta evidente que o principal destinatário da prova, sob a perspectiva da função estatal de resolução do conflito mediante expedição de decisão justa, é o juiz. Logo, a prova realizada pelas partes tem como destinatário final o Judiciário. Entretanto, como anteriormente exposto, o julgador não pode ser considerado um mero receptor das provas produzidas pelas partes. Para o exercício de sua função, o magistrado pode e deve, no caso concreto, agir de modo originário ou suplementar com relação à realização das provas necessárias para a formação de sua convicção<sup>525</sup>. É a função social<sup>526</sup> do

---

<sup>524</sup> JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit., p. 542.

<sup>525</sup> Para um estudo aprofundado dos poderes instrutórios do juiz, vide JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit.

<sup>526</sup> Art. 8º do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Sobre o tema, na doutrina, vide WALTHER J. HABSCHEID, *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das*

processo em termos probatórios que empreende efetividade à atuação estatal, mediante poderes instrutórios conferidos ao juiz<sup>527</sup>.

Para além do juiz como destinatário da prova, o novo Código de Processo Civil brasileiro acabou por positivizar posicionamento doutrinário<sup>528</sup> segundo o qual a prova tem também como destinatário final os sujeitos parciais da relação conflituosa, na medida em que regulamentou a ação probatória antecipada autônoma sem o requisito da urgência, consoante exposto no artigo 381, incisos II e III, do referido estatuto processual.

Insta salientar ainda que o Enunciado 50, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis brasileiros, é no mesmo sentido: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”<sup>529</sup>. Nessa perspectiva, a prova não desempenha apenas o papel de formar o convencimento do juiz, mas, também, atua de forma relevante para a formação da convicção dos próprios sujeitos parciais, relativamente às suas chances de êxito em futuro processo (para demandar ou resistir). A ausência de elementos de prova preliminares, se não impede, dificulta esse propósito.

Na doutrina brasileira, impende também ressaltar os ensinamentos de Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>530</sup>, para quem o objeto da prova são as realidades que precisam ser provadas para o acolhimento da pretensão deduzida

---

*partes na direção e instrução do processo: direitos alemão e suíço.* Scientia Iuridica. t.41. n. 235/237. jan./jun., 1992, pp. 123-127.

<sup>527</sup> Nesse prisma, é interessante notar as observações pertinentes da doutrina de LUIZ FLÁVIO YARSHELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 117-136, no sentido de que o poder de instrução do juiz não é sempre o mesmo e depende de certas circunstâncias, entre as quais, a natureza da relação de direito material controvertido, ou seja, a presença ou não de direitos indisponíveis. Assim, a disponibilidade da relação de direito material reflete-se no processo na medida em que confere maior ênfase para o encargo das partes e, portanto, menor intensidade para a iniciativa probatória oficial. De outro lado, a indisponibilidade do direito material minimiza ou até anula os ônus das partes e, por consequência, torna mais intensa a atividade estatal, notadamente em relação ao poder instrutório do juiz. Além disso, a desigualdade substancial das partes também justifica maior grau de intervenção estatal na produção das provas; logo, autoriza uma atuação mais marcadamente ativa do juiz na instrução do feito, a fim de assegurar um equilíbrio entre as partes. A desigualdade no plano substancial é compensada por uma atuação ativa do julgador em termos probatórios, desde que essa hipossuficiência também se reflita na possibilidade de produção de provas pelos sujeitos parciais.

<sup>528</sup> LUIZ FLÁVIO YARSHELL, *Ob. cit.*

<sup>529</sup> Encontro dos jovens processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Salvador, Bahia, 08 e 09 de novembro de 2013.

<sup>530</sup> *Ob. cit.*, pp. 169-171.

em juízo, assim como para impedi-la. Logo, o objeto principal da prova são as alegações de fatos afirmadas pelas partes, que têm repercussão no julgamento final da querela por serem imprescindíveis para o acolhimento ou para a rejeição do pedido formulado pelo autor. Portanto, o objeto da prova são as alegações fáticas controvertidas, relevantes e úteis para a solução final da demanda.

Ainda na doutrina brasileira, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>531</sup> sobre a existência de controvérsia a respeito do que seja exatamente o objeto de prova, entendendo parcela da doutrina que são os fatos, enquanto outra parcela entende que são as alegações de fato. Para a segunda corrente doutrinária, o fato ocorreu ou não, existe ou não, enquanto a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras. Para a primeira corrente doutrinária, o objeto são os fatos, porque nem sempre o objeto de prova é constituído de alegações, bastando para tanto lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo magistrado, ainda que as partes não os tenham alegado no processo. O autor ainda defende que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 manteve a técnica empregada pelo revogado estatuto processual de 1973 no sentido de não fazer expressa menção à exclusão do objeto da prova dos fatos impertinentes e irrelevantes. Preferiu no artigo 374 manter as mesmas hipóteses do artigo 334 do Código de Processo Civil de 1973, prevendo como excluídos do objeto da prova apenas aqueles que, apesar da ausência de prova, serão ainda assim considerados pelo juiz na prolação de sua decisão.

Lado outro, também pode ser objeto da prova as máximas de experiência<sup>532</sup>, principalmente as técnicas que são de domínio profissional, isto é, especializadas. As máximas de experiência são juízos hipotéticos de

---

<sup>531</sup> *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 650-651.

<sup>532</sup> Para a doutrina de JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Ob. cit., além dos fatos e do direito, constitui objeto da prova também as máximas de experiência, porquanto, apesar de ser uma regra, as “máximas de experiência” são um juízo hipotético obtido de fatos ou circunstâncias concretas, que propiciam uma conclusão pelo julgador sobre a ordem normal dos acontecimentos que o juiz pode utilizar de forma razoável e, no caso de ser especializada e por isso desprovida de conhecimento pelo magistrado, as partes devem intentar sua prova. Sobre o tema, vide MAURÍCIO MARTINS REIS e RAFAEL CORTE MELLO, *O Novo Código de Processo Civil e as (re)definições tópicas dos fatos independentes de prova e das máximas de experiência*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 907- 928. Tratando do regime probatório das regras (máximas) de experiência vide CLÁUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, Ob. cit., pp. 1-36.

conhecimento geral, desligados do fato concreto que serão analisados pelo julgador, procedentes das experiências e cuja observação decorre de uma indução que está ao alcance do homem médio. Entretanto, quando as máximas de experiência são de ordem técnica, ou seja, relacionadas a uma determinada ciência especializada, o juiz não tem conhecimento sobre seu conteúdo e, portanto, torna-se objeto de prova a ser produzida pela parte<sup>533</sup>.

Por fim, há quem defenda que o objeto da prova não são os fatos, tendo em vista que não será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. O objeto seria então a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo<sup>534</sup>.

O novo Código de Processo Civil trata da questão probatória no Capítulo XII, denominado “Das provas”, entre os artigos 369 e 484, pertencente ao Livro I, Parte Especial, que se refere ao processo de conhecimento e do cumprimento de sentença.

É cediço que, no curso do processo, a prova ganha vital importância para o deslinde da querela, porque é por intermédio da análise dos elementos de provas produzidos durante a instrução processual que o órgão julgador vai buscar a verdade material dos fatos controvertidos alegados pelas partes e, com isso, fundamentar a formação de sua convicção. Por consequência, é por meio da valoração da prova produzida que se alcança a prolação de uma decisão justa que ponha fim ao litígio instaurado.

### **5.3. Fases da atividade probatória**

Nos sistemas processuais que admitem as medidas preparatórias, a atividade probatória pode começar antes da promoção formal da demanda e, em todos os casos, estende-se até a sentença, ato decisório final no qual o juiz, destinatário dessa atividade probatória, pronunciar-se-á sobre a pertinência, relevância e eficácia dos meios de prova produzidos.

---

<sup>533</sup> O novo Código de Processo Civil brasileiro, como novidade entre os meios de provas disponíveis (típicos), previu, inclusive, a prova técnica simplificada (art. 464, §§ 2º e 3º), em substituição à perícia (mas sem excluí-la), consistente na inquirição de um especialista sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

<sup>534</sup> RENATO BRASILEIRO DE LIMA, Ob. cit., p. 459.



Destarte, a atividade probatória que se desenvolve em um procedimento judicial é dividida em fases, que, nos termos da doutrina de João de Castro Mendes<sup>535</sup>, podem assim ser representadas: a) fixação do objeto da atividade probatória; b) fixação dos meios de prova; c) produção das provas e, d) apreciação das provas. Sob o ponto de vista prático-processual, as referidas fases apresentam-se de forma estanque e independente, até porque o juízo, no plano fático, aprecia as provas em todas as fases do procedimento<sup>536</sup>. Veja-se, por exemplo, que as partes limitam os fatos nos seus respectivos articulados (petição inicial e contestação) e postulam pelos respectivos meios de prova aptos à comprovação de suas razões fáticas. Já na fase de admissão desses meios de prova, o juízo realiza um exercício de valoração dessas provas pleiteadas, ainda que, sob o ponto de vista de sua admissibilidade no processo, o que não deixa de ser uma valoração probatória. De qualquer forma, para fins dogmáticos, a classificação das fases probatórias é relevante e tem seu valor prático.

Nesse diapasão, Miguel Teixeira de Sousa<sup>537</sup> afirma que, objetivamente, a livre valoração da prova é um princípio referente à interpretação da prova, mediante o qual o órgão julgador tem que ponderar sua convicção, razão pela qual, segundo o mencionado doutrinador, o momento da realização da prova é distinto do momento da valoração probatória, não podendo o órgão julgador, alegando possuir convicção certa sobre os fatos que lhe compete apreciar, interromper a atividade probatória das partes. Daí a necessidade da análise das fases processuais na atividade probatória<sup>538</sup>. Passa-se a ela, portanto:

1) Fixação do objeto da prova - É a primeira fase da atividade probatória e é feita, basicamente, pelas partes, por intermédio da apresentação dos fatos em seus respectivos articulados, que fixam livremente o objeto material do processo. O juiz, subsidiariamente, dispõe de poderes para assegurar a correspondência do objeto formal ao objeto material, eliminando da controvérsia todas as questões apresentadas pelas partes que não tenham relevância para a solução final do litígio. É vedada, portanto, qualquer inovação fática para abranger hipóteses ou

---

<sup>535</sup> Ob. cit., pp. 193-198.

<sup>536</sup> Nos termos da doutrina de MARIA CLARA CALHEIROS, *Verdade, prova e narração*. Revista do CEJ - Centro de Estudos Jurídicos. n.10. 2º sem., 2008, p. 293, “a prova não se restringe a um momento do processo, mas antes é objeto de permanente construção ao longo dele”.

<sup>537</sup> *A livre apreciação da prova em processo civil*. Scientia Iuridica. t.XXXIII, 1984, p. 123.

<sup>538</sup> ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, Ob. cit., pp. 184-187.

enunciados sobre matéria de fato que não tenha sido expressamente apresentada pelas partes.

2) Admissão dos meios de prova - Em sequência à fixação do objeto da prova, surge a necessidade lógica de escolha ou admissão dos meios de prova<sup>539</sup> ou instrumentos que sejam aptos e necessários para a demonstração da verdade dos fatos controvertidos alegados. É o ato de preparação da prova. Nessa fase probatória, existe a necessidade de ser realizado um juízo crítico pelo órgão julgador, que funciona como um filtro para a introdução da prova no processo: somente poderá ser admitida a prova que tenha pertinência, ou seja, potencialidade para aportar informações úteis e relevantes sobre os fatos controvertidos carentes de julgamento. Nesse prisma, por certo, não se admitem, regra geral, provas obtidas mediante violação dos direitos fundamentais, nem, tampouco, provas ilícitas.

Esse juízo de valor sobre a relevância e pertinência da prova é realizado em termos abstratos e *ex ante*. O julgador analisa a conveniência do meio de prova sugerido pela parte diante das características e circunstâncias fáticas narradas nos respectivos articulados, a fim de vislumbrar, abstratamente, se, sobre o referido meio de prova, existe uma potencial conexão lógica capaz de corroborar ou refutar algumas das versões apresentadas.

3) Produção da prova - A fase seguinte consiste na atividade processual destinada a materializar os meios de prova<sup>540</sup> necessários para demonstrar a existência ou inexistência dos fatos controvertidos relevantes para o deslinde da demanda. A produção da prova tem grande relevância para o deslinde final do processo, porque é com base na prova produzida durante a instrução que se ganha ou perde um litígio. Há necessidade, portanto, de que exista uma conexão lógica de inferência entre os enunciados fáticos apresentados e os meios de prova realizados, de modo que esse meio de prova produzido tenha uma

---

<sup>539</sup> Sobre relevância e admissibilidade dos meios de prova, vide MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 37-58.

<sup>540</sup> Sobre o tema, vide JOSÂE GARBERÂI LLOBREGAT, *Los medios de prueba en la Ley de enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Bosch, 2009. No pertinente, assevere-se que há também quem argumente que a decisão judicial pode ser utilizada como meio de prova em outro processo, podendo falar-se em “valor probatório do caso julgado”. Nesse sentido, MARIA JOSÉ CAPELO, *A sentença entre a autoridade e a prova em busca de traços distintivos do caso julgado civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

correspondência com o enunciado fático apresentado, confirmando ou refutando a versão apresentada.

É importante consignar, ainda, que os efeitos de uma decisão judicial sobre a matéria fática apresentada pelas partes estão limitados à verificação do conjunto de meios de prova produzidos e admitidos no processo, não se podendo valer o juízo de qualquer informação ou elementos de apoio que não estejam materializados no processo, isto é, a decisão judicial sobre os fatos controvertidos somente pode estar baseada em elementos de prova incorporados ao expediente judicial.

4) Apreciação da prova - O artigo 371 do novo Código de Processo Civil brasileiro<sup>541</sup> é de importância fulcral para estabelecer as regras de apreciação da prova pelo juiz e representa uma grande evolução em comparação com o sistema anterior, disciplinado no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, porque elimina de sua redação o vocábulo “livremente”, com o qual se justificavam decisões que não enfrentavam adequadamente a questão da apreciação da prova.

O momento da realização da prova, isto é, sua produção, é distinto do momento da apreciação da prova pelo órgão julgador. A apreciação da prova é a atividade que tem por fim extrair de cada um dos meios de prova realizados durante a instrução processual o máximo de conclusões concebíveis, destinadas a formar, no órgão julgador, a maior convicção de certeza possível do caso em concreto<sup>542</sup>. É, portanto, a etapa construtiva das fases da prova, porque envolve a análise dos meios de prova disponíveis no processo, constituindo o material cognoscível da decisão de fato e de direito. Essa apreciação, por parte do julgador, sobre o material probatório produzido ou trazido para o processo, envolve, necessariamente, duas operações: interpretar e valorar<sup>543</sup>.

Após o encerramento da fase de produção das provas, o juiz deve, com relação a cada um dos meios de prova produzidos durante a instrução processual,

---

<sup>541</sup> “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

<sup>542</sup> Apreciando o valor extraprocessual da prova penal na demanda cível, indicando linhas para a solução do problema, vide RUI PINTO, *Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução*. Colectânea de estudos de processo civil. PINTO, Rui. Coord. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 69-104.

<sup>543</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit. pp. 589 e ss.

determinar qual o resultado que se depreende dessa prova, ou seja, deve interpretar individualmente todos os elementos de prova promovidos, extraindo de sua realização a conclusão possível de seus efeitos. Isso deve ser realizado de forma isolada, retirando-se o conteúdo de cada prova produzida. Essa operação é chamada de interpretação da prova. Em seguida, estabelecido o resultado de cada meio de prova, o órgão julgador deve determinar o valor concreto que deve ser atribuído a cada prova, para a produção da convicção da certeza, o que necessariamente comporta uma decisão sobre a credibilidade da prova produzida. É a chamada operação de valoração da prova<sup>544</sup>.

A análise e as conclusões extraídas da interpretação e valoração dos meios de provas produzidos, que consubstanciam as razões da formação do convencimento do julgador, deverão estar obrigatoriamente indicadas na decisão. O artigo 371 utiliza o verbo no indicativo: “indicará” (o sistema anterior, no artigo 131, “deverá indicar”) que, conjugado em comunhão com o artigo 489, § 1º, I a VI, impõe o dever de que a fundamentação da decisão exponha o raciocínio utilizado para o convencimento.

Declarar que um determinado fato está provado ou não depende de um *standard* de prova acolhido, ou seja, está ligado ao nível de suficiência probatória que deve ser atingido (estabelecido) para se considerar um fato como provado e, portanto, apto a formar a convicção do órgão julgador. Isso tem relação com a medida de apoio ou de confirmação necessária para formar o convencimento do órgão julgador sobre a veracidade ou não de um fato controvertido alegado, e essa mensuração depende da natureza do direito material litigioso, não sendo uniforme para todos os tipos de demanda.

A valoração da prova tem por objeto constituir a derradeira conexão entre os meios de prova produzidos e a verdade ou falsidade dos enunciados

---

<sup>544</sup> Sobre a valoração da prova, vide MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 131-145. Vide também MICHELE TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970; JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit.; ANDRÉ ALMEIDA GARCIA, *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 59-89; e MICHELE TARUFFO, *Considerazioni su dubbi e verità*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 929- 940. Analisando a questão, no âmbito da doutrina peruana, vide RENZO CAVANI, *Verosimilitud, probabilidad: da lo mismo? Um diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 941- 959.

apresentados sobre os fatos em litígio. A valoração pretende estabelecer se as provas disponíveis para o julgador apontam alguma conclusão sobre o status epistêmico final desses enunciados e de fazer o que é grau<sup>545</sup>.

Extraordinariamente, a avaliação da atividade probatória pressupõe, também, uma valoração sobre o desempenho demonstrativo desenvolvido pelos demandantes perante o juízo (*judicium fit probatio*),<sup>546</sup> quer dizer, a conduta probatória desenvolvida pela parte, durante o curso da instrução processual, também tem relevância, ainda que secundária, para a formação da convicção do magistrado e para a solução da controvérsia apresentada.

Para a valoração da prova produzida, existem sistemas que se apresentam aptos e harmoniosos para tratar a questão, cuja pertinência mostra-se manifesta.

#### 5.4. Sistemas de valoração das provas

Toda apreciação da prova produzida pelas partes, durante a instrução processual, passa, necessariamente, pelo crivo da interpretação e valoração do julgador, sendo certo que esse sistema de apreciação da prova<sup>547</sup> pode ser conduzido por critérios legais ou judiciais.

A valoração da prova consiste em determinar o valor probatório alcançado em cada meio em relação a um direito específico e tem por objeto estabelecer, quando e até que ponto, pode ser considerada verdadeira sobre as bases probatórias, a alegação formulada pela parte relativa ao direito controvertido.

Importante ressaltar que, conforme os ensinamentos de Juan Montero Aroca<sup>548</sup>, os fenômenos da valoração e da apreciação da prova, apesar de se aproximarem, não são idênticos ou tidos como sinônimos, eis que apreciar tem

---

<sup>545</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p.132.

<sup>546</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A livre apreciação da prova em processo civil*. Ob. cit., p. 116.

<sup>547</sup> Para um estudo sobre a base histórica do direito probatório, vide GERHARD WALTER, *Livre apreciación de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, em especial o Capítulo II, pp. 9-98. Para um estudo específico sobre o esboço histórico dos sistemas de valoração da prova, vide JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit. Também ZANETTI, Ob. cit., pp. 43-48; ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 17-39; JEAN CARLOS DIAS, *A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil*. Revista do Processo. n. 107. São Paulo: jul./set., 2002, pp. 86-96; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Ob. cit., pp. 236-241. Tratando do tema, sob a égide do Código de Processo Civil português de 1939, vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 243-248.

<sup>548</sup> *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., pp. 589-590.

um significado mais amplo do que valorar. No fenômeno da apreciação das provas, estão implícitas atividades intelectuais que devem ser claramente diferenciadas ao se referir a um sistema de valoração das provas. A interpretação é realizada após a produção da prova, com relação a qual resultado se depreende dessa, considerada de forma isolada. Já a valoração consistiria em determinar o valor concreto que se deve atribuir com relação à certeza e credibilidade da prova, confrontada com os outros meios probatórios realizados.

A prova manifesta-se especialmente como uma fonte de conhecimento que influencia diretamente no convencimento do julgador. Entretanto, a determinação de como deverá o julgador laborar sobre o material probatório, integrante de um determinado processo, é questão que se enquadra na problemática atinente ao modo de valoração das provas.

Não obstante as divergências sobre o tema, verifica-se que, ao longo da evolução histórica, duas soluções foram apresentadas como as mais eficientes. Para uma, a valoração das provas resulta da aplicação de critérios pré-determinados em lei. Para a outra, a atividade valorativa deveria ser realizada mediante a íntima convicção do julgador. Cada uma delas originou um sistema próprio, valendo ressaltar, desde já, que o surgimento de outros sistemas de valoração das provas foi o resultado que, contemporaneamente, melhor solução apresentou ao problema. Passemos então à análise desses sistemas<sup>549</sup>.

#### **5.4.1. Sistema da íntima convicção**

O sistema da convicção íntima pecava pelo excesso, ao garantir ao julgador plena liberdade, não lhe sendo exigível justificar suas escolhas, podendo até mesmo julgar contrariamente à prova produzida no feito, caso assim lhe parecesse correto.

---

<sup>549</sup> Sobre o tema já tecemos comentários anteriores em artigo intitulado *A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração*. Revista Jurisprudência Mineira. Ano 65, v.208. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, jan.-mar., 2014, pp. 27-33. Analisando os sistemas no âmbito do processo penal, vide CARLOS EDUARDO DA SILVA SERRA, *A livre apreciação da prova no processo penal: uma reflexão sobre seus limites e possibilidades à luz da constituição*. Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2010; e GETÚLIO MARCOS PEREIRA NEVES, *Valoração das provas e livre convicção do juiz*. Relatório de mestrado. Lisboa: 1998.

Nesse sistema, o julgador é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas, não existindo qualquer regra que condicione esta pesquisa, tanto quanto aos meios de prova, como aos métodos de avaliação. Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos, contrário à prova colacionada ao processo pelas partes e ao princípio do contraditório. O magistrado fica totalmente descomprometido para formar seu convencimento.

O resultado probatório dependeria apenas e unicamente da consciência do magistrado, o qual poderia decidir pela impressão colhida por meio do processo, ainda que essa não fosse nem para ele próprio racionalizável<sup>550</sup>. Referido sistema poderia até mesmo ser entendido como irracionalista e intuicionista, dispensando a motivação da decisão sobre a prova, uma vez que essa pode ser intuitiva e, portanto, indemonstrável, inexteriorizável e informulável.

O magistrado é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas, e sua consciência não se encontra vinculada a qualquer regra geral no tocante à avaliação da prova. Portanto, pelo caminho da íntima convicção, poder-se-ia também atingir julgamentos pautados na irresponsabilidade e arbitrariedade, uma vez que o julgador poderia decidir sem ao menos motivar sua manifestação de forma consciente, deixando de expressar os motivos que o levaram àquela conclusão.

Apesar de seu desenvolvimento, a íntima convicção não nos parece um sistema adequado, tendo em vista a completa liberdade do julgador em decidir sem ter que demonstrar um raciocínio lógico e jurídico, baseado na verdade atingida por meio da dilação probatória. No atual ordenamento jurídico brasileiro, esse sistema não se aplica ao processo civil, tendo apenas incidência nos julgamentos perante o Tribunal do Júri, realizados no âmbito do processo penal, relativos aos crimes dolosos contra a vida e conexos, conforme o preceito fundamental previsto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

A exortação absoluta do sistema na íntima convicção reconduz a uma subversão sistêmica, na medida em que a decisão brotaria de um juízo inatingível.

---

<sup>550</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, Ob. cit., p. 306.

#### 5.4.2. Sistema da prova legal

O sistema da prova legal ou tarifada<sup>551</sup>, diametralmente oposto ao sistema da íntima convicção, baseia-se em um ponto central de total ausência de liberdade ao magistrado na valoração da prova, pouco importando seu convencimento no caso concreto, tendo em vista que é obrigado a seguir o estabelecido em lei no que se refere à carga de convencimento das provas.

É o sistema de prova que se justifica pela segurança jurídica. A valoração de cada um dos meios de prova produzidos encontra-se previamente regulada pela própria lei e, ao juiz, somente é possível sua aplicação, prescindindo-se de qualquer critério subjetivo na sua análise. A convicção extraída do meio de prova é imposta pela própria lei. Nesse sistema da prova legal, a constatação dos fatos é obtida mediante uma inferência dedutiva proporcionada pelo valor previamente fixado pelo sistema jurídico. O próprio ordenamento predetermina abstratamente o valor de cada meio de prova.

Significa conferir aos elementos probatórios valor imutável e prefixado, cabendo ao juiz uma aplicação mecânica<sup>552</sup> e autômata<sup>553</sup>, em que apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legalmente instituída, da qual o resultado surge automaticamente. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias e os juramentos.

Outro grande exemplo era dado pelo antigo processo germânico, com marcantes traços de superstição e religião. A prova representava, na realidade, uma invocação de Deus – ao julgador não cabia examinar o caso, mas tão somente auxiliar as partes a obter a decisão divina. A prova legal também predominou na Europa, no sistema romano-canônico, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida num conjunto de presunções, na tentativa de resolver tudo por meio da lógica escolástica.

---

<sup>551</sup> Tecendo comentários sobre a livre apreciação da prova *versus* prova tarifada, vide JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit., pp. 569-570.

<sup>552</sup> ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Ob. cit., p. 68.

<sup>553</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 378.



Segundo Taruffo<sup>554</sup>, durante muitos séculos, a história dos sistemas jurídicos da *civil law* baseou-se no sistema da prova legal para resolver os dilemas com a valoração das provas. Esse sistema de valoração fundava-se na aplicação de regras, elaboradas por legisladores ou juristas, que estabeleciam as prioridades, em termos genéricos, do valor de alguns tipos e meios de prova.

As regras existentes nesse sistema estabelecem os casos em que o magistrado deve ou não considerar provados os fatos e ainda se existe prova plena ou semiplena. Há um verdadeiro tarifamento das provas, uma vez que cada qual tem como que tabelado seu valor para determinado fato ou direito, do qual não há como o magistrado se furtar ao proferir sua decisão. O julgador não passa de mero aplicador da norma, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas. As regras legais de valoração devem ser tidas tanto como aquelas que determinam o valor de um determinado meio de prova, como também aquelas normas que indicam que um determinado direito só pode ser provado por um meio de prova específico<sup>555</sup>.

É comum defender-se que as origens desse sistema de valoração das provas se encontram nas ordálias, advindas do antigo sistema jurídico germânico, o qual era radicado na crença de que a intervenção divina se fazia presente em todos os acontecimentos humanos. Por intermédio do juízo divino, o homem se limitava a constatar o ocorrido, dando razão à parte que o próprio Deus teria dado razão anteriormente. Vislumbra-se, entretanto, que as ordálias baseavam-se, de um lado, na ignorância das relações de causa e efeito dos fenômenos naturais e, de outro, na superstição de que tudo dependia da vontade de Deus. Desenvolviam-se como um sistema de solução de conflitos ou em um sistema de valoração de provas sem suporte na realidade ou mesmo na efetiva valoração dos meios probatórios. Não existia qualquer atividade por parte do juiz na apreciação dos resultados da atividade probatória, totalmente destoante da realidade, eis que a parte ficava sujeita apenas à sorte ou ao azar, para a solução de seu conflito de interesses.

Defendendo a tese de que as primeiras manifestações da prova legal foram procedidas no Direito Romano, Código de Hammurabi e Lei das XII Tábuas, após

---

<sup>554</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 133.

<sup>555</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 593.

o desenvolvimento das ordálias, Jordi Nieva Fenoll<sup>556</sup> leciona que essas não representam um sistema de valoração das provas, mas apenas uma fase da valoração que não possui os elementos necessários a ser classificada como sistema.

Em sentido contrário, André Almeida Garcia<sup>557</sup> defende a autonomia do sistema das ordálias, asseverando que esse não se confunde com o da prova legal, historicamente posterior, e que veio, na verdade, para eliminar aquele sistema irracional, também conhecido como *juízo de Deus*, no qual não havia preocupação com a verdade, buscando-se apenas um resultado que indicasse o vencedor do litígio.

Nesse âmbito da prova legal, Juan Montero Aroca<sup>558</sup> também defende a presença da prova apriorística, que se primava no estabelecimento de uma série de regras que determinavam o valor de cada meio de prova, afastando-se filosoficamente e politicamente das ordálias, mas incentivando o desenvolvimento de um ambiente cultural no qual se pretendia limitar os poderes do julgador. As regras legais apresentavam-se como uma garantia do cidadão frente ao juiz, produto da desconfiança que imperava na época contra os julgadores, no que diz respeito à liberdade para se estabelecer os direitos que se consideravam provados.

O sistema da prova legal pretendia, ainda, em um período posterior de seu desenvolvimento, permitir que o legislador pudesse limitar o magistrado a realizar julgamentos com base nas máximas de experiência, evitando-se, assim, a arbitrariedade, fonte de resultados absurdos na apreciação da prova, que poderiam surgir em razão de posicionamentos discriminatórios do juiz em razão do sexo, religião, condição social, ou mesmo em razão dos próprios interesses dos poderosos e soberanos. Com as máximas da experiência legal<sup>559</sup>, o legislador

---

<sup>556</sup> Ob. cit., pp. 41 e 47.

<sup>557</sup> Ob. cit., p. 67.

<sup>558</sup> *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., pp. 597-598.

<sup>559</sup> Ao lecionar sobre as máximas de experiência legal e judicial e a presunção, LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, Ob. cit., p. 45, aduz que se as máximas estão assumidas e cristalizadas na lei, têm-se a presunção legal e se a sua formulação está cometida ao juiz, têm-se a presunção judicial. Também sobre o tema, ao defender a utilização das presunções judiciais e das regras de experiência para realização da prova quanto aos estados subjetivos, CLAUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, Ob. cit., pp. 1-9, apresenta argumentação rejeitando a presunção judicial como meio

estabelecia regras legais de valoração da prova orientando ao juiz qual das máximas de experiência poderiam ser aplicadas ao caso concreto, diminuindo seu âmbito de discricionariedade na escolha.

Há ainda quem defenda que o sistema da prova legal surgiu para limitar a livre apreciação da prova, sujeita a mais absoluta discricionariedade na apreciação do julgador que, por vezes, poderia levar à arbitrariedade e à injustiça das decisões. Procurou-se garantir segurança jurídica à população no que diz respeito à apreciação da prova.

Nesse sentido, a prova legal visava, sobretudo, afastar qualquer nódoa de arbitrariedade quando da prolação de uma decisão. De outro lado, consoante a lição de Malatesta<sup>560</sup>, ao apreciar a prova legal no sistema processual penal, ainda no início do século XX, esse vínculo de consciência imposto ao julgador, efetivado na obrigação de se subordinar ao valor genericamente atribuído pelo legislador a cada elemento de prova, aplicável a todos os casos, prescinde absolutamente da convicção do julgador, fazendo-o “descer não poucos degraus da altíssima cátedra em que o colocara”. Em razão de sua sujeição à autocracia ou monarquia, dos antigos regimes, sem levar em consideração a capacidade técnica do julgador, haveria, portanto, a nosso sentir, uma completa desvalorização da possibilidade de apreciação do caso concreto por parte daquele que, integrante do Poder Judiciário, tem por funções precípuas a aplicação do direito e a realização da justiça.

Certo é que, a partir do iluminismo, o sistema foi simplificado e, após as codificações, perdeu suas características de fenômeno cultural e doutrinário, ganhando feição normativa e deixando de ser um sistema, para compreender apenas alguns meios de prova, considerados em um sistema maior do livre convencimento<sup>561</sup>.

Nesse sistema da prova legal, em que o julgador desempenha papel de menor expressão, determinam-se os caminhos a serem trilhados pelo raciocínio dele, estando a escala valorativa dos meios de prova fixada em lei. Graças à

---

de prova e defendendo que trata-se de raciocínio lógico, o qual permite chegar à verdade de uma conclusão inferencial, realizado no momento da produção da prova.

<sup>560</sup> *A lógica das provas em materia criminal*. v.I. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1911, p. 8.

<sup>561</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*. v.2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 67.

evolução jurídica, na atualidade, o sistema já não é adotado em sua integralidade, restando apenas alguns resquícios de sua presença, a exemplo da expressão existente em alguns ordenamentos jurídicos de que “a confissão é a rainha das provas”.

Por ser o próprio legislador a estabelecer as regras de valoração da prova, o sistema legal de prova tem a virtude de criar segurança jurídica, na medida em que impõe um determinado resultado vinculado a um meio de prova específico, retirando do órgão julgador qualquer discricionariedade interpretativa e, por conseguinte, impedindo conclusões probatórias absurdas. A convicção do juiz sobre os fatos controvertidos não se forma espontaneamente como decorrência da função da atividade probatória realizada no processo, mas, sim, de um juízo dedutivo extraído da opinião que a lei faz previamente de cada um dos meios de prova que integram o Direito Probatório.

Como crítica ao referido sistema de valoração de prova, este, além de se filiar numa atitude de desconfiança em relação ao juízo crítico do julgador, consagra uma posição antinatural entre o conhecimento humano e o jurídico. Também, é notório que o sistema legal de valoração da apreciação da prova é restritivo, na medida em que não permite ao legislador, em sede de meios de prova, esgotar, prever e regular todas as inúmeras possibilidades da vida real.

O sistema processual brasileiro ainda dispõe, subsidiariamente, de algumas reminiscências da prova legal, notadamente em relação aos fatos cuja prova depende de alguma formalidade especial, como, por exemplo, o casamento, que somente é comprovado pela certidão expedida pelo Cartório de Registro Civil; a propriedade imobiliária, que deve ser provada pela certidão expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis; a morte, pela certidão de óbito, dentre outros.

#### **5.4.3. Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional**

No sistema da prova livre, o próprio julgador, por intermédio das diretrizes da lógica humana e segundo as regras da experiência empírica, é que irá valorar o resultado probatório de cada uma das fontes ou meios de prova produzidos pelas partes. Essas máximas de experiência, para aplicação no caso concreto, não podem estar codificadas e devem fazer parte da motivação da decisão

proferida<sup>562</sup>, como meio de controle apto a afastar qualquer arbitrariedade por parte do julgador. Assim, no sistema da livre apreciação da prova, a valoração da prova é discricionária, porquanto não vinculada à lei<sup>563</sup>.

No âmbito desse sistema, discute-se sobre a questão de que a absoluta certeza sobre os fatos ocorridos mostra-se quase inatingível pelo conhecimento humano, bastando ao julgador assentar sua decisão em juízos de probabilidade e verossimilhança, posição defendida por Castro Mendes<sup>564</sup>. Na esteira desse entendimento, Cláudia Sofia Alves Trindade<sup>565</sup> também defende que a apreciação da prova não é um meio de descoberta da verdade, mas um meio de demonstração da probabilidade de correspondência entre a hipótese fatural e a situação de fato real, assim como o é a coerência de uma rede de proposições.

Já no sistema no livre convencimento motivado ou persuasão racional, o julgador deve decidir a matéria fática mediante a convicção formada no confronto dos vários meios de prova. Após a colheita da prova e segundo uma análise racional, o julgador tira suas conclusões em conformidade com as impressões decorrentes das provas realizadas e das máximas de experiência<sup>566</sup> que forem aplicáveis ao caso.

Atualmente, o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro<sup>567</sup> é o da persuasão racional, também conhecido como do livre convencimento motivado, no qual o magistrado é livre para formar seu

---

<sup>562</sup> Por força do disposto no art. 489, § 1º, I a VI do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>563</sup> Nos termos da doutrina de JORDI FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97, nota de rodapé 65, SCHUM (1986, p. 826 et seq.) distingue cinco grandes escolas de pensamento (raciocínio) probatório para avaliar a prova: 1) a escola de Pascal/Bayes de probabilidade e incertezas; 2) a escola Bacon/Mill/Cohen de probabilidade indutiva; 3) a escola Shafer/Dempster das crenças não aditivas; 4) a escola de Zadeh de probabilidade e a inferência *fuzzy* e, por último, 5) a escola escandinava do valor probatório. A tese de SCHUM, segundo Ferrer Beltrán, é que nenhuma dessas referidas escolas é capaz de dar conta do modo geral de raciocínio probatório, sendo que cada uma delas é adequada para alguns dos tipos de inferências probatórias que compõem esse raciocínio.

<sup>564</sup> Ob. cit., pp. 321-327.

<sup>565</sup> Ob. cit., p. 2.

<sup>566</sup> Segundo CARLO FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940, pp. 153-154, as máximas da experiência permitem ao julgador avançar no terreno probatório, deduzindo um fato de outro, valendo-se de sua própria experiência de vida, das provas com valor legalmente fixado e nos critérios da uniformidade ou normalidade.

<sup>567</sup> Apresentando limitações ao livre convencimento motivado no âmbito do processo penal, no sistema jurídico português, vide GETÚLIO MARCOS PEREIRA NEVES, Ob. cit., onde o autor defende exceções ao livre convencimento quando a própria lei estabelece previamente um valor determinado a certas provas, obrigando o julgador a considerar tal limite, a exemplo da confissão judicial do arguido, dentre outras.

posicionamento, garantindo às provas o peso que entender cabível em cada processo, inexistindo hierarquia entre os meios de prova. Isso não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas que dará aos fatos alegados, de forma racional, a devida consideração diante do confronto com as provas produzidas.

A convicção do juiz vai se formando, paulatinamente, a cada produção probatória, e, ao final, a valoração racional da prova deve ser expressada por intermédio dos fundamentos da decisão, que se baseiem em critérios lógicos.

Persuasão racional ou livre convencimento motivado significa, assim, o convencimento do magistrado formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que o conduziram à decisão.

A decisão é fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo, devendo-se preferir a probabilidade lógica à probabilidade quantitativa. A verdade jurídica depende não da impressão, mas do raciocínio do juiz, que não pode julgar simplesmente segundo suas opiniões pessoais, mas segundo as regras da lógica de reconstrução da verdade.

Apesar de apreciar as provas livremente, o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira suas conclusões das provas colacionadas aos autos, ponderando sobre a qualidade e a força probante daquelas. Nesse sistema, o livre convencimento do julgador é limitado às provas dos fatos que foram realizadas no processo e pela racionalidade, eis que não se permite uma análise fulcrada em critérios irracionais, a exemplo da fé.

No sistema da livre apreciação racional da prova, o julgador dispõe de liberdade para estabelecer o valor probatório de cada meio de prova, sem qualquer travão legal de qualquer espécie. Entretanto, isso não significa que o julgador tenha a liberdade de valorar os enunciados fáticos de forma livre, ou seja, sem qualquer apoio em relação aos meios de prova disponíveis. Há necessidade de controle racional sobre os enunciados fáticos apresentados pelas partes, o que demanda a imprescindibilidade de se observar uma metodologia lógica, isto é, amparada em regras ou critérios científicos de valoração da prova a fim de se determinar a veracidade dos fatos controvertidos, de modo a afastar o arbítrio judiciário da apreciação da prova.

Quanto à evolução histórica, insta ressaltar que suas raízes mais remotas encontram-se no Direito Romano, mas deparando-se com sua recuperação e reutilização como regra na era moderna, em substituição ao sistema da prova legal, após a Revolução Francesa de 1789<sup>568</sup>. Em meados do século XVIII, já existia na Europa grande descontentamento com o funcionamento dos tribunais, especialmente quanto à apreciação das provas, no que diz respeito ao uso excessivo do sistema da prova legal. Nessa época, surgiu, na Inglaterra e na Itália, uma espécie de movimento contrário ao sistema de valoração legal da prova, o que resultou em sua total derrogação, ao menos em sede de processo penal<sup>569</sup>. Nesse ínterim, foi que Beccaria reclamou um valor de bom senso na valoração da prova em sede de processo penal, em sua mais célebre obra<sup>570</sup>.

Desenvolvido sob a influência das ideias do iluminismo, o livre convencimento veio suplantar o sistema da prova legal, que teve seu colapso em razão da cultura filosófica baseada no racionalismo, a qual abriu caminho para o desenvolvimento de outros métodos, o que também tem a ver com as profundas modificações estruturais na instituição do Poder Judiciário e do *status* da função de juiz. O sistema da prova legal era baseado em uma generalizada falta de confiança nos julgadores, muitas vezes corruptíveis ou até mesmo ignorantes, que tornavam perigosas as decisões a seu critério. Entretanto, o novo julgador, surgido após a Revolução Francesa e as reformas napoleônicas, apresentava-se como um agente público estatal, que desempenhava profissionalmente suas funções, decidindo de forma neutra e responsável.

Hoje, a liberdade do julgador constitui a regra, sendo excepcionada pelos casos em que a lei impõe determinada conclusão a ser tirada de certo meio probatório.

O livre convencimento sob a ótica dos ordenamentos jurídicos contemporâneos tende a viabilizar uma reconstrução dos fatos e, se necessário, do direito, por intermédio de um juízo de verossimilhança, baseado em um critério

---

<sup>568</sup> PAULO SARAGOÇA DA MATTA, Ob. cit., p. 234.

<sup>569</sup> JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., p. 71.

<sup>570</sup> *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 35 e ss.

de análise racional e confiável que espelhe uma aplicação lógica do direito, obrigatoriamente disposta na motivação da decisão<sup>571</sup>.

Assim, o princípio da liberdade da prova não pode corresponder a um critério de absoluta liberdade do julgador, que deve considerar a prova relevante em sua decisão, segundo limites de um ponto de vista desenvolvido a partir de um procedimento lógico a ser seguido para a reconstrução de um fato e do ponto de vista argumentativo, os quais deverão estar explícitos e verificados na fundamentação. Apesar de livre, o convencimento não pode limitar-se à aplicação de uma pura lógica formal, devendo se basear e fundamentar-se no campo da lógica dialética, da probabilidade e da verossimilhança, construído segundo a aplicação de um método lógico utilizado conjuntamente com os métodos da indução e dedução<sup>572</sup>.

A aplicação de um sistema assim entendido não se evidencia apenas na mera contraposição ao sistema da prova legal ou ao sistema da íntima convicção (que revela o livre convencimento imotivado), surgindo, antes, com intensidade e densidade próprias. O livre convencimento motivado não se caracteriza pela mera ausência de critérios pré-legais que presidiriam a valoração à prova, mas apenas um modo qualitativamente distinto de realizar essa valoração, cujo fundamento da decisão encerra-se na própria consciência do julgador, a qual deve ser formada atendendo-se a critérios lógicos aplicados à comprovação dos fatos no caso e à aplicação do direito a estes. Esse fundamento revelar-se-á, em suma, na motivação fática e jurídica realizada pelo julgador em sua manifestação decisiva.

Portanto, a liberdade da convicção não representa um “cheque em branco”<sup>573</sup> depositado nas mãos do magistrado julgador, que lhe permite decidir apenas segundo sua consciência, sem qualquer orientação pautada em critérios que exteriorizem o sentido valorativo de suas formulações, o que permitiria a tomada de decisões arbitrárias.

---

<sup>571</sup> ALESSANDRO IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè Editores, 2006, p. 42.

<sup>572</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>573</sup> ROSA VIEIRA NEVES, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 90.



Nesse ínterim, Cavaleiro de Ferreira<sup>574</sup> trata a livre convicção como um meio de descoberta da verdade, uma conclusão livre, subordinada à razão e à lógica, não limitada por prescrições formais exteriores. Já Figueiredo Dias<sup>575</sup> assevera que a liberdade na apreciação da prova nada mais é do que uma liberdade de acordo com um dever de perseguir a verdade (para ele verdade material), de tal sorte que essa apreciação, em concreto, há de ser reconduzível a critérios objetivos, susceptíveis, portanto, de motivação e controle.

#### 5.4.4. Sistema misto

Por fim, não obstante a existência dos três sistemas distintos, na doutrina italiana, Alessandro Iacoboni<sup>576</sup> defende a existência de um quarto sistema, tido por misto, no qual, com base no artigo 116, do Código de Processo Civil italiano, o juiz deve valorar a prova segundo sua prudente convicção, desde que a lei já não tenha estabelecido seu valor. O livre convencimento motivado, assim, não exclui a prova legal.

Na doutrina espanhola, Juan Montero Aroca<sup>577</sup> defende posicionamento semelhante, ao pretender combinar harmonicamente algumas regras da prova legal, com o sistema do livre convencimento. Ressalte-se que, conforme registros históricos, já no direito romano houve um misto entre prova legal e livre apreciação no sistema de valoração das provas, podendo falar-se em um sistema misto<sup>578</sup>.

Já da doutrina portuguesa, Rosa Vieira Neves<sup>579</sup> trata do tema como limitações impostas pela prova legal ao princípio da livre convicção, ou apreciação das provas.

Contemporaneamente, a doutrina brasileira também passou a desenvolver estudos sobre o tema, a exemplo do escólio de Ronaldo Souza Borges<sup>580</sup> que

---

<sup>574</sup> *Curso de processo penal*. v.II. Coimbra: Editora Danúbio Lda., 1956, p. 298.

<sup>575</sup> *Direito processual penal*. v.I, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 202-203.

<sup>576</sup> Ob. cit., pp. 06-07.

<sup>577</sup> *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 603.

<sup>578</sup> JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., p. 52.

<sup>579</sup> Ob. cit., pp. 92-104.

<sup>580</sup> *A convivência entre prova livre e prova legal: o sistema misto de valoração da prova*. Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2013. Consoante os ensinamentos do referido autor, a livre apreciação da prova não é absoluta no Brasil, existindo

defendeu a existência de um autêntico sistema misto no ordenamento jurídico brasileiro, referendado pelo artigo 335, do Código de Processo Civil, de 1973.

Em conclusão aos quatro sistemas expostos, argumenta-se que o sistema do livre convencimento motivado, ou livre apreciação da prova, demonstra-se, portanto, como aquele no qual a liberdade conferida ao julgador não é ilimitada, mas, sim, uma liberdade pautada na objetividade, uma vez que além da proibição de utilização de provas ilícitas ou ilegítimas, o magistrado deve pautar sua decisão com base nas provas trazidas ao processo, o que será demonstrado por meio da fundamentação de sua decisão<sup>581</sup>.

A livre apreciação da prova não autoriza, portanto, escolhas arbitrárias por parte do julgador. Não permite ao magistrado chegar a um resultado ao qual não tenha sido conduzido senão pelo próprio contexto probatório trazido ao processo, tampouco a evasão dos limites e das proibições estabelecidas pelo ordenamento jurídico no que tange à matéria de prova. Logo, não existe espaço para a livre apreciação das provas se essas foram obtidas em violação a direitos fundamentais da pessoa, infringindo proibições estabelecidas em lei, sem a necessária observância dos meios específicos previstos para sua produção, bem como nas situações em que o juiz utiliza, para sua decisão, provas diversas daquelas legitimamente obtidas no feito.

Os sistemas de valoração da prova legal e da prova livre definem o modelo de apreciação valorativa da prova pelo órgão julgador como sendo vinculativo (legal) ou discricionário (livre) em relação aos meios de prova apresentados. Entretanto, o sistema da prova livre não se apresenta como um critério positivo de valoração da prova, porque nada diz ou determina sobre como deve ser valorada a prova produzida. É totalmente silente quanto à forma ou modo de como deve ser valorada a prova produzida no processo, isto é, não se determina qual o

---

vários dispositivos legais que limitam a apreciação da prova pelo magistrado, estabelecendo presunções legais, limitando a admissibilidade ou disciplinando a eficácia de um determinado meio probatório, a exemplo dos arts. 319, 364, 365, 366, 378, 400 e 401, do Código de Processo Civil de 1973 e arts. 224 e 1.135, do Código Civil. Em suma, nesse sistema misto, referendado pelo art. 335, do Código de Processo Civil de 1973, incumbiria ao magistrado que, inicialmente, verificasse a existência de regra específica acerca da valoração de uma determinada prova, sendo que, apenas no caso de inexistência de referida norma, poderia ele apreciar livremente a prova, em consonância com o disposto no art. 131, do já referido Código de Processo Civil.

<sup>581</sup> Nesse sentido, vide CARLOS EDUARDO DA SILVA SERRA, Ob. cit., pp. 7-8.

critério de avaliação da prova e muito menos sua intensidade ou grau de aceitabilidade em relação aos resultados probatórios alcançados<sup>582</sup>.

A nosso sentir, em que pesem os argumentos contrários, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional apresenta-se como o mais adequado, razoável e efetivo, por garantir ao julgador a possibilidade de apreciar o conjunto probatório de forma livre, desde que reste demonstrado na decisão judicial a racionalidade do critério adotado, sendo ele, inclusive, adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

### 5.5. A valoração racional da prova

No exercício da função jurisdicional, a atividade de valoração da prova<sup>583</sup> é exclusiva do juiz e constitui-se no modo final de proceder à interpretação dos meios de prova disponíveis para a formação do convencimento. É um pressuposto para atingir o resultado do convencimento judicial. A valoração da prova está intimamente vinculada ao convencimento judicial<sup>584</sup>. Nessa seara, ensinam Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora<sup>585</sup> que “o problema da apreciação (do valor) dos meios probatórios constitui, sem dúvida, um tema distinto da seleção ou admissibilidade dos meios de prova. Uma coisa é saber que elementos admite a lei possam ser utilizados como instrumentos de persuasão do juiz acerca da existência de um facto e outra coisa é apurar o valor que revestem, para a formação da convicção do julgador, os meios probatórios admitidos.”

Por isso a doutrina de Marina Gascón Abellán<sup>586</sup> é peremptória em afirmar que, no modelo cognocitivist e racional de valoração da prova, em que a fixação dos fatos controvertidos assume um carácter probabilístico sobre os resultados

---

<sup>582</sup> A questão de não existir regras de direito para a valoração da prova com o objetivo de formar o convencimento judicial foi abordada, com propriedade, por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, em artigo intitulado *Sobre prueba y motivación*, inserido na obra coletiva *Consideraciones sobre la prueba judicial* de TARUFFO, Michele/ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto/ CANDAU PÉREZ, Alfonso, 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 47-96.

<sup>583</sup> Sobre valoração da prova, vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum*. Ob. cit., pp. 187-189; e LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, Ob. cit., pp. 135-140.

<sup>584</sup> Nesse sentido, vide SALVATORE PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*. Rivista di Diritto Processuale Civile. v.40, 1985, p. 486.

<sup>585</sup> Ob. cit, p. 468.

<sup>586</sup> *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. 3.ed.; Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 142-143.

alcançados pela prova, o sistema de livre apreciação da prova não pode ser interpretado além de seu real significado: um princípio metodológico negativo, justamente porque não impõe critérios de valoração da prova. Apenas indica que o juízo de análise sobre o valor da prova é feito de forma livre pelo julgador, ou seja, não são predeterminados valores pelo próprio sistema. Entretanto, não se impõe um método para análise desses meios de prova e nem tampouco se estipula uma intensidade ou um grau de aceitabilidade que seja mínimo para se considerar um fato como provado ou não.

É certo, entretanto, que a valoração está centrada no conceito de prova como resultado. Um enunciado está provado quando os elementos de apoio (meios de prova) disponíveis no processo corroboram a versão fática apresentada na medida ou intensidade suficiente para considerar um fato como verdadeiro. Inversamente, um enunciado fático será considerado falso quando os meios de prova demonstram que ele é inexistente ou porque não existem meios de prova que o apoiem ou, ainda, existindo os meios de prova, estes não são suficientes para justificar uma conclusão sobre sua verdade com relação aos fatos litigiosos.

Dessa forma, entende-se que a valoração jurídica da prova necessária para a decisão sobre a matéria fática controvertida no processo demanda análise preponderantemente específica do julgador, limitada à racionalidade da prova, abstraindo-se, na medida do possível, qualquer enfoque psicológico e intuitivo. Portanto, é um trabalho intelectual do julgador por meio do qual são analisadas e estimadas as provas produzidas<sup>587</sup>, de modo a permitir extraírem-se conclusões sobre a matéria fática relevante para o deslinde do processo.

O esquema de valoração racional da prova demanda, necessariamente, a adoção de um modelo probabilístico por parte do órgão julgador, daí o caráter subjetivista da análise da prova no caso concreto e a configuração da possibilidade de se realizar operações lógicas controláveis em relação ao conteúdo da decisão de fato firmada. O modelo a ser adotado é o da probabilidade lógica indutiva, que é apoiado nas causas. A probabilidade de uma hipótese fática é baseada em sua conexão lógica com as provas produzidas por

---

<sup>587</sup> No direito português, tratando dos graus de convicção do julgador na apreciação do conjunto probatório, tecendo considerações sobre a prova bastante, a prova plena e a prova pleníssima, vide JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit., pp. 567-569.

meio de regras gerais, sendo possível aferir-se o grau de apoio (indutivo) que essas provas proporcionam à hipótese fática. Nesse caso, probabilidade tem o significado prático de demonstrabilidade. Dizer que uma determinada situação fática é provável significa afirmar que é demonstrável pelas provas, isto é, que é possível fundamentar a mencionada hipótese fática mediante inferências construídas com as provas produzidas, ou seja, com os elementos de apoio probatório disponíveis no processo.

A concepção racionalista da valoração da prova como método de raciocínio desenvolvido para a formação da convicção do órgão julgador tem como doutrina inspiradora a obra de Lawrence Jonathan Cohen<sup>588</sup>, sistematizada na chamada “probabilidade indutiva”, ou seja, o resultado probatório valorado deve ser consequência da demonstração dos fatos alegados pelos meios de prova disponíveis (extrai-se, portanto, qualquer inferência intuitiva por parte do julgador).

Em doutrina autorizada sobre a matéria, Marina Gascón Abellán<sup>589</sup>, ao analisar o modelo de probabilidade indutiva de Cohen, afirma que não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese fática, sendo necessário, também, que permitam excluir hipóteses alternativas. A racionalização da valoração da prova por intermédio do conceito de grau de confirmação está inserida num processo hipotético indutivo de aquisição de conhecimento que se desenvolve por meio das sucessivas confirmações das hipóteses fáticas e da submissão às respectivas refutações<sup>590</sup>.

A aceitabilidade da hipótese fática está condicionada à sua confirmação pelos elementos de prova disponíveis, seu grau de confirmação e à sua resistência à contraprova ou não refutação. Assim, uma hipótese fática pode ser considerada aceita como provada se não for refutada pelas provas disponíveis e estas tenham como provável sua confirmação. Como não existem instrumentos

---

<sup>588</sup> Nesse sentido, vide JORDI FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Ob. cit., pp. 121-138; MARINA GASCÓN ABELLÁN, Ob. cit., pp. 155-158; JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., pp. 102-107; MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 32-33; e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, Ob. cit., p. 52.

<sup>589</sup> Ob. cit., pp. 155-167.

<sup>590</sup> No mesmo sentido é a doutrina de MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 139: para considerar-se um enunciado fático controvertido como a melhor opção, ou seja, como correspondente à verdade, há necessidade de que não seja somente mais provável que todas as outras versões sobre o mesmo fato, mas, em si mesmo, que seja mais provável que sua própria negação, isto é, que a versão positiva de um fato seja em si mesma mais provável que sua versão negativa simétrica.

matemáticos que meçam essa probabilidade fática, o juízo valorativo da inferência realizada deverá estar baseado no grau de confirmação e na credibilidade dos meios de prova disponíveis<sup>591</sup>.

Propõe então a respeitada autora que, segundo o grau de confirmação, a probabilidade indutiva aumenta ou diminui com:

a) o fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expressado pela regularidade causal ou máximas de experiência utilizadas – quanto mais preciso e seguro for o tipo de conexão entre a hipótese fática e o meio de prova, maior será o grau de confirmação da hipótese; ao contrário, somente se obterão confirmações frágeis quando as conexões sejam genéricas, vagas e imprecisas, portanto, de incerto fundamento cognoscitivo. Daí a conclusão da autora, segundo a qual o grau de probabilidade de uma hipótese é diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade expressado pelas regularidades ou máximas de experiência usadas na sua confirmação.

b) qualidade epistemológica das provas que confirmam a hipótese – se uma prova é frágil ou débil, o grau de confirmação que se atribui à hipótese não pode estimar-se alto, por mais fundada que esteja a regra de conexão entre o meio de prova e a hipótese. Dessa forma, tem-se, ainda, que a qualidade epistemológica da prova direta, ou seja, constatada pelo juiz sem a intermediação de inferências, ou da prova dedutiva, como acontece com muitas provas científicas, é tendencialmente maior que a qualidade epistemológica de uma prova indireta, amparada em hipóteses extraídas de um juízo indutivo. A análise aqui é da credibilidade da prova.

c) o número de passos inferenciais que compõem a cadeia de confirmação – a probabilidade de um enunciado fático controvertido não depende somente da qualidade epistemológica das máximas de experiência usadas e das provas que a confirmam, sendo, ainda, necessário avaliar o número de passos inferenciais que

---

<sup>591</sup> “A demonstração da realidade a que tende a prova não é uma operação lógica, visando a certeza absoluta (a irrefragável exclusão da possibilidade de um facto não ter ocorrido ou ter ocorrido de modo diferente), como é, por exemplo, o desenvolvimento de um teorema nas ciências matemáticas. Nem essa demonstração se opera as mais das vezes, à semelhança do que sucede com as análises médicas ou os exames efectuados nos laboratórios das ciências naturais, através da observação directa ou da reconstituição dos factos, com o fim de facultar ao julgador a percepção dos seus resultados.” V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., p. 435.

compõem a cadeia de confirmação, isto é, o número de passos intermediários que separam os enunciados fáticos das provas que os confirmam. E, nessa esteira, a probabilidade de uma hipótese fática é menor quanto maior o número de passos inferenciais que compõem o procedimento probatório que conduz à sua confirmação<sup>592</sup>.

d) a quantidade e variedade dos meios de prova – nos termos da doutrina analisada, como a probabilidade indutiva de uma hipótese fática é equivalente ao seu grau de confirmação pelo conjunto de conhecimentos disponíveis, quanto maior o número de confirmações, maior será sua probabilidade de ocorrência. Da mesma forma, quanto maior for a variedade das provas que confirmam determinada hipótese fática, maior será sua probabilidade de ocorrência. Logo, a probabilidade de uma hipótese fática aumenta com a quantidade e a variedade das provas que a confirmam.

Como o esquema racional valorativo do grau de confirmação das hipóteses fáticas está assentado também em procedimento de eliminação das hipóteses alternativas, ou seja, submissão da hipótese fática ao critério de sua não refutação, outra importante regra epistemológica decorrente é a imprescindibilidade da contrariedade, isto é, a necessidade de se oferecer a possibilidade de refutação das hipóteses. Em outras palavras: efetivo contraditório.

Em resumo, sustenta a autora, com razão, que o juízo de aceitabilidade de uma hipótese fática é um juízo sobre sua aceitação e sobre sua não refutação, de maneira que, se a hipótese fática não for confirmada pelas provas disponíveis, deva ser descartada. Entretanto, se for confirmada, deve-se submeter ainda ao critério de refutação, examinando-se os possíveis fatos que, se existissem, invalidariam ou fariam a hipótese menos provável. Se, finalmente, a hipótese não resulta refutada, porque inexistem provas nesse sentido ou são insuficientes, pode-se, então, entender verificado o fato. Se, ao contrário, tais provas existem e são suficientes, o fato deve ser abandonado.

---

<sup>592</sup> Nesse mesmo sentido, vide MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 141.

Dessa forma, na esteira da lição de Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>593</sup>, entende-se que é esse o modelo adequado a ser utilizado para a valoração das provas disponíveis no processo.

Ainda sobre a discussão probatória, impende argumentar sobre a lição de José Lebre de Freitas<sup>594</sup>, no que se refere à distinção entre direito probatório material e direito probatório formal. Para demonstrar a existência de um direito subjetivo, há que provar o fato de que ele deriva. Se a prova não existe, o direito, não podendo ser reconhecido por terceiros, perde praticamente o seu valor, tudo se passando como se ele próprio não existisse. A prova, sem a qual não há certeza de que o fato se verificou, condiciona assim o valor prático do direito subjetivo, sendo íntima a ligação entre ela e o direito. Essa constatação aponta para a natureza substantiva do meio de prova. O direito probatório material contrapõe-se ao direito probatório formal, cuja sede é o Código de Processo Civil. Trata-se do conjunto de normas que regem os chamados procedimentos probatórios, sequências de atos processuais que, respeitando a utilização da prova em juízo, iniciam-se com a prática de atos comuns aos diversos meios de prova e continuam com atos próprios de cada meio de prova. No seu núcleo específico (admissão e produção), o esquema do procedimento probatório varia consoante o meio de prova produzido no processo (prova constituenda) ou fora do processo ao qual é subseqüentemente trazido (prova pré-constituída).

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a prova é um instituto que se encontra intimamente ligado à busca e à descoberta da verdade no processo. E, nesse caso, estamos justificados em dizer que os tribunais deveriam estabelecer a verdade dos fatos em litígio e que a verdade deveria ser determinada tomando como base os meios de prova relevantes e admissíveis. Por conseguinte, os elementos da prova deveriam se conceber como um meio que pode e deveria ser empregado para situar a verdade dos fatos relevantes a decidir, para lograr uma das metas fundamentais da administração de justiça<sup>595</sup>.

Uma ótima forma de harmonizar as perspectivas divergentes gira em torno de que a conjectura de que a melhor solução plausível de uma controvérsia entre

---

<sup>593</sup> Ob. cit., p. 194.

<sup>594</sup> *A acção declarativa comum*. Ob. cit., pp. 189-198.

<sup>595</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 20.



os demandantes é uma decisão apropriada e correta, que se baseie ao menos em juízo verdadeiro incidente sobre os fatos do caso.

Desse ponto de vista, a verdade dos fatos em litígio não é um objetivo em si mesma nem o propósito final do processo civil. É mais uma condição necessária (ou um objetivo instrumental) de toda a decisão justa e legítima e, em consequência, de qualquer resolução apropriada e concreta da controvérsia entre as partes<sup>596</sup>.

Michele Taruffo<sup>597</sup> expõe, com a propriedade que lhe é peculiar, que a função do processo é bem mais que apenas decidir a controvérsia instaurada com o litígio apresentado pelas partes. A função do processo é resolver o litígio por intermédio da emissão de decisões justas. E a justiça da decisão<sup>598</sup> não pressupõe apenas a legalidade da decisão, isto é, sua derivação de uma interpretação e aplicação correta das normas, mas, também, sua veracidade, ou seja, a comprovação dos fatos relevantes, porque nenhuma decisão poderá ser considerada justa se fundada em uma concepção falsa ou errônea sobre os fatos controvertidos alegados.

Daí a importância da prova para a resolução da demanda. É por intermédio da prova que se apura a ocorrência ou não de um fato controvertido. O corolário dessa importância é a necessidade de sua definição.

Não constitui objeto da presente investigação uma interpretação sistemática de toda a doutrina sobre a prova e seus inúmeros pontos divergentes em relação à sua definição. Para o deslinde deste trabalho, como alhures exposto, a prova deve ser entendida como o conjunto de atos, ou seja, atividade destinada a demonstrar a veracidade dos fatos controvertidos alegados pelas partes em juízo, que tem como objetivo obter a convicção psicológica do julgador a ponto de ser acolhida ou rejeitada a pretensão deduzida em juízo.

A função probatória é demonstrar a veracidade de um fato afirmado pela parte. Toda a atividade desenvolvida no curso da instrução processual tem como

---

<sup>596</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 23.

<sup>597</sup> *Consideraciones sobre prueba y motivación*. Consideraciones sobre la prueba judicial. TARUFFO, Michele/ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto/ CANDAU PÉREZ, Alfonso. 2.ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 28.

<sup>598</sup> Sobre a questão da busca da solução justa no caso concreto, vide KARL LARENZ, *Metodología da ciência do direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 190-258.

objetivo o reconhecimento da verdade para a realização da boa administração da justiça, uma vez que a função jurisdicional somente será exercida a contento e de forma legítima na medida em que tenha como finalidade a busca de uma aproximação real entre o conteúdo decisório extraído do processo e a verdade do caso concreto. Em suma, diante da relatividade dos fatores em jogo, a finalidade do processo deve ser a aproximação mais exata possível da verdade objetiva e da justiça.

## 5.6. Ônus da prova ou carga probatória

Dentro de um vasto repertório de ônus processuais, incumbe um papel de especial relevância ao ônus probatório<sup>599</sup>, também conhecido como carga probatória, o qual determina, recordando as chamadas “regras da prova”, aquelas que identificam quem deve provar certo direito, fato ou circunstância. Certo está que referidas regras só resultam em maior importância quando da ausência da prova eficaz para suscitar a certeza ao julgador. Pois, em tal caso, o tribunal julgará contra quem deveria ter provado e não o fez<sup>600</sup>.

---

<sup>599</sup> Sobre o tema, vide CAMILA MATTOS PAOLINELLI, *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; MIRANDA NETTO, *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; e CAMILO JOSÉ D'ÁVILA COUTO, *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização – teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2016. Tratando do ônus da prova no direito italiano, vide *Enciclopedia del diritto*, Ob. cit., pp. 625-649; ROSARIA GIORDANO, *L'istruzione probatoria nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 4-55; e LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 246-291. No direito espanhol, vide RODRIGO RIVERA MORALES, Ob. cit., pp. 127-158. Abordando o ônus da prova no processo penal, vide SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS, *O ônus da prova na ação penal condenatória: aspectos principiológicos e jurisprudenciais*. São Paulo: Empório do Direito, 2016; e FELIPE SOARES TAVARES MORAIS, *O Ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Revista de Concorrência e Regulação. a.6. n.23-24. Coimbra: 2015, pp. 359-392. Sobre o ônus da prova no processo do trabalho, vide ÁLVARO DOS SANTOS, *Ônus da prova no processo do trabalho brasileiro*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 1999; MANUEL GARCÍA FERNANDÉZ, *Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo*. Revista Española de Derecho del Trabajo. n.15. Civitas. jul./sep., 1983, pp. 375-412; JOSÉ LUCIANO CASTILHO PEREIRA, *A questão da distribuição do ônus da prova*. Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. n.4. 1995, pp. 143-156; FERNANDA PORTELA FERREIRA, *Intervenção do ônus da prova e o princípio da proteção*. Revista do Curso de Direito da UNIFACS. v.15. Porto Alegre: 2005, pp. 189-193; e GEORGE FALCÃO COELHO PAIVA, *A distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade prática no processo do trabalho à luz do que consta do projeto do novo CPC*. Revista da Esma 13. a.5. n.5. João Pessoa: 2012, pp. 73-84.

<sup>600</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Zavalía, 1970, p. 426. Nesse sentido, também é a lição de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., p. 271, que ensina que a regra pode assim enunciar-se: na falta ou insuficiência de provas, o julgador rejeita a pretensão deduzida pela parte à qual incumbia fazer prova ou sobre a qual deva entender-se que recaia, no caso concreto, o *onus probandi*.

O ônus da prova nem sempre atinge a mesma forma de expressão nos diferentes sistemas jurídicos<sup>601</sup>. Para retornarmos um pouco mais no tempo, lembramos que Kaser<sup>602</sup> ia identificando normas de ônus da prova no processo romano na *legis actiones*, em concreto na *actio in rem per sponsionem*, na qual se obrigava o demandante a provar sua propriedade sobre a coisa, perdendo o processo em caso contrário, sem que o demandado tivesse que provar nada. O mesmo ocorria no processo de *manumisión* da mesma época, em que o demandado ganhava o processo se o demandante não provasse suas alegações. Já Suzana Santi Cremasco<sup>603</sup> defende que o conceito de *onus probandi* ou carga da prova surgiu no *Corpus Iuris Civiles* do direito romano, e, já naquela época, fazia-se necessário estabelecer critérios para distribuição do ônus da prova, porque, de um lado deveria haver alguém responsável pela produção da prova e, do outro, alguém que suportaria as consequências respectivas caso as provas não fossem produzidas.

Nas palavras de Miguel y Alonso<sup>604</sup>, os princípios de direito romano são referidos em textos casuísticos, isto é, com referência a casos concretos e que, generalizados, não expressam nada, sendo o equívoco de sua interpretação pela doutrina medieval responsável pelas máximas de repartição do ônus da prova - *afirmanti non neganti incumbit probatio* e *negativa non sunt probanda*. No mesmo sentido, Chiovenda<sup>605</sup> considerou os princípios do direito romano no que toca à repartição do ônus da prova como insuficientes e inaceitáveis, na medida em que se tratam de princípios enunciados para um caso concreto, que, generalizados, nada querem dizer.

Entretanto não podemos negar a importância dos critérios romanos para a compreensão no direito moderno, causando-lhe influência<sup>606</sup>, podendo-se afirmar, de forma geral, que os princípios romanos foram a gênese do instituto do ônus da

---

<sup>601</sup> V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMAPIO E NORA, Ob. cit., p. 448.

<sup>602</sup> Citado por JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., p. 50.

<sup>603</sup> *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 38.

<sup>604</sup> Ob. cit., pp. 169-170.

<sup>605</sup> *Instituciones de derecho procesal civil*. v.3. Trad. E. Gomez Orbaneja y Rafael Greco Valleta. Buenos Aires: Ediciones, 2005, p. 79.

<sup>606</sup> RUI MAUEL DE FREITAS RANGEL, Ob. cit., p. 83.

prova, na medida em que consubstanciaram, apesar de suas insuficiências, as primeiras construções teóricas do regime do ônus da prova<sup>607</sup>.

Analisando outro direito remoto, recordemos do germânico de Sachsenspiegel, o “Espejo Sajón”, primeiro texto legal escrito em alemão, proveniente da Alta Idade Média. Segundo deduz Bethmann-Hollweg<sup>608</sup>, ele é uma fonte de demonstração de que nos processos sobre coisas muito se prestigiava a posição do demandado, dado que ao ter essa posição também teria maior a possibilidade de prova em sua defesa, e por isso só incumbia ao autor a prova da posse ilegítima, por intermédio de testemunhas. Assim, conforme os ensinamentos de Rui Manoel de Freitas Rangel<sup>609</sup>, também o direito germânico deu seu contributo no que se refere ao ônus da prova, num entendimento completamente diferente dos princípios do direito romano, não sendo aqui o ônus da prova compreendido segundo princípios quase absolutos, mas de uma forma muito mais casuística, pois era o juiz, no caso concreto, que determinava a quem cabia o encargo da prova, e a regra era de que o ônus caberia ao réu, na medida em que o autor não pedia um direito seu, mas reclamava sobre a injustiça do comportamento do devedor.

Durante um largo lapso temporal ao longo da história, foi plenamente incorporado na linguagem processual o conceito de carga probatória, interpretando-se suas regras como algo estático, contrariando assim o espírito primevo que sempre concebeu a teoria do processo como uma forma de consideração dinâmica dos fenômenos procedimentais<sup>610</sup>.

Há tempos não demasiadamente distantes, o tema se presta a maiores discussões. Basicamente as regras da carga probatória seguiam estáticas e não eram questionadas, sendo algo de fundamental ao processo. Modernamente, a doutrina começou a suscitar questões demonstrando que essa forma estática resultava por vezes em ineficiência e inadequação. Por consequência, passou-se a se defender a flexibilização do ônus probatório. Assim, pela influência da

---

<sup>607</sup> SANDRA ISABEL CORTESÃO MOREIRA, *O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012, p. 35.

<sup>608</sup> Citado por JORDI NIEVA FENOLL, *Ob. cit.*, p. 51.

<sup>609</sup> *Ob. cit.*, p. 83.

<sup>610</sup> JORGE W. PEYRANO e JULIO O. CHIAPPINI, *Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 15.

doutrina e o impulso das decisões judiciais que procuravam fazer justiça ao caso concreto, começaram a nascer novas regras sobre a carga probatória, inclusive influenciando a observação do tema pelo legislador contemporâneo<sup>611</sup>.

Na esteira dos ensinamentos de Inés Lépori White<sup>612</sup>, mostra-se impossível tratar do tema da carga da prova sem antes tratar do conceito de carga processual. E também é impossível falar sobre o conceito de carga, no sentido técnico que tem para o direito processual, sem fazer referência a James Goldschmidt porque foi precisamente este autor que, entre muitos outros temas, se ocupou especificamente do tratamento daquilo que constitui um dos problemas fundamentais para esse ramo do Direito - sua delimitação.

Foi precisamente James Goldschmidt que, em 1905, opôs-se à tendência reinante mediante sua teoria do “derecho justicial material civil”, em sua obra intitulada *Materielles Justizrecht*. Ele tinha o intento de estudar e considerar baseando-se nas mesmas e certas figuras jurídicas, cuja compreensão e sistematização provocam graves dificuldades na doutrina, distinguindo por uma parte, entre o conceito de direito material e o de direito privado, e por outra, entre o conceito de direito processual e direito público. Goldschmidt, analisando os conceitos de possibilidades, expectativas e ônus probatórios, dispõe que dentre os três conceitos o que se sobrepõe seria o do ônus processual, consistente em imperativos que operam no processo em razão do próprio interesse das partes e que substituem, dentro do processo, as obrigações<sup>613</sup>.

Por sua vez, Carnelutti estruturou o conceito de ônus processual com fundamento em uma sanção. A distinção entre o ônus e a obrigação seria fundada na diversidade da sanção cominada a quem não realiza o ato. Por conseguinte, existiria a obrigação quando a inércia dava lugar a uma sanção jurídica (execução ou punição); mas se a abstenção do ato fazia perder somente os efeitos úteis do

---

<sup>611</sup> Por exemplo, o art. 377, do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 22.434), revelou um significativo avanço técnico com relação à situação anterior, superestática e tradicional, ligada indissolavelmente à discriminação entre os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, que não resultava em todas as possibilidades idôneas para indicar com acerto, quem deveria suportar, ante a uma correta perspectiva axiológica, o ônus de provar de certos fatos controvertidos. Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO e JULIO O. CHIAPPINI, Ob. cit., p. 16.

<sup>612</sup> *Cargas probatorias dinámicas*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 43.

<sup>613</sup> JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

ato mesmo, teríamos a figura do ônus. Posteriormente, já na época do “sistema”, o conceito de ônus foi trasladado por Carnelluti da base da sanção para a base do interesse. Assim, obrigação e carga teriam em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, divergindo quanto ao elemento substancial, porque, quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alienígena (de outrem) e quando há ônus para a tutela de um interesse próprio<sup>614</sup>.

Diante da posição carnellutiana, afirma-se que o conceito genérico de ônus não se confunde com o de obrigação<sup>615</sup>. Ambos partem de um vínculo de vontade consistente na pressão psicológica exercida com a finalidade de cumprimento do comando de uma determinada norma jurídica.

A obrigação consiste no vínculo jurídico transitório em que uma pessoa (devedor) tem o dever de satisfazer uma pretensão em favor de outrem (credor), consistente em dar, fazer ou não fazer alguma coisa, cujo incumprimento configura um ato ilícito, portanto, passível de cumprimento coercitivo ou de reparação patrimonial.

O ônus, por sua vez, consiste num imperativo imposto ao próprio interesse da parte<sup>616</sup>. É um poder que atua dentro da esfera de liberdade do indivíduo, cujo exercício é uma faculdade imposta como condição para obtenção de uma determinada vantagem processual, com relação ao qual o cumprimento é de interesse exclusivo do próprio sujeito onerado, sendo o descumprimento considerado ato lícito, que tem como consequência uma eventual situação de prejuízo processual. No ônus inexistente qualquer forma coercitiva para realização do ato processual. Em termos de Direito Probatório, ônus tem o mesmo significado de carga da prova.

---

<sup>614</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *A prova civil*. Ob. cit., pp. 217-218.

<sup>615</sup> Para uma análise da distinção entre ônus e obrigação e sua evolução histórica em termos doutrinários, com precisas lições de Hernando Devis Echandía, Gian Antonio Micheli, Francesco Carnelutti, Emílio Betti e Giovanini Verde, vide LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, *O ônus da prova*. 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 23-42, que conclui o capítulo com a definição de ônus apresentada por HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, nos seguintes termos: “*Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis*”.

<sup>616</sup> JUAN CARLOS VALLEJOS, *Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 455.

A virtude essencial de toda a normatividade sobre a carga da prova reside então nesta instrução dada ao julgador sobre o conteúdo da sentença que ele deve pronunciar, em todos aquelas suposições nas quais não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato de importância determinante para a resolução do conflito. A decisão deverá ser emitida tendo em conta a parte sobre a qual recai o ônus probatório com respeito às afirmações dos fatos não provados e não devidamente aclarados no processo. O juiz não tem outra opção em suas mãos e deverá decidir sempre contra a parte que não se desincumbiu de seu ônus.

Isso porque a aplicação do direito a um caso concreto se traduz em um efetivo resultado de um silogismo, em que a disposição normativa consubstancia a premissa maior; os fatos concretos do caso em apreço a premissa menor (que deve passar pela subsunção à norma); e a sentença revela a conclusão. O problema da carga da prova reside, pois, e unicamente, na premissa menor do silogismo judicial, com relação à comprovação dos fatos alegados no processo. Por tal motivo, a questão da carga probatória não tem razão de ser quando as afirmações das partes não foram negadas, ou quando o juiz está firmemente convencido da certeza, mas pelo contrário, da falta da veracidade das afirmações discutidas. A respeito, Rosenberg<sup>617</sup> afirma que a regras relativas a carga da prova só se aplicam quando uma circunstância de fato discutida não restar aclarada, tratando-se de uma circunstância que é importante para a existência de uma relação jurídica litigiosa ou para aplicação de um conceito jurídico em questão. Ao contrário, quando os acontecimentos fundamentais não se discutem ou estão devidamente aclarados, o juiz não pode tratar suas dúvidas internas sobre a aplicabilidade de uma norma ou de um conceito jurídico como se fossem dúvidas relativas às questões fáticas, fazendo recair o resultado sobre a parte que suporta o ônus da prova com respeito aos pressupostos reais da norma, o do conceito jurídico; deve, sim, esforçar-se para chegar a uma decisão determinada e

---

<sup>617</sup> *La carga de la prueba*. 2.ed.; Trad. Ernesto Krotoschin. Colección Ciencia del Proceso. Buenos Aires: Editora Montevideo-Buenos Aires, 2002.

declarar-se a favor dela, pois tampouco aqui cabe um *non liquet*<sup>618</sup>, a que se trata de uma solução de uma pura questão jurídica - *iura novit cúria*<sup>619</sup>.

Na tradicional doutrina sobre o ônus da prova devemos destacar os ensinamentos de Couture<sup>620</sup>, cujos estudos buscam responder quem deve provar, bem como decidir qual das partes deve produzir a prova dos fatos que compõem o debate no caso posto em juízo. Nos dizeres de Eisner<sup>621</sup>, o vocábulo prova é também usado na linguagem técnica como meio pelo qual se pretende demonstrar, como é o procedimento de provar, como também o resultado do que se haja provado.

Essas regras do ônus probatório estão dirigidas às partes como também ao juiz. Os litigantes devem tê-las em conta para organizar a sua estratégia processual objetivando convencer o julgador de suas argumentações, no momento da sentença, no qual o magistrado terá que realizar a valoração. Em consequência, os litigantes deverão provar os pressupostos por meio dos quais invoquem o fundamento de suas pretensões, defesas e exceções, e tal imposição não depende da condição de autor ou demandado, mas, sim, da situação em que cada um se coloque no processo com relação àquele fato<sup>622</sup>.

Pode-se afirmar, portanto, que o ônus não é a imposição de uma distribuição do poder de provar que tem as partes, mas, sim, do dever de fazê-lo, sob pena de ver sua pretensão ou defesa não contemplada pela decisão jurisdicional. As normas relativas à carga probatória não operam quando existem na causa elementos suscetíveis de formar a convicção do julgador no caso concreto, quando as partes se desincumbem de seu dever de aportar ao feito a

---

<sup>618</sup> Solução de nada decidir ou abster-se de julgar quando restem dúvidas insanáveis acerca da verificação ou não verificação de fatos, consoante a lição de JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Ação declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit., p. 573. Para MUNIR KARAM, o *non liquet* é um instituto que tem origem no direito romano e ocorria quando o juiz se escusava a sentenciar uma causa, jurando *sibi non liquere*, ou seja, que não havia conseguido formar uma opinião segura sobre a causa. *Ônus da prova: noções fundamentais*. Revista de Processo. n.17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. /mar., 1980. Sobre as consequências do *non liquet*, vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na ação declarativa*. Ob. cit., pp. 257-262.

<sup>619</sup> Expressão latina que demonstra o dever que tem o magistrado de conhecer a norma jurídica e de aplicá-la por sua própria autoridade. Em tradução livre: "a Corte conhece o Direito".

<sup>620</sup> Ob. cit.

<sup>621</sup> *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 32.

<sup>622</sup> HÉCTOR E. LEGUISAMÓN, *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 110-111.



comprovação de suas alegações. A finalidade da atividade probatória é criar a convicção do órgão jurisdicional sobre a existência ou inexistências dos fatos alegados pelas partes e sua correspondente oportunidade processual de discutir os fatos durante o feito.

Conforme lecionado por Sandra Isabel Cortesão Moreira<sup>623</sup>, o ônus da prova é elemento fundamental em qualquer processo judicial, sendo essa característica fomentada pelas funções que exerce, as quais podem ser identificadas como: função de incentivador da iniciativa probatória, sancionatória, protetional e decisória. A função de incentivador da iniciativa probatória mostra-se bastante clara, pois tanto o autor como o réu sabem quais os fatos têm que provar e mais, sabem que, ao alegarem determinado fato - e em função de sua natureza com relação ao direito que se tem em discussão - se têm ou não que fazer prova sobre ele. É no seu próprio interesse que a parte desenvolve sua atividade probatória. Nesse sentido, sua importância é tal, que está consagrada como um direito à prova, o qual confere às partes o direito de carrear ao processo os meios de prova legais, moralmente legítimos e admitidos pelo juiz<sup>624</sup>.

Com relação à função sancionatória<sup>625</sup>, afirma-se que ambas as partes têm importantes e fundamentais direitos no decurso da lide processual, mas também possuem deveres, sendo um deles o da cooperação, com base no qual devem cooperar entre si e com o Estado-juiz para que se alcance a justa solução da causa. A violação desse dever tem consequências na repartição do ônus probatório, pois a recusa na cooperação pode gerar a modificação do ônus probatório. Assim, quando uma das partes necessitar de colaboração da outra para se desincumbir de seu ônus e essa recusar injustificadamente a prestar o auxílio, as regras processuais podem ensejar que, em razão da hipossuficiência de uma das partes e da melhor condição probatória da outra, o ônus possa ser invertido.

---

<sup>623</sup> Ob. cit., pp. 39-40.

<sup>624</sup> Não se pode esquecer, entretanto, que esse direito à prova das partes possui limites que visam respeitar o princípio do contraditório e da igualdade de armas, ou proteger direitos de terceiros (a exemplo da intimidade da vida privada), que mereçam uma tutela mais forte em relação às posições jurídicas subjetivas (a exemplo de natureza essencialmente patrimonial) que as partes pretendam ver reconhecidas. JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit. p. 207.

<sup>625</sup> SANDRA ISABEL CORTESÃO MOREIRA, Ob. cit., pp. 39-41.

A função protecional<sup>626</sup> visa proteger a situação da parte que encontra-se em uma situação processual mais frágil, como ocorre nas relações de consumo, ante a hipossuficiência técnica ou econômica do consumidor perante o fornecedor. Por fim, a função decisória apresenta-se como a mais importante, na medida em que após serem carreados ao processo todos os meios de prova, cabe ao magistrado analisar o conjunto probatório para chegar à verdade dos fatos e, nesta seara, havendo insuficiência probatória, o ônus será utilizado como técnica de julgamento, sendo a questão decida em desfavor da parte que não se desincumbiu de seu ônus probatório.

Nessa esteira de discussão, reputa-se necessário e indispensável ingressar na importante questão de apontar a autonomia conceitual de ônus, com sua definição e caracterização, para, em seguida, analisar, de forma genérica, sua incidência e aplicação probatória perante o ordenamento jurídico.

Modernamente, a doutrina define a carga da prova ou o ônus da prova<sup>627</sup> como a faculdade que se confere aos demandantes de provar, em seu próprio interesse, os fatos<sup>628</sup> que fundamentam sua pretensão ou defesa. É o poder ou a faculdade de praticar livremente um ato previsto em uma norma jurídica em benefício próprio, sem coação, entretanto, cuja inexecução ocasiona a perda de um benefício, ou de uma chance processual<sup>629</sup>. Por conseguinte, não se pode obrigar ninguém a produzir a prova. Entretanto, a consequência da falta da prova é a desconsideração do fato afirmado pelo julgador no momento da decisão. O risco é, portanto, da parte que tem o interesse na realização da prova<sup>630</sup>.

Em conformidade com os ensinamentos de Castro Mendes<sup>631</sup>, na doutrina portuguesa, cremos que a estrutura do ônus se analisa em dois direitos ou faculdades jurídicas de objetos contrários (direito a agir de certo modo, e direito a não agir de certo modo), a cujo exercício a ordem jurídica liga consequências diversas. Essencial ao conceito de ônus é essa ligação entre o exercício do direito

---

<sup>626</sup> SANDRA ISABEL CORTESÃO MOREIRA, Ob. cit., pp. 39-41.

<sup>627</sup> Tratando da definição e aplicação do ônus da prova no processo penal brasileiro, vide RENATO BRASILEIRO DE LIMA, Ob. cit., pp. 508/517.

<sup>628</sup> Frise-se que para LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, Ob. cit., p. 93, a parte que pretenda beneficiar de uma presunção, quer judicial quer legal, tem de provar o fato indiciário ou fato-base com a mesma intensidade do que provará qualquer outro fato relevante para a resolução do litígio.

<sup>629</sup> IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., p. 129.

<sup>630</sup> ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, Ob. cit., p. 195.

<sup>631</sup> Ob. cit., pp. 439-440.

e o seu resultado; aquele deve ser deste condição necessária e suficiente. Quando não é condição suficiente, fala a doutrina de ônus imperfeito; quando não é condição necessária, fala a doutrina em ônus incompleto. Assim, o chamado ônus da prova seria hoje, simultaneamente: a) um ônus imperfeito, por força do princípio da livre apreciação das provas, em virtude do qual não fica ligada a uma convicção judicial por laços de necessidade jurídica nem a mais completa e perfeita atividade probatória da parte (a não ser nos casos de prova legal); b) um ônus incompleto, por força dos princípios da aquisição processual e da oficialidade, que permitem obter a prova por outros meios que não a atividade do interessado nela, respectivamente, mediante a atividade da parte contrária e do próprio juiz.

Em face porém de um ônus imperfeito e incompleto, estamos diante de algo que de ônus só tem o nome. Se o ponto central do fenômeno do ônus só consiste na atribuição de um sujeito de um poder de vontade idôneo à produção de certo efeito jurídico, do qual consiste a condição necessária e suficiente, algo que já não é condição nem necessária nem suficiente, não se pode qualificar como ônus – é simples interesse em cooperar na atividade probatória.

Ainda na doutrina portuguesa, Menezes Cordeiro<sup>632</sup> leciona que tem o ônus da prova a pessoa a quem caiba demonstrar os fatos em discussão, sob pena de ver desatendidas suas pretensões. Portanto, o ônus da prova permitirá ao julgador decidir quando nada se apure, de definitivo, sobre os fatos em discussão dizendo quem perde, na falta de prova: é o “tributo a pagar à natureza humana dos tribunais terrenos”.

De acordo com a lição de Ovídio A. Baptista da Silva<sup>633</sup>, a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao magistrado, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente da contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa – princípio da indeclinabilidade ou da vedação ao *non liquet*. Assim, como é dever do magistrado julgar sobre a existência dos fatos alegados, ainda que não tenha formado convicção segura quanto a sua ocorrência, é imprescindível que a lei

---

<sup>632</sup> Ob. cit., p. 465.

<sup>633</sup> *Curso de processo civil. v. 1. 7.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 326-327.*

indique qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória.

Já na doutrina italiana, Michele Taruffo<sup>634</sup>, ao ensinar sobre as cargas probatórias em sua célebre obra, dispõe que a função do princípio do ônus da prova é permitir ao tribunal resolver o caso quando os fatos principais não tenham sido provados. E complementa que em alguns sistemas jurídicos a carga da prova é atribuída conforme disposições gerais que regulam todos os tipos de situações e existem algumas disposições específicas sobre casos especiais.

De acordo com Robson Renault Godinho<sup>635</sup>, na doutrina alemã, há manifestação doutrinária expressa no sentido de que, na dúvida, deve-se privilegiar a liberdade dos demandantes. Outra orientação doutrinária separa os acordos processuais em dois tipos: no primeiro, há acordos que implicam na disposição de poderes processuais, como *pactum de non petendo*, *pacto de non exequendo*, renúncia da ação; no segundo, os acordos atingem precisamente as regras processuais, como convenções sobre competência e sobre distribuição do ônus da prova, que exigem autorização legislativa e razões concretas para, se for o caso, legitimar a autonomia das partes nessas questões. A exemplo disso, Caponi<sup>636</sup> defende a maturidade atual da doutrina e da jurisprudência para admitir uma série de acordos processuais. No mesmo sentido, Pezzanni<sup>637</sup>.

Ocorre que, mesmo sendo objeto de profundo estudo no campo doutrinário, a definição do termo ônus, na seara do Direito, causou inegável tormento àqueles que, corajosamente, dispuseram-se a enfrentá-lo.

Ainda sobre o tema, José Lebre de Freitas<sup>638</sup> leciona que as normas sobre a distribuição do ônus da prova constituem normas de decisão<sup>639</sup>, pois se destinam, em primeira linha, a permitir a decisão no caso de falta de prova; mas não deixam de influenciar a conduta das partes, conseqüentemente, levadas a ter

---

<sup>634</sup> *La prueba*. Ob. cit., p. 146.

<sup>635</sup> *A autonomia das partes e os poderes do juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 567-606.

<sup>636</sup> *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Accordi Parte e Processo*. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n.11. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 102-104.

<sup>637</sup> *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè, 2009.

<sup>638</sup> *Código de processo civil anotado*. v.1. Ob. cit., p. 434.

<sup>639</sup> ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht-Erkennissverfahren*. Berlim: 1985, p. 365.

a iniciativa da prova para evitar o risco de uma manifestação judicial desfavorável. Nesse sentido, fala a doutrina de ônus de iniciativa da prova ou ônus da prova subjetivo, que não impede a iniciativa oficiosa e é um mero reflexo do ônus da prova objetivo.

### 5.6.1. Teorias da distribuição do ônus da prova

No âmbito da evolução histórica, partindo dos aforismos romanos, durante muito tempo, repetiu-se que “a carga da prova incumbe ao autor”, ou que “não provando o autor, o demandado deve ser absolvido” e que “a carga da prova incumbe a quem afirma, não a quem nega”<sup>640</sup>. Já se afirmou que as primeiras noções elaboradas tanto para o Direito Romano como pelo Direito francês levavam em conta a posição que as partes tinham no processo para atribuir a carga probatória. Em consequência, ao autor caberia provar o nascimento do seu crédito e o demandado deveria provar os fatos que o excepcionaram<sup>641</sup>. Também nos dizeres de Carbone<sup>642</sup>, o Direito Romano e o Direito francês dos séculos passados e, conseqüentemente, a doutrina europeia e nacional, levavam em conta a posição que as partes tinham no processo para atribuir a carga probatória. Em síntese, o autor devia provar os fatos afirmados de sua obrigação e o réu devia provar os fatos que a excepcionavam.

A inexatidão dessas máximas foi, ao longo do tempo, sempre percebida ante a sua inaplicabilidade prática em determinadas situações e conduziu a um paulatino abandono, surgindo uma série de novas teorias sobre a carga probatória. À partida, impõe-se ressaltar que, ao longo da evolução da ciência processual, várias regras ou teorias foram formadas e desenvolvidas a fim de explicar sobre qual das partes deve recair o risco da falta da prova. Toda doutrina específica sobre o direito probatório, no tocante ao ônus da distribuição da prova, faz referência a esse esforço histórico<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> MIRYAM BALESTRO FAURE, Ob. cit., p. 332.

<sup>641</sup> IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., p. 131.

<sup>642</sup> *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 204.

<sup>643</sup> Realizando um profícuo estudo sobre o assunto, vide LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, Ob. cit., pp. 43-147.

Em que pese a existência de muitos e diversos critérios seguidos em distintas épocas, para distribuir entre as partes a carga probatória, na esteira dos ensinamentos de Inés Lépori White<sup>644</sup>, merecem destaque:

1) Teoria que impõe ao autor a carga de provar: herdada do Direito Romano, esta teoria se conhece fundamentalmente por algumas poucas regras com muita lógica, que resultam numa síntese das diversas épocas de evolução desse direito. Aduz, especialmente, que ao autor corresponde o ônus de provar seu direito e, não sendo provado, o demandado deve ser absolvido.

2) Teoria que impõe ao que afirma a carga de provar: originada também de um aforismo romano, impõe a carga da prova a quem afirma um fato e o libera de quem o nega. O critério não pesa sobre a condição processual da parte, autor ou demandado, mas, sim, sobre quem alegue ou negue uma circunstância de fato.

3) Teoria que impõe ao autor a prova dos fatos que fundamentam sua pretensão e ao demandado os da sua exceção: é muito similar à anterior e, igual àquela, admite exceções, as quais tornam difícil a aplicação do princípio geral enunciado.

4) Teoria dos fatos normais como norma e dos anormais como exceção: afirma que um fato normal sempre se presume, portanto quem alegue um fato anormal deverá prová-lo. É necessário esclarecer que por normal deve entender-se a liberdade jurídica, econômica, física, o respeito aos direitos de outrem e o cumprimento da lei. Em consequência, quem alegue uma situação lesiva a tais estados deverá assumir o ônus de prová-la.

5) Teoria que impõe a prova a quem pretende inovar: por inovação deve entender-se o que modifica uma situação normal, portanto essa teoria tem grandes semelhanças com a anterior.

6) Teoria de Chiovenda: o aporte fundamental desta teoria é que sistematiza uma concepção com diferentes categorias, a saber: fatos constitutivos que são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da norma e fazem nascer expectativas por parte de alguém, normalmente invocados pelo autor; fatos extintivos que são os que fazem cessar a vontade concreta da lei; fatos impeditivos que são aqueles que impedem o nascimento de um direito. A

---

<sup>644</sup> Ob. cit., pp. 57-59. Também tratando do tema, vide AIRASCA, Ob. cit., pp. 131-134.

atribuição da carga probatória não depende de ser autor ou demandado, mas do tipo de fato que se alegue.

7) Teoria de Micheli: distribui a carga probatória segundo o efeito jurídico perseguido pela parte. Quem pretenda determinado efeito jurídico deverá provar os pressupostos de fato para que mesmo resulte aplicável.

8) Teoria de Rosenberg: impõe a cada parte o ônus de provar os pressupostos dos fatos e da norma jurídica que lhe resultam favoráveis. Não difere em demasia da anterior e já foi recepcionada por diversos códigos.

9) Teoria de Devis Echandía: coincide em substância com Micheli e Rosenberg, chegando a uma conclusão e definição que resulta em uma soma de conceitos dos referidos autores. Está de acordo com eles e o único critério aceitável para uma regra geral deve contemplar não somente a posição das partes e o fato que se consubstancie o objeto da prova, mas o efeito jurídico perseguido com este em relação com a norma jurídica que o consagra e deve aplicar-se.

De outra senda, também lecionando sobre a evolução das teorias, na doutrina argentina, ressalta Carbone<sup>645</sup> alguns pontos principais, resumidamente a saber: a) Chiovenda distingue as classes dos fatos que se afirmam no processo, fomentando-se assim o estatismo processual - os fatos constitutivos caberiam ao autor da demanda; os impeditivos, extintivos e modificativos, ao demandado; b) Rosenberg impõe a cada uma das partes a carga de provar os pressupostos de fato da norma jurídica que lhe resulta favorável; c) Micheli impõe a cada parte a carga de provar os pressupostos de fato e da norma jurídica que lhe resulta favorável, e não difere em demasia da anterior; d) Echandía coincide com as afirmações das duas anteriores.

Na doutrina brasileira, Zaneti<sup>646</sup> desenvolve estudo sobre as principais teorias de distribuição do ônus da prova, ressaltando que a principal obra da literatura jurídica a abordá-las no Brasil foi a monografia de Sebastião Soares Faria, intitulada "*Principaes Theorias relativas ao ônus probandi*", que se tornou referência para a doutrina nacional e internacional, sendo inclusive utilizada por

---

<sup>645</sup> Ob. cit., pp. 204-205.

<sup>646</sup> Ob. cit., pp. 93-104.

Moacyr Amaral Santos<sup>647</sup> na produção de sua obra não menos importante “*Prova judiciária no cível e comercial*”, quando tratou do assunto “teorias sobre o ônus da prova”.

Para os referidos autores brasileiros, as principais teorias sobre o tema seriam identificadas, resumidamente, conforme se segue<sup>648</sup>:

1) Teoria de Bentham: salienta que, num sistema de justiça franco e simples, “o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e despesas”<sup>649</sup>. Frise-se ser essa teoria de suma importância quando da aplicação da dinamização do ônus da prova, inclusive no Brasil.

2) Teoria de Webber: para ele quem procura fazer valer, em todo ou em parte, perante um magistrado, um direito ou uma liberação de direitos ou de usurpações de outrem, tem a obrigação de provar os fatos ainda incertos, cuja verdade é o pressuposto do direito ou da liberação. Os grandes obstáculos da teoria eram os conceitos absolutamente indeterminados “liberação” e “usurpação”, que impossibilitavam um critério seguro para atribuir o ônus da prova. Referida indeterminação foi reconhecida pelo próprio Webber que, diante disso, complementou-a dizendo que para a prova do fundamento do direito basta a das suas condições essenciais, isto é, aquelas que lhe dão origem.

3) Teoria de Bethmann-Hollweg: defende que quem afirma ao magistrado a existência de um direito deve prová-lo, e não o adversário, porque este seria convocado a evidenciar a inexistência do direito pleiteado. Se um somente afirmar e o outro apenas negar, o juiz não deve admitir a existência do direito enquanto não seja ele convenientemente demonstrado com argumentos capazes de convencê-lo. Enfim, quem afirma um direito deve provar-lhe a existência.

4) Teoria de Fitting: segundo ele, o exame de duas questões fluiria como consequência natural para a determinação do ônus da prova em cada caso concreto: a) que relações de fato devem, em conformidade com os princípios jurídicos vigentes, aceitar-se, segundo a diversidade dos casos, para que se possa decidir em um certo sentido; b) que relações de fato necessitam, segundo

---

<sup>647</sup> MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*. Ob. cit., p. 100.

<sup>648</sup> ZANETI, Ob. cit., pp. 94-98.

<sup>649</sup> JÉRÉMI BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*. v.II. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 149.



sua natureza, de uma particular verificação. Em suma, a teoria pode ser sintetizada: quem tem interesse na aplicação de uma norma jurídica deve provar seus pressupostos de fato.

5) Teoria de Gianturco: crítico da teoria preconizada por Fitting, opina pela existência de um princípio diretivo, geral, independente de qualquer organização judiciária, que concilie as mais diversas resoluções concretas das questões particulares sobre o ônus da prova. Propõe a regra - “só quem pretende vantagens assumirá o trabalho da prova”. A teoria foi concebida com base na lei do mínimo esforço, a qual afirma estar fundamentada no egoísmo humano.

6) Teoria de Demogue: para ele deve prevalecer na produção da prova o princípio da solidariedade e não da independência das partes. A partir dessa afirmação, formula duas regras ou princípios a serem observados no ônus da prova: “i) O que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito, mas deve somente provar as condições que o tornam verossímil. ii) A obrigação de provar deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a possa desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas”. A nosso ver, Demogue nada mais fez do que reafirmar a teoria difundida por Bentham, não havendo maiores novidades.

Essas eram as seis teorias clássicas e tradicionais e que constam na obra de Sebastião Soares de Faria. Muito embora, em continuidade ao trato do tema, passando a considerar as teorias modernas, fundadas basicamente na natureza dos fatos, ainda seriam identificadas pelos autores pátrios:

7) Teoria de Chiovenda<sup>650</sup>: levando em consideração a oportunidade e interesse da parte, formula a seguinte regra - “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural.” Enfim as regras de distribuição do ônus da prova decorrem de uma razão de oportunidade, e as partes têm o interesse de

---

<sup>650</sup> *Instituições de direito processual civil*. v.2. 2.ed.; Trad. Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 447-452.

afirmar e provar os fatos que devam ser considerados como verdadeiros pelo juiz. As palavras-chaves são oportunidade e interesse.

8) Teoria de Carnelutti<sup>651</sup>: atrela o instituto do ônus da prova à ideia de risco. Entende que o fenômeno do ônus da prova diz respeito à distribuição, entre as partes, dos riscos da prova ausente ou deficiente. Põe de lado o interesse da prova e estabelece como critério, para distinguir a qual das partes incumbe o ônus de uma afirmação, o do interesse da própria afirmação, pois, segundo o lendário professor italiano, o interesse quanto à afirmação é unilateral - já que cada parte tem apenas interesse em afirmar os fatos que constituem a base de sua pretensão ou de sua exceção -, já o interesse quanto à prova é bilateral - já que, uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em proporcionar a prova sobre o mesmo - em suma, uma tem interesse em provar sua existência e, a outra, sua inexistência. Diante disso, conclui o processualista italiano “o critério que nossa lei adota para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação repousa sobre o interesse quanto à afirmação própria”. Formulou, por conseguinte, o seguinte princípio: “O ônus em provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propuser a pretensão tem o ônus de provar os fatos constitutivos, e quem propuser a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas”<sup>652</sup>.

9) Teoria de Betti: crítico do critério apresentado por Chiovenda (devido à flagrante equivocidade do critério do interesse em provar) e de Carnelutti (uma vez que o interesse à afirmação seria também bilateral, embora em menor medida que o interesse à prova), Emilio Betti entende que o melhor critério de repartição do ônus da prova é aquele que tem como linha mestra o ônus da afirmação. Assim, para ele a repartição do ônus da prova segue paralelamente a repartição do ônus da afirmação e se inspira no princípio da igualdade entre os litigantes.

---

<sup>651</sup> *Sistema de direito processual civil*. v.II. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, pp.131-134.

<sup>652</sup> Ao tratar do tema, sob a égide do Código de Processo Civil português de 1939, o eminente processualista JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 276-278, assevera, ainda, sobre a teoria de RETTI - a qual modificava a teoria de Carnelutti -, alegando que o critério do interesse na afirmação (desenvolvido por Carnelutti), apesar de ser mais aceitável do que o critério de interesse na prova (proposto por Betti), não é inteiramente satisfatório, uma vez que também se presta a equívocos. Sugere que o ônus da afirmação, tendo em conta o paralelismo completo entre o ônus do pedido, ônus da afirmação e ônus da prova apresenta-se como mais adequado, levando-se em consideração, no âmbito formal, as definições de ação e exceção e, no âmbito material, a classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito.

Quem formula um requerimento ao Estado-juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizem o pedido; logo, tem o ônus de provar os fatos afirmados. Portanto tem o autor o ônus da ação. Do mesmo modo, quem contesta, o réu, se não se limita a negar a existência dos fatos coligidos como fundamento da ação, tem o ônus de afirmar outros fatos que, sem afastar a existência daqueles, eliminem sua eficácia jurídica, seja originária ou atual: ao ônus dessa afirmativa se subordina o ônus da respectiva prova, o ônus da exceção (em sentido lato)<sup>653</sup>.

10) Teoria de Rosenberg e Micheli: as duas não discrepam em sua essência, razão pela qual são tratadas conjuntamente<sup>654</sup> pelos autores brasileiros. Para Rosenberg, o critério de distribuição da prova reside no princípio de que “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável”<sup>655</sup>. Para Gian Antonio Micheli<sup>656</sup>, jurista italiano, a regra do encargo probatório “contém um critério processual para a distribuição do ônus da demonstração, levando em conta, antes de tudo, a posição que o sujeito-parte tem a respeito do efeito jurídico pedido”, ou seja, o ônus da prova é definido pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir. E não é só. Há que se verificar ainda, quais são os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, no caso concreto.

Após as exposições sobre a definição e as teorias sobre a carga probatória, ainda na esteira dos ensinamentos de Zaneti<sup>657</sup>, ousamos afirmar, em síntese, que Francesco Carnelutti foi um dos primeiros a adotar uma metodologia na tentativa de conceituar a palavra ônus no campo do Direito. Apesar de elencar o ônus tanto como obrigação como espécie de situações jurídicas passivas ao lado da sujeição<sup>658</sup>, inovou ao estabelecer a definição de ônus mediante a observação das diferenças existentes entre o ônus e a obrigação. Assim, em sua obra “Teoría General del Derecho”<sup>659</sup>, dispôs que a obrigação é a subordinação de um interesse do obrigado a um interesse de outro, o ônus é a subordinação do

---

<sup>653</sup> ZANETI, Ob. cit., pp. 101-102.

<sup>654</sup> Ibid. 102

<sup>655</sup> Ob. cit., p. 123.

<sup>656</sup> *Curso de derecho procesal civil*. v. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1970, pp. 97-100

<sup>657</sup> Ob. cit., p. 72.

<sup>658</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*. v.I. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 120.

<sup>659</sup> Ob. cit.

interesse do onerado a outro interesse do mesmo sujeito. Entretanto a maior distinção entre ônus e obrigação, segundo o festejado autor italiano, residiria em verificar se a violação do preceito poderia definir-se, ou não, como ato ilícito. Se a resposta fosse negativa, estaríamos diante de um ônus; se, ao contrário, fosse positiva, tratar-se-ia de uma obrigação.

A maior de todas as críticas à teoria carneluttiana sobre a definição de ônus constitui no fato de o autor italiano classificá-lo como uma espécie de situação jurídica passiva (ao lado da obrigação e da sujeição). Portanto, como espécie de dever, quando para grande parte da doutrina a situação jurídica de ônus seria ativa e, nesse sentido, sua definição se aproximaria mais de um direito subjetivo ou, ainda, de um poder. Assim, conforme os críticos da teoria carneluttiana, a noção de ônus deve ser compreendida como a liberdade e/ou manifestação de poder que a parte detém para atingir determinado fim em seu próprio benefício se, e somente se, assim o desejar<sup>660</sup>.

Lado outro, Leo Rosenberg<sup>661</sup>, autor de obra que se tornou ícone no tocante ao ônus da prova, discorre com maestria sobre a questão de a parte ter o dever, o direito ou o ônus da afirmação e da prova. Segundo o catedrático processualista alemão, as partes esforçam-se por afirmar e provar todos os fatos que precisam ser averiguados em razão do próprio interesse em triunfar, e não em razão do dever de triunfar. Assim, diante desse próprio interesse da parte em obter êxito no processo, considera que a atividade afirmadora e probatória não constitui nenhum dever, tampouco um direito, mas, sim, um ônus. A visão de Rosenberg, ligando a noção de ônus ao próprio interesse da parte, foi manifestada por outros autores de renome, como James Goldschmidt<sup>662</sup>, para quem o ônus é “um imperativo do próprio interesse”.

Impende ressaltar que ainda sobre o tema, Pontes de Miranda<sup>663</sup> esclarece, com a maturidade que lhe é peculiar, a distinção entre ônus e dever. Revela que a diferença está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; existe relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve;

---

<sup>660</sup> ZANETI, Ob. cit., p. 74.

<sup>661</sup> Ob. cit., pp. 74-79.

<sup>662</sup> Ob. cit., p. 8.

<sup>663</sup> *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III. 2.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

a satisfação mostra-se inerente ao interesse do sujeito ativo. Ao passo que o ônus tem relação a si mesmo; inexistente relação entre sujeitos; a satisfação é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não obter a tutela do próprio interesse.

Lado outro, apresentando certa influência dos conceitos de ônus veiculados por Leo Rosenberg e James Goldschmidt, João Batista Lopes<sup>664</sup> adverte que “não existe dever jurídico de provar, mas, sim, simplesmente ônus de fazê-lo. Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; a obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio. No ônus há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes”.

Também consoante a lição de Marinoni e Arenhart<sup>665</sup>, deve-se a Carnelutti passos importantes para a definição de ônus. Em um primeiro momento, tomando por critério o grau de liberdade do sujeito, o autor classificou o ônus como espécie de “dever” em sentido amplo. Os “deveres”, em sentido amplo, teriam, como expressão máxima da ausência de liberdade, a sujeição, mitigada progressivamente pela obrigação, pelo ônus e pela faculdade<sup>666</sup>.

Nesse sentido, incide em equívoco a doutrina que classifica o ônus como espécie de dever, pois ônus representa um poder. Porém, o poder proveniente de um ônus é diverso do poder derivado de um direito subjetivo, já que o titular do direito subjetivo, em sua configuração dinâmica, possui uma “pretensão” ao comportamento de outrem, que suporta o correlato dever jurídico específico do comportamento. Nessa linha, fica claro que o exercício do ônus não possui correlação com o comportamento da outra parte, sendo satisfeito com o agir voluntário daquele que detém essa espécie de poder. Mas, por ser espécie de poder da parte, o ônus se assemelha à faculdade. Porém, outras peculiaridades

---

<sup>664</sup> Ob. cit., p. 38.

<sup>665</sup> Ob. cit., p. 177.

<sup>666</sup> A evolução do pensamento de Carnelutti pode ser verificada nas obras *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936; e *Teoria general del derecho*. Trad. Francisco Javier Osset. Revista de Derecho Privado. Madrid: 1955.

permitem maior precisão ao conceito de ônus. Tanto no ônus como na faculdade a atuação da parte possui fundamento em um interesse pessoal. Entretanto, no ônus, a lei dispõe sobre o comportamento a ser adotado, demonstrando o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal opção conserva-se totalmente no foro íntimo da parte, atenuando a previsibilidade dos efeitos do comportamento<sup>667</sup>.

Diante de todo o exposto, mostra-se possível sintetizar o conceito de ônus, na esteira dos ensinamentos de Rodrigo Xavier Leonardo<sup>668</sup>, como espécie de “poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”.

A carga não significa obrigação de provar, mas as consequências resultantes da prova não produzida. Entretanto, ressalte-se que a ideia de ônus habitualmente encontra-se ligada a um comportamento necessário para a aquisição de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem desempenhar o seu ônus, ou seja, ainda que sem produzir prova. Afinal, nada impede que o julgamento favorável se baseie em provas produzidas de ofício ou pelo ex-adverso, em decorrência do princípio da comunhão da prova.

### **5.6.2. Ônus da prova objetivo e subjetivo**

A doutrina rotineiramente reparte o estudo do instituto do ônus da prova em duas partes: a primeira chamada de ônus subjetivo da prova e a segunda chamada de ônus objetivo<sup>669</sup>. No que se refere ao ônus subjetivo da prova, avalia-se o instituto sob a perspectiva de qual dos demandantes é o responsável pela produção de determinada prova, enquanto no ônus objetivo, o instituto é tido como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No

---

<sup>667</sup> MARINONI e ARENHART, Ob. cit., p. 178.

<sup>668</sup> *O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil*. Revista de Direito Processual Civil. n.14. Curitiba: Genesis.

<sup>669</sup> Tratando do ônus da prova e sua classificação em objetivo e subjetivo na doutrina italiana, bem como versando sobre exceções à regra geral de fixação do ônus (inversão e presunções) através da apresentação de posicionamentos jurisprudenciais do país, vide GIORGIO BIANCHI, Ob. cit., pp. 3-38. Na doutrina portuguesa, vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, Ob. cit., pp. 215-217.

aspecto objetivo, o ônus da prova impede que o juiz venha a declarar o *non liquet* diante de dúvidas sobre as alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a decidir e não estando convencido da veracidade das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

Como já ressaltado, trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre o demandante que tinha o ônus e não produziu a prova será posicionado num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de existência de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porquanto indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova<sup>670</sup>.

Se a prova foi produzida, não interessa por quem, não se aplica o ônus, pois trata-se de aplicação do princípio da comunhão da prova (ou aquisição da prova), o qual determina que, tendo sido a prova produzida, ela passa a integrar processo, não mais pertencendo a quem a produziu. Dessa forma, o aspecto subjetivo só se mostra relevante para a decisão do magistrado se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo. Afinal, perante a ausência ou insuficiência de provas, deve o juiz indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual.

Está o juiz obrigado a falar, inclusive quando as provas coletadas não sejam aptas a comprovar cabalmente os fatos alegados pelas partes. Mediante a existência de fatos controvertidos e à ausência de provas, adquirem relevância os princípios que ordenam a distribuição do ônus probatório. A teoria da carga probatória é mais uma teoria das consequências da falta de prova.

Nos dizeres de Tepsich<sup>671</sup>, para se compreender com clareza o que se deve entender por carga probatória, é indispensável distinguir dois aspectos de sua noção: 1º) por um é regra para o julgador ou regra de julgamento, pois indica como se deve fazer quando não se encontra prova dos fatos nos quais deve embasar sua decisão, permitindo uma decisão acertada e evitando o *non liquet*, uma sentença inibitória por falta de provas, de sorte que venha a ser um sucedâneo da prova de tais fatos; 2º) por outro aspecto, é uma regra de conduta

---

<sup>670</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., p. 656.

<sup>671</sup> *Cargas probatorias dinâmicas*. Cargas probatorias dinâmicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 157.

das partes, pois indiretamente lhes demonstra quais são os fatos que a cada um cabe provar, para que sejam considerados como certos pelo juiz e sirvam de fundamento a suas pretensões e exceções.

Ainda na doutrina processual argentina, Inés Lépori White<sup>672</sup> leciona que a carga subjetiva, também chamada de formal, refere-se à pergunta de quem deve provar, ou quem está obrigado a provar. Pensa-se unicamente na necessidade jurídica das partes de realizar todas as provas necessárias para corroborar suas afirmações. Já a carga objetiva ou material, também chamada de carga de certeza, prescinde de toda a atividade das partes empreendida com o fim de fazer constar os direitos discutidos. No que diz respeito, somente interessa saber quais são os atos que devem constar para que se consiga a finalidade pretendida no processo. Determina as consequências da incerteza sobre os fatos, não importando a quem cabia o ônus ou quem produziu a prova, se as partes ou o tribunal.

A distribuição entre carga objetiva e carga subjetiva é também explicada por Gozaíni<sup>673</sup>. Para ele, a carga subjetiva processa o interesse do objeto a demonstrar, a decidir, não assinala o dever de provar a quem alega, mas, sim, a carga de provar um determinado fato por quem tem interesse em confirmá-lo. Carga objetiva se vincula à falta de prova e a decisão consequente que se há de tomar o juiz ante ao direito incerto. E, nessa etapa, as regras do ônus probatório são como uma escusa do *non liquet*, pois se o juiz não forma sua convicção com relação a determinados fatos, e nem pode deixar de decidir em razão disso, aplicará tais regras e decidirá contra quem teria o ônus de provar.

Por conseguinte, as normas que disciplinam o ônus ou carga da prova estão orientadas tanto para as partes demandantes (ônus da prova subjetivo) quanto para o julgador (ônus da prova objetivo). Enquanto regra de conduta para

---

<sup>672</sup> Ob. cit., pp. 55-56. Analisando a noção objetiva e subjetiva da carga probatória, vide EDGAR J. BARACAT, *Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 268-270. Também tratando da distinção da carga probatória entre a) regra de juízo ou regra para o julgador e b) regra de conduta para as partes, vide BEATRIZ S. RUFZA, *Las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 369-374. Ainda sobre o tema, vide JUAN CARLOS VALLEJOS, Ob. cit., pp. 455-478.

<sup>673</sup> Ob. cit., pp. 88 e 358.



as partes, o ônus probatório comina a faculdade que os litigantes dispõem de provar os pressupostos fáticos que alegam como fundamento de suas respectivas pretensões ou defesas. É dizer, de outra forma, quem deve produzir a prova do fato controvertido alegado em juízo para não suportar o risco de um resultado desfavorável em caso de não formação da convicção do julgador como consequência da prova frustrada ou não realizada. É o aspecto subjetivo, ou concreto, do ônus da prova. Aponta o direito processual ligado à atividade probatória das partes. Dessa forma, o ônus da prova subjetivo é norma de conduta para as partes, porque indica quais são os fatos que estas necessitam provar para poder triunfar no processo.

Mas, as normas regentes da distribuição do ônus da prova são consideradas pelo juiz apenas no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a prover ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Em momento anterior, não tem ele de se preocupar com as regras de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir decisão que retrate a realidade fática e conceba a efetiva atuação do direito à situação concreta apresentada em juízo. Os princípios inerentes ao ônus da prova, estabelecidos no ordenamento jurídico, só devem ser aplicados depois de realizados todos os esforços no sentido de se obter a prova dos fatos. E, em sendo produzida a prova, não importa sua origem, ou seja, quem a trouxe para os autos. Essa é a visão objetiva do ônus da prova. Em outro sentido, fala-se em ônus subjetivo, que diz respeito à necessidade de as partes demonstrarem os fatos relevantes.

Impende ressaltar que, de acordo com o princípio da aquisição processual<sup>674</sup>, as provas acumuladas no processo consideram-se adquiridas para efeito da decisão de mérito da causa, pouco importando saber por via de quem elas foram trazidas. O juiz, quando decide a matéria de fato da ação, há de tomar em consideração todas as provas constantes nos autos, quer elas tenham chegado a juízo por impulso da parte sobre quem pesava o ônus de a produzir, quer por impulso da parte contrária, quer por sua própria iniciativa processual. Nesse ínterim, pode-se afirmar que o ônus subjetivo passa para o plano

---

<sup>674</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de prova em processo civil*. Ob. cit., pp. 235-236.

secundário, permanecendo em primeiro plano o ônus chamado de objetivo, ou seja, a necessidade real e efetiva de que os fatos se achem suficientemente provados. Sucede, porém, que, não obstante o princípio da aquisição processual, não seja possível ao julgador firmar a sua compreensão sobre fatos relevantes para a decisão da causa, em razão da insuficiência ou ausência de provas quanto a eles, oportunidade na qual suportará o risco, a parte sobre a qual recaia o ônus da prova desses mesmos fatos.

No tocante ao ônus probatório enquanto regra de julgamento para o juiz, impõe-se sua aplicação como solução para a resolução da lide nas hipóteses em que o julgador, realizada toda a instrução probatória, não se convencer sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes, ante a ausência de produção de provas sobre determinado fato relevante e controvertido ou por sua obscuridade, impondo ao juiz o dever de solucionar o conflito segundo uma regra de julgamento pré-determinada. Nesse diapasão, como ao magistrado não é permitida a escusa no julgamento da causa (*non liquet*), ou seja, o juiz não pode abster-se do julgamento em razão da não formação de sua convicção pessoal, restará como medida subsidiária o dever de aplicação da regra abstrata legalmente prevista para solucionar a lide em desfavor da parte que tinha o encargo de produzir a prova do fato alegado e não o fez satisfatoriamente, com o conseqüente acolhimento da pretensão da parte contrária que encontrava-se desincumbida do ônus probatório necessário. É o aspecto objetivo (abstrato) do ônus da prova. Manifestação de direito público inerente à atividade jurisdicional Estatal.

Por tal razão, ainda sobre a questão do ônus probatório subjetivo e objetivo, partilha-se do entendimento que se mantém atual e relevante à distinção entre os dois aspectos mencionados, na medida em que a carga objetiva da prova é um efeito da carga subjetiva.

Durante muito tempo, a doutrina somente se referiu ao ônus da prova subjetivo. Nesse caminhar, temos que foi com os escritos de Julius Glaser, publicados em 1883, que se cogitou pela primeira vez da distinção entre ônus da prova subjetivo (formal) e objetivo (material). Não obstante o empreendedorismo jurídico de Julius Glaser, competiu aos processualistas civis austríacos o mérito

de precisarem aludida distinção, que mais tarde tomaria corpo na doutrina alemã com os ensinamentos do sempre lembrado Leo Rosenberg<sup>675</sup>.

Não se olvida que o ônus subjetivo da prova, ao longo da evolução processual, perdeu certa relevância com o surgimento e acolhimento dos princípios processuais da aquisição processual<sup>676</sup> (uma vez realizada determinada prova durante a instrução processual, sua valoração é estendida a todos, independentemente de quem tenha produzida), do reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz<sup>677</sup> e do livre convencimento motivado<sup>678</sup>.

Entretanto, nos termos da doutrina de Rui Manoel de Freitas Rangel<sup>679</sup>, no momento do proferir uma decisão final, havendo dúvida insanável sobre a veracidade de um fato controvertido relevante para o julgamento da lide, o ônus da prova subjetivo vai permitir traçar o quadro fático correto para saber quem era a parte que tinha o encargo de provar o fato durante a instrução processual para ser-lhe sacada a responsabilidade da sua conduta ou omissão, decorrência da potenciação do risco que possa estar envolvida para efeitos de perder a ação.

Logo, a falta da prova ainda tem a potencialidade de prejudicar a parte que tinha o encargo probatório durante a instrução processual. Assim sendo, torna-se necessário analisar as regras normativas que são impostas ao juiz e cuja observância é obrigatória para ele solucionar a lide diante da falta da prova necessária ou sua insuficiência para a formação do seu convencimento<sup>680</sup>.

Assim, consoante lecionara Alfredo Buzaid<sup>681</sup>, o ônus da prova tem duas facetas: a primeira voltada para os litigantes, indagando-se qual deles deve suportar o risco da prova frustrada - é o aspecto do ônus subjetivo; a segunda voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento - é o aspecto objetivo. O ônus subjetivo opera na etapa instrutória e o ônus objetivo na etapa decisória<sup>682</sup>.

---

<sup>675</sup> ZANETI, Ob. cit., p. 88.

<sup>676</sup> Disciplinado no art. 371 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>677</sup> Art. 370 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>678</sup> Art. 371, segunda parte, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>679</sup> Ob. cit., p. 141.

<sup>680</sup> Sobre livre valoração da prova, convencimento judicial e ônus, vide ALESSANDRO IACOBONI, Ob. cit., pp. 26-33.

<sup>681</sup> ALFREDO BUZAID, *Estudos de direito*. v.I São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66.

<sup>682</sup> JORGE FÁBREGA, *Teoría general de la prueba*. 2.ed.; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000, p. 260.

Destarte, quando a prova do fato não se encontra no processo ou é carreada de forma insuficiente para formar o convencimento do julgador, o ônus da prova objetivo indica, abstratamente, o sentido do pronunciamento jurisdicional, porque aquele que necessitava provar para poder triunfar, e não o fez no curso do procedimento, deve fracassar, evitando-se, desse modo, proferir um *non liquet* (que é vedado pelos ordenamentos)<sup>683</sup>. Por essa razão, o ônus da prova objetivo é uma regra de julgamento a ser utilizada quando o juiz não formar seu convencimento, por ausência de prova ou insuficiência. Logo, a carga objetiva da prova é um efeito da carga subjetiva. Permanecendo o estado de dúvida pelo julgador, a demanda será julgada em desfavor da parte que tinha o encargo da prova e dele não se desincumbiu.

Ainda na doutrina brasileira, Marinoni e Arenhart<sup>684</sup>, ao ensinarem sobre o ônus da prova, defendem que não há como entender que o dispositivo legal que disciplina o ônus da prova, quando dirigido ao juiz, é uma mera regra de decisão. Para eles, ainda quando se pense tal regra como dirigida apenas ao julgador – e não às partes -, não há como deixar de separar a sua aplicação como norma de decisão e como norma determinante da formação do convencimento judicial.

O ônus da prova é, pois, o instituto processual adequado quando, mesmo após toda a instrução processual, o julgador permaneça em um estado de dúvida. Referindo-se à regra do ônus da prova como regra de decisão, Comoglio, Ferri e Taruffo<sup>685</sup> apresentam uma lição bastante didática sobre a importância de tal regra para viabilizar a decisão do juiz. Segundo os professores da Universidade de Pavia, como o magistrado não pode deixar de decidir ao aplicar um *non liquet*, são estipulados critérios, construídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova, os quais permitem a solução da controvérsia quando os fatos principais não restam esclarecidos. Tais regras aplicam-se quando um fato principal resulta destituído de conteúdo probatório, pois a sua função é indicar qual das partes deveria provar o fato e determinar as consequências que sobre essa recaem diante da ausência da prova.

---

<sup>683</sup> Nesse sentido, vide JORGE HORACIO ZINNY, Ob. cit., p. 220.

<sup>684</sup> Ob. cit., p. 170.

<sup>685</sup> *Lezioni sul processo civile*. 2.ed.; Bologna: Il Mulino, 1995, p. 526.

O ônus da prova consubstancia-se não apenas em critério de julgamento, que indica ao juiz como julgar quando as provas são insuficientes para a formação de seu convencimento sobre os fatos da causa, mas também critério de organização da atividade probatória, que informa às partes a sua parcela de responsabilidade na formação do conjunto probatório destinado à construção do juízo sobre os fatos. Por isso exerce dupla função<sup>686</sup>.

A função objetiva do ônus da prova, no entanto, não é fenômeno de certa realização. A aplicação da regra de julgamento depende de juízo quanto à insuficiência de prova apta a formar a convicção judicial. No particular contexto do procedimento probatório – que se desdobra, para fins didáticos e à luz da natureza da atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais, nas fases de proposição, admissibilidade, produção, valoração e decisão quanto à prova -, o ônus da prova exercerá sua função objetiva apenas na última fase, isto é, na fase decisória. O juízo quanto à insuficiência probatória ocorre na etapa antecedente, qual seja, quando da valoração da prova. Uma vez valoradas as provas, estabelece-se o juízo a respeito de sua suficiência ou não para efeitos de confirmar a veracidade dos fatos alegados no processo. No caso de suficiência, bastará ao julgador decidir sobre o pedido formulado pelo demandante, o que será realizado mediante a interpretação dos textos normativos e a aplicação da norma à hipótese concreta. No caso de insuficiência, considerando-se que o juiz não poderá deixar de julgar, caberá a ele utilizar o critério de julgamento e decidir desfavoravelmente à parte que deixou de desempenhar adequadamente o seu ônus probatório. Nesta última hipótese, o ônus da prova estará cumprindo sua função objetiva, ou seja, exercendo sua função de critério objetivo de julgamento.

Por outro lado, quando da aplicabilidade de sua função subjetiva, o ônus da prova não se destina diretamente ao magistrado, como ocorre na fase decisória do procedimento probatório. Nessa perspectiva, o ônus da prova dirige-se imediatamente aos litigantes e aplica-se durante todo o procedimento probatório. Seu exercício é notado desde a fase de proposição até a valoração da prova.

---

<sup>686</sup> ARTHUR THOMPSEN CARPES, *Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 198.

Não obstante a existência de certa polêmica na doutrina quanto à caracterização da função subjetiva, sua sensibilidade ao longo de todo o procedimento probatório mostrar-se suficiente para perceber que o ônus da prova funciona não apenas como critério de julgamento, mas também como critério que indica às partes o modo pelo qual devem pautar sua atividade probatória. Embora seu descumprimento não venha a representar uma conduta ilícita ou imoral, o ônus da prova funciona como pauta de comportamento das partes no procedimento probatório, indicando o caminho a ser seguido tendo em vista o propósito de evitar um juízo desfavorável.

Cumpre-nos alertar, todavia, que a divisão de ônus da prova em subjetivo e objetivo não é pacífica na doutrina, existindo vozes de respeito que rechaçam veementemente essa distinção. Roland Arazi<sup>687</sup>, por exemplo, assinala que o ônus objetivo da prova nada mais é que somente um efeito, uma consequência, do ônus subjetivo da prova; portanto, só existiria este último. Também Hernando Devis Echandía<sup>688</sup> critica severamente a divisão: “por nossa parte, rechaçamos a classificação de ônus da prova objetivo e subjetivo, porque conduz a fazer crer que existe verdadeiramente o primeiro, o que é inexato”.

Cumpre ainda analisar que, em princípio, quem tem o ônus de alegar (os fatos que constituem a causa de pedir e os que fundam as exceções e contra exceções) tem também o ônus de provar os fatos que dele é objeto. A pessoa que recorre a juízo carece, antes de mais, de fazer a alegação dos fatos. Nos dizeres de Fernando Pereira Rodrigues<sup>689</sup>, esse *onus allegandi* é o primeiro que as partes têm de ultrapassar quando se dirigem a juízo. Com efeito, cabe às partes alegarem os fatos que servem de fundamento à sua pretensão, seja a procedência ou improcedência da ação. Referido ônus é também importante, tendo em vista que a falta de alegação pode comportar consequências irreparáveis para a parte, na medida em que o juiz, por princípio, não pode tomar em consideração fatos que a mesma parte não alegou<sup>690</sup>. Não basta, todavia, que as partes aleguem os fatos que suportem suas pretensões, tornando-se ainda

---

<sup>687</sup> Ob. cit., p. 94.

<sup>688</sup> Ob. cit., pp. 434-436.

<sup>689</sup> *Os meios de prova em processo civil*. Ob. cit., pp. 33.

<sup>690</sup> Conforme o brocardo latino - *judex judicare debet secundum allegata et probata*, ou seja, o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado pelas partes.

necessário que façam prova dos mesmos, pelo que ao *onus allegandi* acresce o *onus probandi*<sup>691</sup>.

Mas a coincidência do âmbito do ônus da prova com o ônus da alegação cessa quando a lei ou as partes determinam a inversão do primeiro. Tal pode acontecer em consequência de: a) presunção legal - consistente na ilação que a lei tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido; a presunção legal apela sempre a regras de experiência que, atendido o elevado grau de probabilidade ou verossimilhança da ligação concreta entre o fato que constitui base da presunção e o fato presumido, permitem dar este por assente quando o primeiro é provado; b) dispensa ou liberação legal do ônus - traduz-se na obtenção de um resultado probatório, sem a apresentação de um meio de prova ou qualquer atividade probatória; o fato dispensado de prova é dado por assente por razões diversas de uma regra de experiência; c) dispensa ou liberação convencional do ônus da prova - quando as partes, no âmbito de direito disponível, convencionarem a inversão do ônus da prova, dela dispensando a parte de outro modo onerada, salvo se tal tornar excessivamente difícil a posição da parte contrária; d) impossibilidade culposa da prova pela contraparte do onerado - quando a contraparte, de algum modo, destrói ou impossibilita o acesso da parte onerada à prova que ela tem que produzir. Em nenhum desses casos a inversão do ônus da prova dispensa do ônus da alegação, que se mantém. Mas diversamente do que acontece com o ônus da alegação, o juiz pode oficiosamente – e deve – tomar iniciativas probatórias<sup>692</sup>.

Nesse sentido, temos que o ônus da afirmação dos fatos se traduz na proibição para o juiz de considerar, na sentença, fatos que não tenham sido afirmados por nenhuma das partes <sup>693</sup>.

Esse é o mesmo posicionamento adotado por Leo Rosenberg, em sua célebre obra *La Carga de la Prueba*, de consulta obrigatória a todos que se propõem a aprofundar no assunto. Segundo o mestre alemão, “num procedimento baseado no princípio do dispositivo, as partes não só têm que provar os fatos

---

<sup>691</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de prova em processo civil*. Ob. cit., p. 40.

<sup>692</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção declarativa comum*. Ob. cit., pp.182-186. Ainda sobre a distinção entre ônus da alegação e ônus da prova, vide PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: LEX, 2000, pp. 35-42.

<sup>693</sup> RAFAEL DE PINA, *Tratado de las pruebas civiles*. 2.ed.; México: Editorial Porrúa, 1975, p. 81.

necessários para a decisão, mas também devem introduzi-los no processo mediante sua afirmação, convertendo-os, desse modo, em fundamentos da sentença. E nisso se apoia o conceito de ônus da afirmação (também chamado de ônus da alegação). Com respeito a isso, o princípio do dispositivo significa que o tribunal não deve levar em consideração fatos não aduzidos pelas partes”<sup>694</sup>.

Assim temos que, antes de provar, é necessário à parte alegar, em obediência ao princípio do dispositivo que se observa no processo civil, e suas alegações devem obrigatoriamente convergir para seu interesse no processo. Nesse caminhar não nos interessa saber quem alegou os fatos nos autos do processo de determinado conflito de interesses, mas a quem competia alegá-los ou tinha necessidade de trazê-los ao conhecimento do juiz para ver atendida sua pretensão de procedência ou improcedência do pedido.

Em suma, temos que “cada parte deve afirmar e, em caso de discussão, provar aquelas circunstâncias de fato das quais podem deduzir-se os pressupostos dos preceitos jurídicos que lhe são favoráveis. Infere-se que o objeto e o alcance do ônus da prova devem coincidir em princípio”<sup>695</sup>. Não obstante, mesmo em situações em que os fatos independem de prova, como no caso de fatos notórios, incontroversos ou sobre cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade<sup>696</sup>, obviamente devem ser esses fatos afirmados no processo pela parte que deseja vê-los considerados pelo julgador.

A carga da prova, assim, é inicialmente atribuída às partes com vista a suprir eventual deficiência de instrução do processo que impossibilite o magistrado de concluir pela verdade, ou não, das alegações de fatos. Portanto, “quando no espírito do juiz permaneça a dúvida sobre os fatos do litígio, quer em maior ou quer em menor escala, intervém o chamado ônus da prova”<sup>697</sup>.

Tem-se, pois, definido o ônus da prova como “uma noção processual que contém a regra de juízo por meio do qual se indica ao juiz como falar quando não encontra no processo provas que lhe deem a certeza sobre os fatos que devem

---

<sup>694</sup> LEO ROSENBERG, Ob. cit., p. 61.

<sup>695</sup> Ibid., p. 68.

<sup>696</sup> De acordo com o art. 374 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

<sup>697</sup> RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, Ob. cit., p. 102.



fundamentar sua decisão e, indiretamente, estabelece a qual das partes interessa a prova de tais fatos, para evitar consequências desfavoráveis”<sup>698</sup>.

Conforme salienta Munir Karam<sup>699</sup>, temos que “o problema do ônus da prova não surge quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates. As regras relativas ao ônus da prova somente são aplicáveis quando uma circunstância de fato – que é importante para a existência da relação jurídica litigiosa ou para a aplicação do conceito jurídico em questão – não se aclarou”<sup>700</sup>.

Podemos dizer, pois, que o ônus da prova não é um problema de aplicação do Direito, mas um problema de demonstrar fatos, no caso de incertezas do conjunto probatório. Nos dizeres de Jorge Fábrega<sup>701</sup>, o ônus da prova “constitui um instrumento que dá a lei ao juiz para que possa, em todos os casos, decidir a pretensão, já que a sentença deve julgar o fundo da controvérsia; por outro lado, trata-se de evitar um *non liquet*.”

Essa repartição da carga probatória é feita de forma similar em diversos sistemas que a preveem na legislação. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 o fez, no artigo 373, *caput* e incisos I e II; assim também o fez o Código Civil português nos artigos 342º e 343º; o Códice Civile italiano, no artigo 2.697; o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, no artículo 377; a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, no artículo 217; o Código general del proceso de la República Oriental del Uruguay, no artículo 139<sup>702</sup>, dentre outros.

## 5.7. O ônus da prova em Portugal

No ordenamento jurídico português, a distribuição do ônus da prova<sup>703</sup> está regida pela norma legal estampada no artigo 342 do Código Civil em conjunto com

---

<sup>698</sup> HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Ob. cit., p. 426.

<sup>699</sup> Ob. cit., p. 51.

<sup>700</sup> No mesmo sentido é a manifestação de JUAN MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit.

<sup>701</sup> Ob. cit., p. 257.

<sup>702</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 83-84.

<sup>703</sup> Sobre o tema, vide SANDRA ISABEL CORTESÃO MOREIRA, Ob. cit., pp. 68-78.

a regra do artigo 414 do Código de Processo Civil. Trata-se da adoção da teoria desenvolvida por Leo Rosenberg, segundo a qual, cada parte suporta a prova dos pressupostos de fato das normas sem os quais sua pretensão não pode ser acolhida. É a chamada “teoria das normas”. Assim, cada parte deve provar os pressupostos fáticos das normas que lhe são favoráveis.

Logo, para sua adoção é irrelevante a posição da parte na relação jurídica processual estabelecida (autor ou demandado), assim como é irrelevante a natureza jurídica dos fatos alegados, ou seja, a distribuição do *onus probandi* independe da circunstância do fato alegado ser classificado como constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo de direito.

A base da regra dos pressupostos da norma está centrada em uma teoria normativa - a norma jurídica que é favorável a uma das partes dispõe de pressupostos fáticos para sua configuração. Esses pressupostos fáticos têm que ser provados por quem pretende se beneficiar da norma invocada.

Nos termos da lição de Pedro Ferreira Múrias<sup>704</sup>, para a aplicação desse critério de distribuição do ônus da prova, é importante fazer uma distinção cuidadosa das normas que aproveitam a cada uma das partes. A distinção é feita levando-se em consideração a redação legal que autonomiza os vários preceitos. As chamadas “normas base” são constitutivas do direito do autor e as “contranormas” são as impeditivas, excludentes ou extintivas das anteriores.

Para tanto, os fatos alegados pelas partes litigantes devem guardar relação de pertinência com a tutela legal que fundamentam as pretensões deduzidas em juízo. Como consequência, para a distribuição do ônus da prova, parte-se da análise do caso concreto, com fundamento na previsão normativa que serve de apoio à pretensão da parte litigante. Os fatos que integram a estrutura normativa que concede sustentação para a pretensão ou resistência configuradora do litígio devem ser alegados e provados pela parte que se beneficia de sua aplicação.

Para a formação da opinião do julgador acerca da veracidade dos fatos alegados, é preciso o convencimento do magistrado em relação a todos os elementos fáticos que compõem a estrutura normativa de sustentação de cada

---

<sup>704</sup> Ob. cit., p. 43.

parte litigante. Na dúvida sobre a veracidade dos fatos alegados, como critério definidor da lide, o juiz decide contra a parte que a norma alegada beneficiaria.

Portanto, para a distribuição do ônus da prova, parte-se da análise do caso concreto, com apoio na previsão normativa fundamentadora da pretensão estampada em juízo. Os fatos que integram o tipo normativo que serve de apoio para a pretensão ou resistência formulada em juízo devem ser alegados e provados pela parte que se beneficia de sua aplicação.

Para tal desiderato, opera-se a separação entre a “norma de base” e a “contranorma”, que é feita, precipuamente, pela expressão do tipo legal que ampara a pretensão estampada em juízo. Por isso é também chamada referida teoria como “teoria da estrutura das frases<sup>705</sup>”.

A crítica que se faz a esse critério legal, de um modo geral, está relacionada ao fato da distribuição do ônus da prova permanecer condicionada à técnica legislativa imposta. Em outras palavras, ao fato de depender da vontade estabelecida pelo legislador, sendo certo que, muitas vezes, os preceitos normativos não são elaborados mediante a adoção de técnica adequada para a solução da questão posta, pois se desconsidera a necessidade de formar tipos legais observadores da melhor opção redacional, causando dificuldade para as partes e para os operadores do direito no caso concreto.

Outro ponto negativo que se coloca em relação à teoria da norma como regra matriz na distribuição do ônus da prova tem conectividade com a premissa de que o juiz não está vinculado aos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes em suas respectivas petições. Quer dizer, apresentados os fatos relevantes pelas partes para o deslinde da controvérsia e indicada às respectivas normas legais que fundamentam as pretensões formuladas, o juiz tem autorização legal sistemática para, no caso concreto, apresentar a solução com apoio em norma diversa das indicadas pelas partes.

Nesse caso, toda a atividade probatória produzida pelas partes no curso da instrução processual estaria apoiada em normativo legal distinto do utilizado pelo juiz para o julgamento da matéria de direito, prejudicando o esforço probatório das partes para a formação do convencimento do magistrado.

---

<sup>705</sup> PEDRO FERREIRA MÚRIAS, Ob. cit., p. 45.

## 5.8. O ônus da prova no Brasil

Antes da vigência do atual Código de Processo Civil, no regime jurídico brasileiro, a distribuição do ônus da prova estava regulamentada pela regra legal estampada no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973<sup>706</sup>, o qual deu acolhimento à teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual o autor deveria provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, enquanto a parte demandada teria o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Para essa teoria, é imprescindível a classificação dos fatos para a distribuição do ônus da prova. Em linhas gerais, fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que produz esse efeito. Extintivo, porque faz cessar essa vontade. Impeditivo é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é a causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente<sup>707</sup>.

Assim, a distribuição do ônus da prova entre autor e demandado era realizada segundo a natureza dos fatos invocados e tinha como substrato o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar se distribui entre as partes na medida em que adquirem e guardem interesse de que os fatos apresentados em juízo sejam considerados verdadeiros pelo julgador.

A crítica que se faz a esse modelo de regra de distribuição do ônus da prova, de um modo geral, está relacionada com a dificuldade de estabelecer, em cada caso concreto, a distinção entre as mencionadas categorias de fatos, especialmente os fatos constitutivos e impeditivos. Ainda, nem sempre ao autor incumbirá apenas a alegação de fatos constitutivos de seu direito. No caso de ações meramente declaratórias, por exemplo, um fato impeditivo, modificativo ou extintivo pode fundamentar a pretensão do autor.

Logo, o modelo legal para a distribuição do ônus da prova adotado pelo sistema jurídico brasileiro sob a égide do já revogado estatuto processual civil de

---

<sup>706</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>707</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., p. 130.

1973, baseado na natureza dos fatos alegados, como qualquer outro dos critérios legais existentes, mostrava-se insuficiente para, sozinho, abarcar adequadamente todos os casos submetidos a julgamento.

Ocorre que, depois de fazer jus a devida atenção da doutrina e a importância dos tribunais no Brasil, o tema da dinamização do ônus da prova ganhou expressa previsão no Código de Processo Civil de 2015. Trata-se de uma das principais inovações dispostas no corpo do novo texto normativo. Seja porque a prova é indispensável para a promoção da tutela jurisdicional, seja porque é tema de cotidiano debate entre aqueles que militam no foro a disciplina do ônus da prova e a possibilidade de sua modificação em juízo constitui uma das novidades mais relevantes do novo código<sup>708</sup>.

Do *caput* do artigo 333, do Código de Processo Civil de Buzaid - 1973, na redação que se repete no *caput* do artigo 373 do novo Código de Processo Civil de 2015, é possível construir normas tradicionais que imediatamente descrevem comportamentos a serem observados pelos sujeitos processuais ao longo de todo o procedimento probatório desde a fase de proposição da prova até a sua fase decisória. Significa dizer que, ainda ao autor caberá o ônus de provar o “fato constitutivo do seu direito”, isto é, o ônus da prova do enunciado fático que fundamenta a existência do direito que alega ter e cuja tutela pretende ver prestada em juízo. Já ao réu não é atribuído qualquer ônus probatório na hipótese em que ele simplesmente nega o fato constitutivo do direito do autor. O ônus da prova do réu depende, portanto, de sua alegação quanto a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Quanto ao juiz, do texto do *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, observa-se a descrição de comportamento a ser adotado no caso de insuficiência de provas aptas à formação de sua convicção sobre os enunciados fáticos da causa, qual seja, uma decisão desfavorável à pretensão da parte que deixou de cumprir com seu ônus da prova.

Não obstante, as finalidades subjacentes do ônus da prova encontram eco na promoção dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, ambos catalogados

---

<sup>708</sup> ARTHUR THOMPSEN CARPES, Ob. cit., p. 197.

no rol dos direitos fundamentais processuais - artigo 5º, *caput*, e incisos XXXV e LVI, da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil, já se encontrava assente na doutrina e nos tribunais brasileiros que a existência de regulação expressa no texto da lei sobre a regra que disciplina a distribuição do ônus da prova não impedia sua eventual modificação diante do caso concreto. Admitia-se possível que a atribuição estática do ônus da prova poderia ser modificada em casos excepcionais, de sorte a instituir regime distinto daquele previsto na regra legal. A dinamização do ônus da prova embora não dependesse de previsão legal para ser aplicada, exigia sempre decisão judicial fundamentada.

No Código de Processo Civil de 2015, a distribuição do ônus da prova está regulamentada pelo artigo 373<sup>709</sup>. É mantida a regra tradicional do ônus da prova, segundo a qual o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, enquanto a parte demandada tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Assim, a distribuição do ônus da prova entre autor e réu é efetivada de acordo com a natureza dos fatos invocados e tem como fundamento o princípio da igualdade, pois o encargo de alegar e provar distribui-se entre os litigantes na medida em que estes adquirem suas respectivas pretensões. Mas, o modelo legal tradicional para a distribuição do ônus da prova ainda adotado no ordenamento jurídico brasileiro, baseado na natureza dos fatos alegados, apresenta-se também insuficiente para envolver adequadamente todos os casos submetidos a julgamento.

De qualquer forma, quanto à questão do ônus da prova e ainda como premissa argumentativa para o desenvolvimento da temática, é cediço que, disciplinada pela lei a distribuição do encargo probatório aos litigantes, impõe-se às partes obediência ao comando legal, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis que surgem pela falta ou insuficiência de prova para o julgamento da demanda, em especial o não acolhimento da pretensão pelo juízo.

Ocorre que agora, por força do previsto no §1º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil, por alguma disposição legal ou “diante da peculiaridade

---

<sup>709</sup> Sobre o tema, vide ALESSANDRO CARLOS MELISO RODRIGUES, Ob. cit., pp. 165-214.

da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, essa regra geral da distribuição do ônus probatório pode ser modificada. É a chamada e conhecida “inversão” do ônus da prova, tecnicamente identificada como flexibilização, que incide quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do fato o ônus de demonstrar a verdade, mas, sim, sobre a contraparte, que então terá a incumbência de provar o fato contrário<sup>710</sup>.

Essa inversão ou modificação do ônus da prova, agora regulamentada expressamente pelo novo Código de Processo Civil, implica, necessariamente, uma presunção legal. Invertido (modificado ou flexibilizado) o ônus da prova pelo magistrado, presume-se provado o fato que sustenta o pressuposto fático favorável à parte beneficiada pela inversão. Logo, a parte que, em tese (pela regra geral, estática, tradicional), tinha o ônus da prova, fica desonerada desse encargo. De outro lado, a parte que, pela regra geral, não tinha qualquer ônus probatório em relação ao fato ou pressuposto fático controvertido, pode passar a ter o encargo exclusivo de provar o fato contrário.

Mas a flexibilização do ônus da prova não é uma medida aleatória do juízo. Seu âmbito de incidência é limitado aos casos ou hipóteses previstas pela lei, como agora disposto no §1º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil, que constitui uma cláusula aberta para os casos práticos que se adéquam à sua situação.

Ademais, nos termos do §3º do artigo 373 do novo Código de Processo Civil, também é possível a distribuição do ônus da prova de maneira diversa, antes ou durante o processo, por negócio jurídico processual típico, ou seja, por força de convenção válida entre as partes, salvo quando esta recair sobre direitos indisponíveis ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O que se vê, portanto, é que o sistema de distribuição do ônus da prova entre o autor e réu regulado pelo artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973 tratou de uma distribuição estática, abstratamente criada pelo legislador, sem

---

<sup>710</sup> RUI RANGEL, Ob. cit., p. 188.

qualquer liberdade ao juiz em sua aplicação, com exceção das regras pontuais que permitiam sua inversão, disciplinadas em legislação extravagante.

Não obstante, mesmo antes da atual consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação de uma forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais, e também na tutela do idoso. E já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistêmica de nossa legislação processual, inclusive com bases constitucionais, ora permitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência de regra geral.

Na esteira dessa evolução, o novo Código de Processo Civil, de 2015, inova quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, atendendo corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”<sup>711</sup>. Apesar de o artigo 373 em seus dois incisos repetir as regras contidas no artigo 333 do Código de 1973, seu §1º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Interessante ainda a existência da vedação a essa inversão contida no §2º, do mencionado artigo 373, proibindo-a sempre que possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. A norma é elogiável porque a técnica de distribuição dinâmica da prova não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com encargo da qual ela não terá como se desincumbir. A nova sistemática serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar *a priori* vencedores e vencidos<sup>712</sup>.

Registre-se que, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, a hipótese mais importante e frequente na praxe forense de flexibilização do ônus da prova não estava prevista no Código de Processo Civil de 1973, mas no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078, de 1990. Sua

---

<sup>711</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015*. Ob. cit., p. 264.

<sup>712</sup> Nesse sentido, vide interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça – REsp. 720.930/RS. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª Turma. j. 20.10.2009, p. DJe 09.11.2009. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 23.01.2017.



aplicação sempre gerou muita polêmica quanto ao momento adequado de o juiz se manifestar a respeito da aplicação dessa regra de ônus probatório. Para parcela da doutrina, o momento adequado para o juiz inverter o ônus era o momento de sua aplicação, qual seja, o julgamento do processo. Enquanto para outra corrente o momento adequado para tanto seria o saneamento do processo, sob pena de violação ao princípio do contraditório. O Superior Tribunal de Justiça já consolidara o entendimento de que, sendo o ônus da prova uma regra de instrução, sua inversão deveria preceder a fase probatória, sendo realizada de preferência no saneamento do processo ou, quando excepcionalmente realizada após esse momento procedimental, deveria ser reaberta a instrução para a parte que recebe o ônus da prova caso pretendesse produzir outras provas.

Esse entendimento sempre nos pareceu o mais adequado e prevaleceu no Código de Processo Civil de 2015, no artigo 373, §1º, o qual exige do juiz, sempre que flexibilizar o ônus da prova, que proporcione oportunidade à parte para se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído. Significa que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de modo que não parece interessante que essa flexibilização ocorra somente no momento de prolação de sentença, sob a justificativa de evitar eventual ofensa ao princípio da economia processual. Parece ser mais vantajoso que, no momento de saneamento do processo, o magistrado já esclareça a forma de incidência da regra do ônus da prova, caso essa aplicação flexibilizada realmente se faça necessária no caso concreto.

Portanto, o novo Código de Processo Civil brasileiro inova quanto ao sistema de distribuição do ônus probatório, atendendo à corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”. Na realidade, criou-se um sistema misto no qual existe uma forma de distribuição abstrata prevista em lei, que poderá ser, no caso concreto, modificada pelo juiz.

Consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresente maior facilidade de produzir a prova e de se desincumbir do seu encargo. Como essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao magistrado fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte no processo. Registre-se que, diante da omissão do juiz, as regras tradicionais continuam a ser aplicadas como sempre foram sob a égide do Código de Processo Civil de 1973,

ou seja, caberá ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

No âmbito desse sistema misto, será possível aplicar ao caso concreto o sistema flexível da distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como o sistema rígido da distribuição legal. Tudo dependerá da iniciativa do juiz, que não estará obrigado a proceder distribuição do ônus probatório de forma diversa daquela prevista na lei.

Essa distribuição dinamizada do ônus subjetivo da prova, por força de previsão expressa no novo Código de Processo Civil, diante de sua grande importância prática, merece aprofundamento, o que será realizado na sequência.

## CAPÍTULO VI – TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA OU DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

Em direito processual, o estudo da prova se estende desde o objeto, os meios, as fontes, até a carga e a valoração de todo o material probatório coletado durante a instrução processual. O processo é como uma ventana aberta para contemplar o Direito em toda a sua dinâmica. Sua própria natureza de sucessão temporal de atos supera sua concepção estática. A atividade, sempre finalista de todos os sujeitos que nele intervêm, vai proporcionando o impulso vital que o leva ao seu término<sup>713</sup>.

Quando na prática o texto legal não se mostra suficiente para se alcançar a elaboração de um juízo de mérito a servir ao Direito e à realização da justiça, duas coisas podem se suceder em geral: a) a aplicação exegética do texto legal estabelecido, com indiferença ao resultado em termos de justiça, em defesa de um juízo de previsibilidade; b) a eleição de uma melhor solução possível ao conflito, com aplicação de regras de interpretação e hermenêutica, ou seja, ferramentas que proporcionem a aplicação do ordenamento jurídico em sua totalidade, inclusive no que se refere aos princípios. Afastada a primeira opção, por sua demonstrada ineficácia em satisfazer as expectativas que a sociedade deposita no sistema judicial e para garantir a correta aplicação da justiça, quando falta a lei ou sua disposição é insuficiente para essa realização, os juízes, que não podem deixar de julgar, têm a obrigação de buscar e construir a melhor solução possível ao caso concreto, fazendo uma interpretação razoável de todo o ordenamento jurídico vigente<sup>714</sup>.

Nesse espaço polêmico, dentre os múltiplos modelos gerais de distribuição do ônus da prova, vai-se destacando, pela sua já longa conservação, pelo majoritário conhecimento doutrinal e, em alguns ordenamentos, pela consagração legal mais ou menos explícita, a chamada “teoria das normas”. Uma regra tradicional que, separando “normas” ou “fatos” “constitutivos” por um lado, e, por outro, fatos “impeditivos”, “excludentes” ou “extintivos”, e talvez ainda

---

<sup>713</sup> MIRYAM BALESTRO FAURE, Ob. cit., p. 323.

<sup>714</sup> Ibid., p. 327.

“modificativos” do “direito”, faz pender o risco de *non liquet* probatório, respectivamente, ora contra uma, ora contra outras das versões disputadas<sup>715</sup>.

Para Anselmo de Castro<sup>716</sup> “o problema da distribuição do ônus da prova entre as partes, reconduz, assim, a um problema de aplicação da lei. Traduz-se em determinar quais os elementos verdadeiramente constitutivos da norma fundamentadora do direito invocado em juízo e os que já fora dela constituam elementos de uma norma que se lhe oponha – contra-norma (impeditiva ou extintiva) – decidindo contra a parte a quem interesse no processo a aplicação da norma constitutiva do direito ou da contra-norma”.

Mas o desenvolvimento da ciência processual nos últimos tempos acabou por demonstrar que a aplicação estrita das regras tradicionais sobre a carga probatória pode levar a resultados desvaliosos e injustos, especialmente em casos em que a prova resulte da impossibilidade ou imensa dificuldade concreta para sua realização. Como salienta José Lebre de Freitas<sup>717</sup>, as normas de distribuição do ônus da prova são aplicadas quando o resultado probatório não é atingido, ou seja, quando aquele que invoca o direito não consegue fazer prova dos fatos constitutivos do direito que alegou ou aquele contra quem a invocação é feita não consegue provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, não se confundindo, no entanto, o ônus de alegar com o ônus de provar. Cessa a coincidência do âmbito do ônus da prova com o ônus da alegação nas hipóteses em que a lei ou os próprios demandantes determinam a inversão do ônus da prova, o que poderá ocorrer em virtude de presunção legal, dispensa legal do ônus de provar, dispensa convencional do ônus da prova e ainda nos casos de impossibilitação culposa da prova pela contraparte do onerado.

Um processo que não pode cumprir com suas finalidades, devido à imperfeição dos meios instrumentais, representa uma batalha perdida para o bem-estar do homem<sup>718</sup>. O ponto nevrálgico da técnica probatória vem sendo a presente doutrina de divisão do ônus, uma vez que nem sempre a lei se mantém

---

<sup>715</sup> PEDRO MÚRIAS, Ob. cit., p. 17.

<sup>716</sup> ARTHUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito processual civil declaratório*. v.III. Coimbra, 1982, p. 352.

<sup>717</sup> *A acção declarativa comum*. Ob. cit., pp. 181-184.

<sup>718</sup> JUAN CARLOS ALEGRE, *Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 443.

fiel à pura ortodoxia do critério tradicional pré-estabelecido sobre repartição do ônus da prova. Existem pois, alguns tipos de situações, fundadas em razões de ordem prática e concreta que levam, pragmaticamente, à introdução de desvios à regra geral formulada<sup>719</sup>.

O intento de ressaltar uma nova ideia em matéria jurídica, lançada no mundo da prática de decidir, sob uma nova abordagem da doutrina e dos significados das decisões judiciais que adotam, sofre necessariamente uma mutação positiva ao longo do tempo, proporcionando melhoras no modelo inicial de distribuição do ônus probatório.

Ao entrar em crise, as regras clássicas da carga probatória e com base na denominação “cargas probatórias dinâmicas”, também denominadas de “solidariedade das provas” ou “prova compartilhada”<sup>720</sup>, nasce outra visão em torno do esforço probatório. Por meio dela se flexibiliza e se supera a rigidez que ostentam as regras clássicas da carga da prova e as dificuldades de aplicação das mesmas em certas situações para se alcançar a verdade objetiva e o valor da justiça, primordialmente em situações de impossibilidade ou dificuldades de disposição das provas.

No processo civil, assim como no âmbito dos demais ramos das ciências jurídico-processuais, só se pode resolver um litígio concreto segundo aquilo que foi alegado e provado. O conhecimento e a certeza se impõe mediante a atividade probatória das partes e, em um sistema dispositivo, a atividade do julgador é bem mais estática e passiva. Quer significar que a própria parte é quem suporta as consequências de sua inatividade, de sua negligência e da indução do julgador a erro. E, portanto, a ela cabe o dever de subministrar os máximos elementos probatórios, pois a carga processual é um imperativo do seu próprio interesse.

O problema é aceitar um princípio regulador da distribuição da carga probatória, uma regra que tenha caráter apriorístico. Todo o problema da carga probatória se dirime no momento de confrontar as respectivas alegações das partes, valorando as provas de forma ao merecimento de cada uma, à luz dos princípios da continuidade, normalidade, dificuldade e colaboração.

---

<sup>719</sup> V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., p. 458.

<sup>720</sup> EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., pp. 270-273.

É de se ressaltar que o modelo tradicional do *onus probandi*, representado pela “teoria da norma” de Leo Rosenberg (artigo 342, do Código Civil de Portugal), para o qual cada parte deve fazer a prova dos pressupostos fáticos que fundamentam a norma legal cujos efeitos lhe sejam favoráveis, bem como, o anterior modelo legal do sistema brasileiro (artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973), de inspiração Chiovendiana, que espelha a distribuição do encargo probatório segundo a posição processual assumida pela parte no processo diante da natureza do fato alegado (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo) são, por demais, severos em relação a determinadas situações fáticas.

Hodiernamente, o encargo probatório estático não concretiza os princípios basilares de um processo justo, vez que não atenta à condição concreta das partes litigantes, o que enseja o surgimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza a rigidez das teorias tradicionais, mitigando-as em determinados casos, atentando e efetivando os modernos princípios inerentes a um processo justo e equânime. Diante de toda essa dificuldade probatória, a doutrina, a jurisprudência e a agora o próprio Código de Processo Civil brasileiro de 2015 têm avançado na busca de mecanismos facilitadores do encargo probatório. É exatamente nesse ponto que incide a teoria das cargas probatórias dinâmicas, também conhecida como dinamização do ônus da prova<sup>721</sup>, que tem justamente a virtude de poder constituir um modelo básico-paradigmático para aplicação em situações concretas nas quais a divisão tradicional do ônus da prova já não se apresente como apta e justa a tutelar a incidência de realização probatória no caso concreto.

Por todas as dificuldades probatórias com o ônus disposto nas teorias tradicionais, a moderna doutrina vem pugnando pela flexibilização dessas regras de distribuição do ônus da prova no sentido de permitir ao juiz que, deparando-se com nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, motivadamente, decida por adequar a distribuição ao caso concreto<sup>722</sup>.

---

<sup>721</sup> Sobre o tema, vide CAMILO JOSÉ D'ÁVILA COUTO, *Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2014; e ARTHUR CARPES, *Ônus Dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>722</sup> ANTÔNIO DANILO MOURA AZEVEDO, *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*. ADV-Advocacia Dinâmica-Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro: COAD, mai., 2008, p. 12.

Em tempos contemporâneos, a teoria das cargas probatórias dinâmicas foi inspirada e reconhecida originariamente pela jurisprudência da Argentina<sup>723</sup>. Sua sistematização dogmática esteve a cargo do processualista Jorge Walter Peyrano, que é reconhecido no meio acadêmico portenho como seu mentor<sup>724</sup>. Crítico fervoroso do critério geral estático, rígido e único adotado por vários doutrinadores na repartição do ônus da prova, Peyrano resolveu flexibilizar as regras de distribuição desse ônus por entender que, em determinados casos, diante da presença de circunstâncias específicas, as mesmas se mostram inadequadas ou insuficientes, tanto para as partes, quanto para o juiz, na efetiva busca da verdade para a solução do litígio<sup>725</sup>.

Optou-se, por conseguinte, em idealizar a dinamização do ônus da prova como uma regra complementar, subsidiária às tradicionalmente já existentes.

### **6.1. Definição da teoria das cargas probatórias dinâmicas**

O conceito de carga probatória vem evoluindo no direito processual, já sendo aceito um sentido de flexibilização, facilitador e de colaboração, em busca do direito de provar.

Baseada nos ensinamentos de Peyrano, Inés Lépori White<sup>726</sup> leciona que se conhecem as cargas probatórias dinâmicas como uma nova doutrina que trata de flexibilizar a rigidez em que havia caído as regras sobre as cargas probatórias, e a conseqüente dificuldade de aplicação das mesmas em certos casos. A teoria defende que, para além do caráter de autor e demandado, em determinados casos, o ônus probatório recaia sobre o ônus das partes, em especial sobre aquela que se encontre em melhores condições para produzi-la. Essa nova teoria

---

<sup>723</sup> De acordo com INÉS LÉPORI WHITE, Ob. cit., p. 71, o primeiro caso relatado pela doutrina refere-se a um julgamento da Corte Suprema de Justiça, no ano de 1957, referente a uma ação de enriquecimento ilícito de um funcionário público, conhecido como caso “Perón, Juan Domingo”.

<sup>724</sup> A doutrina das cargas probatórias dinâmicas foi lançada pelo autor através do artigo: *Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”*, que foi republicado na obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas*, Ob. cit., pp. 13-18. LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, Ob. cit., pp. 222-231, sustenta que doutrinas antigas, dentre as quais a de Bentham e Demogue, já utilizavam essa técnica para regular a distribuição do ônus probatório. No mesmo sentido é o entendimento de MAXIMILIANO GARCÍA GRANDE, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Editorial Juris, 2005, p. 45.

<sup>725</sup> ZANETI, Ob. cit., p. 116.

<sup>726</sup> Ob. cit., pp. 35-73.

não desconhece as regras clássicas do ônus probatório, mas trata de complementá-las e aperfeiçoá-las, flexibilizando sua aplicação em todos aqueles supostos casos nos quais quem devia provar segundo as regras tradicionais se vê impossibilitado de fazê-lo por motivos completamente alheios à sua vontade.

Para Sérgio José Barberio<sup>727</sup>, as cargas probatórias dinâmicas constituem tanto um conjunto de regras de atribuição do ônus probatório como uma pauta de valoração em sede de julgamento sobre a matéria probatória coletada no processo, em especial ante a inexistência da prova com incidência na atividade ou inatividade das partes a seu respeito.

María Ivana Airasca<sup>728</sup> defende que a doutrina das cargas probatórias dinâmicas importa um deslocamento do *onus probandi* segundo as circunstâncias do caso, recaindo sobre a “cabeça” de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzir as provas. Para a autora, no caso concreto recairá o ônus sobre aquele que tem melhores condições de provar determinado fato, podendo ocorrer que uma das partes esteja em melhores condições para provar apenas um determinado fato, mas não o restante dos fatos, aos quais se devem aplicar justamente as regras clássicas de distribuição da prova. Aplicar a doutrina da dinamização em um processo não significa deixar de lado as regras clássicas da distribuição das cargas probatórias, mas, sim, aplicar-se umas e outras no caso concreto, cada uma para distintos fatos no mesmo processo, segundo as particularidades de cada caso.

A seu turno, Héctor Leguisamón<sup>729</sup> assevera que o conceito de carga probatória compartilhada ou compartilhada surge como manifestação de uma nova cultura do processo judicial caracterizada por uma vigência do princípio da solidariedade e do dever de cooperação de todos os sujeitos processuais, na procura de uma realização jurisdicional mais eficiente que o modelo atual, no qual se encontra aceito que é uma boa medida, que a tarefa probatória seja comum a ambas as partes.

---

<sup>727</sup> *Cargas probatorias dinâmicas. Qué debe probar el que no puede probar?* Cargas probatórias dinâmicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 100.

<sup>728</sup> Ob. cit., pp. 135-136.

<sup>729</sup> Ob. cit., p. 115.



Nas palavras de Miguel Kfoury Neto<sup>730</sup>, o dinamismo desta corrente é determinado pelo fato de “as regras que determinam a posição da parte litigante – autor e réu – nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico”.

Ainda sobre a teoria da dinamização, Antônio Janyr Dall’Agnol Jr.<sup>731</sup> defende que é logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se a formais distribuições do ônus de demonstração, tendo em vista que o moderno processo não se compactua com táticas ou espertezas procedimentais, buscando, cada vez mais, a verdade.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas se inclina em propor o peso da prova à parte que está em melhores condições de fazê-lo, ou que possa alcançar com maior facilidade os meios para o esclarecimento dos fatos. Em princípio, a teoria implica um processo que se desenvolve sob o aspecto de uma luta entre as partes e, em razão do dever de cooperação das partes com o próprio Estado-juiz, cabe requerer a prova de certos fatos a ambas as partes e, em especial, àquela que está em melhores condições de prová-lo.

Não se trata de inversão do ônus probatório, mas, sim, de atribuição direta do ônus de provar àquele que na relação processual se encontra em melhores condições de realizar a prova, pois o que interessa é a melhor situação como resultado de um acúmulo de circunstâncias fáticas<sup>732</sup> e não apenas uma mera disposição legal que abstratamente proponha a inversão.

Um bom exemplo da dinamização são as questões de responsabilidade médica, pois em grande parte das vezes, em razão das circunstâncias, verifica-se uma patente e notória desigualdade nas possibilidades probatórias, eis que o paciente é desconhecedor das técnicas utilizadas no procedimento, por vezes encontra-se anestesiado e inconsciente, não tendo acesso efetivo à

---

<sup>730</sup> *Culpa médica e ônus da prova*. 4.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

<sup>731</sup> *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. Revista dos Tribunais. v.788. ano 90. São Paulo: RT, 2001, p. 102.

<sup>732</sup> RICARDO L. LORENZETTI, *Teoría general de distribución de la carga probatoria*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. n.13. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 86.

documentação e registros pertinentes, o que lhe impede ou dificulta de realizar uma atividade probatória idônea para demonstrar a culpa do médico<sup>733</sup>.

Impende ressaltar que a teoria da carga dinâmica do ônus probatório se aplica independente da posição da parte no feito ou da natureza do fato como constitutivo, suspensivo, modificativo ou extintivo, levando-se em consideração apenas quem tem melhores condições de provar o determinado fato controverso.

## **6.2. Os princípios processuais como fundamentos da dinamização do ônus da prova.**

O juiz, ao verificar as particularidades do caso e a conduta das partes, deve reparar na falta do dever de colaboração e cooperação entre os litigantes e também em quem tem melhores condições de realizar a prova com relação a cada fato controvertido, aplicando a dinamização em comunhão com as regras tradicionais, no intuito de resultar em uma decisão mais justa, fundada na verdade. Em consequência, o que se intenta dinamizar não é apenas a conduta das partes, mas também a do juiz no processo, para alcançar a verdade objetiva dos fatos alegados pelos integrantes dos polos processuais, independente de sua natureza, em atenção à cooperação processual.

A doutrina das cargas probatórias dinâmicas produz, pois, um verdadeiro salto qualitativo tanto do ângulo da teoria como da operatividade na prática concreta<sup>734</sup>. Encontra perfeita consonância com os princípios fundamentais do processo, já explanados, os quais se apresentam como seu alicerce. Isso porque tais princípios, além de constituir parâmetros interpretativos das normas positivas

---

<sup>733</sup> Sobre o tema, vide ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, *A convicção do julgador nas ações de responsabilidade civil médica*. Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa: 2015; ALESSANDRO CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*. Padova: CEDAM, 2002; GENNARO GIANNINI, *Onere della prova e responsabilità professionale medica*. Responsabilità Civile e Previdenza. v.57, n.2. mar./apr., 1992, pp. 177-184; LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O ônus da prova na responsabilidade civil médica: questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)*. Revista do CEJ. n.16. Lisboa: 2º sem., 2011, pp. 37-80; e CARINA SUSANA VIEIRA SIMÃO, *O ônus da prova na responsabilidade civil médica*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2010.

<sup>734</sup> JUAN ALBERTO RAMBALDO, *Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico*. Cargas probatorias dinâmicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 29.

vigentes, são também geradores de deveres e ônus processuais, que excedem as expressas previsões legais.

Por consequência, os fundamentos basilares da dinamização do ônus da prova encontram-se firmados nos princípios da cooperação, boa-fé objetiva, isonomia processual e contraditório como poder de influência, assim como no ativismo judicial a ser realizado no âmbito processual, com base em uma conduta mais ativa e participativa do magistrado na condução do processo, sempre primando pelo objetivo de atingir uma justa decisão. Nesse sentido, Beatriz Rufaza<sup>735</sup> trata da exigência doutrinária de uma atitude dinâmica, solidarista e de colaboração, que se apresenta como consequência processual da aplicação do princípio solidarista na repartição da carga probatória, dando ênfase à funcionalidade do princípio da cooperação e da efetiva colaboração, bem como da boa-fé processual.

Nesse diapasão, o juiz deve também analisar com maior severidade a prova desistida pela parte que tinha todas as condições de realizá-la no processo e assim não o fez, deixando de carrear aos autos elementos essenciais para esclarecer os fatos, faltando aos deveres de cooperação e de boa-fé. No momento da valoração, o juiz analisará todo o conjunto probatório - não somente as provas produzidas com base na teoria da carga dinâmica -, de forma a aplicar o direito, fazer subsunção e realizar a justiça, formando seu convencimento.

Lembre-se de que a cooperação, também como sistema processual, tem como característica mais marcante a inserção do juiz como sujeito do contraditório, o qual, além de ter poderes de instrução do feito, tem deveres de colaboração para com as partes, destacando-se o dever de auxílio - consistente em auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou do cumprimento de ônus ou deveres processuais. Havendo impossibilidade ou dificuldade excessiva para uma parte produzir determinada prova, e tendo a outra parte maior facilidade para tanto, deve o juiz, em cooperação com as partes na instrução probatória, auxiliar na remoção da dificuldade, transferindo o ônus para o detentor de melhores condições na produção da prova.

---

<sup>735</sup> Ob. cit., pp. 374-376.

Nessa seara, Ivana María Airasca<sup>736</sup> leciona que a dinamização do ônus probatório tem fundamentos nos deveres das partes de lealdade, probidade e boa-fé, e no dever de colaborar entre si para desvendarem a verdade sobre os fatos e de cooperarem com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos, propiciando uma sentença justa.

Ainda desenvolvendo uma visão solidarista da carga probatória, Juan Carlos Vallejos<sup>737</sup> assevera que o dever de colaboração e os poderes instrutórios do juiz possuem íntima relação. Assim, para a mais moderna doutrina, a parte não tem apenas o ônus de provar, mas deve colaborar com a tarefa de recolher o material probatório, porque isso importa em dever de boa-fé. Desse modo, a concepção publicista do processo impõe um dever de colaborar com o órgão judicial, quando se impõe o dever de subministrar a prova porque se está em melhores condições. A concepção solidarista da parte com o juiz e com o processo importa que o dever de colaboração se imponha a quem tem melhores condições de provar.

Mas se esse não colabora e não se importa em realizar a prova, saberá que a falta de colaboração constituirá um elemento de convicção do juiz junto a outras provas e que, como fonte de indícios ou presunções, ajudará o magistrado no momento de julgar as respectivas pretensões. A conduta não solidária, em não colaborar com o órgão jurisdicional para a descoberta da verdade, especialmente quando estava em melhores condições de realizar a prova, apoiando-se meramente na mera negativa do direito pretendido pela parte contrária, poderá fazer com que sua conduta omissiva seja valorada como fonte de indício<sup>738</sup> que juntamente com outros elementos de prova poderá constituir elemento de convicção do juiz para julgar as pretensões.

Mas outros princípios fundamentais a serem aplicados no âmbito da relação processual também podem ser considerados como fundamento das cargas probatórias dinâmicas, a exemplo da igualdade e paridade de armas.

---

<sup>736</sup> Ob. cit., p. 141.

<sup>737</sup> Ob. cit., pp. 472-476.

<sup>738</sup> GLADIS ESTIGARRIBA DE MIDÓN, *A propósito del "ônus probandi": La parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo*. Ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires: La Ley, pp. 533 e ss.

Nesse diapasão, Maria Belén Tepsich<sup>739</sup> leciona que também, no regime geral de prova, mostra-se exigível tratar desigualmente os desiguais, e o significado de melhor condição probatória se relaciona com o de mais eficiente, no sentido de quem tem melhores informações e acesso à prova, resultando-lhe mais barata e fácil sua realização.

Trata-se de aplicação do direito à igualdade substancial e não formal no âmbito da relação processual. A perspectiva formal é tida como aquela que se satisfaz com a identidade de direitos e deveres outorgados pelas leis aos membros da comunidade; enquanto que a material leva em conta as condições concretas em que os direitos são exercidos e os deveres são cumpridos. Nesse diapasão, para o alcance da igualdade substancial, é preciso considerar as particularidades entre os sujeitos e, tratando-se desigualmente os desiguais, buscar a igualdade substancial e a justiça. Conforme os ensinamentos de Alexy<sup>740</sup>, tem-se que um dos enunciados normativos para tratar da (des)igualdade é: “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.”

É exatamente isso que possibilita a dinamização do ônus da prova na medida em que minora a desigualdade entre as partes (que podem ser informacionais, técnicas, científicas, etc.), distribuindo o encargo de acordo com a real possibilidade das partes dele se desincumbirem, superando a igualdade meramente formal trazida pela repartição sempre estática do ônus da prova. Por consequência, garante-se ainda uma efetiva aplicação do princípio do contraditório como poder de influência na formação do convencimento judicial, eis que por meio da realização efetiva da prova, os litigantes poderão influenciar de forma mais enfática na formação do convencimento do julgador, o que não aconteceria em caso de ausência ou insuficiência probatória.

Logo, a teoria está amparada também pela boa-fé processual que deve nortear as condutas das partes durante todo o curso procedimental. Da mesma forma, aproxima os litigantes para uma possível situação de igualdade processual, tornando o embate instaurado equilibrado e o processo justo e equânime, sem a

---

<sup>739</sup> Ob. cit., pp. 158-159.

<sup>740</sup> *Teoria dos direitos fundamentais*. 5.ed.; Trad. Virgílio Afonso do Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 410.

desproporcionalidade de forças originárias que seriam capazes de culminar em um processo formalmente válido, entretanto, com a produção de uma sentença materialmente injusta.

O mesmo se diga com relação à ligação entre a boa-fé e o princípio da congruência, que concebido em abstrato, leva-nos a representarmos a ideia de coerência e relação lógica, e isso levado ao processo, nos revela o vínculo entre o pretendido e o resultado contido na sentença. O princípio não se dirige apenas ao julgador, vinculando a pretensão com o resultado positivo ou negativo, mas também se dirige às partes, impedindo que se autocontradigam daquilo que alegaram em seu pedido ou oposição, gerando uma carga implícita. De acordo com Rambaldo<sup>741</sup>, tem-se que essa moderna doutrina encontra sustentáculo nessas cargas implícitas que operam de forma conjunta e concomitante com os deveres genéricos que derivam de dois outros princípios em particular: a moralidade processual e o uso regular dos direitos processuais. O primeiro por sua importância de conotação subjetiva e o segundo por sua visão objetiva.

De outra senda, Miryam Balestro Faure<sup>742</sup> defende a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas como proteção da teoria do abuso de direito. Para ela, dentro do amplo e dinâmico espectro de princípios gerais do Direito, um deles, por sua natureza abarcadora e plástica, brilha com luz própria e adquire uma importância capital dentro do processo. É o que recorre à teoria civilista do exercício abusivo dos direitos. No processo, os princípios vinculam a realidade social e particular do homem com as distintas instituições jurídicas, ampliando, restringindo ou moderando os efeitos de sua aplicação. Com essa finalidade, o princípio que proíbe abusar dos direitos subjetivos processuais recai sobre a totalidade dos sujeitos e de seus atos e implica a vedação ao exercício imoral e desviado de seus fins. Esse princípio, portanto, encontra projeção em um lugar de verdadeira tendência quando da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Pode-se afirmar ainda que a distribuição dinâmica tem como fundamento maior o princípio constitucional fundamental do processo – o devido processo

---

<sup>741</sup> Ob. cit., p. 30.

<sup>742</sup> Ob. cit., pp. 328-329.

legal - que segundo Nelson Nery Júnior<sup>743</sup>, é o gênero do qual todos os outros princípios e regras processuais constitucionais são espécies; é a base sobre a qual todos os outros princípios e regras processuais se apoiam. Ter direito ao devido processo legal, em sua feição processual, significa a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, formulando pretensão e defendendo-se com toda a amplitude possível.

Também Zaneti<sup>744</sup> apresenta os princípios do acesso à justiça, da efetividade do processo e da isonomia processual como justificativas de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Para tanto, o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve ser compreendido não apenas como direito de levar qualquer pretensão ao judiciário para solução, mas também no sentido de que é dever do Estado, por meio da jurisdição, tutelar direitos de maneira efetiva, entregando uma prestação jurisdicional adequada ao direito material postulado.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nasce assim diante da necessidade de conformação das regras do ônus probatório às garantias constitucionais, tendo em vista que o estudo contemporâneo do direito processual civil caracteriza-se pelo máximo equilíbrio entre os resultados do processo e a técnica processual, ou seja, a leitura das técnicas processuais deve sempre buscar os resultados do direito material. Nesse sentido, pode-se dizer que a dinamização do ônus da prova tem por fundamentos o acesso à justiça, o direito à prova, o direito à igualdade, a boa-fé e os deveres de cooperação<sup>745</sup>. O direito à prova surge, portanto, como corolário do devido processo legal<sup>746</sup>.

Ressalte-se que Carlos Daniel Pastor<sup>747</sup> também se tem dado a chamar a teoria da dinamização como teoria solidarista do processo e da prova, ou teoria ou doutrina da carga probatória compartilhada, dentre outras denominações. Com base em apresentação realizada em *Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario*,

---

<sup>743</sup> *Princípios do processo na Constituição Federal*. Ob. cit., pp. 79 e 87.

<sup>744</sup> Ob. cit., pp. 132-142.

<sup>745</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 219-220.

<sup>746</sup> *Ibid.*, pp. 211-246.

<sup>747</sup> *Cargas probatorias dinâmicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica*. Cargas probatorias dinâmicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 422-423.

leciona que os fundamentos de aplicação da teoria poderiam ser sintetizados em: a) destruir o pecado da soberba do direito processual em seu afã de constituir-se uma disciplina autônoma, sem olvidar da necessidade de imprescindível contato entre o direito substantivo e o adjetivo; b) garantir que o juiz deixe de ser um “convidado de pedra” do processo, para que, não deixando de ser um terceiro, possa participar se comprometendo a atuar como um diretor e não como um simples espectador no feito; c) reencontrar o debate processual das partes com os deveres de lealdade, probidade e boa-fé; d) recordar que todo o ordenamento jurídico é instrumental à ideia de justiça.

Por certo, qualquer que seja o quadrante em que se instale a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, ela seria derivada da tríade: visão solidarista e isonômica, boa-fé e dever de colaboração. E como técnica de distribuição de ônus em casos de dificuldades probatórias, complementa-se com a nova posição do juiz no processo com relação à prova<sup>748</sup>.

Em resumo, ao conjugar as tradicionais regras da carga da prova com a justiça no caso concreto, os deveres do juiz e os deveres de conduta processual das partes obtêm-se as bases e fundamentos da doutrina das cargas probatórias dinâmicas, a qual também passa a ser conhecida como princípio da solidariedade ou da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional<sup>749</sup>.

### **6.3. O instituto processual da *discovery* e sua aplicação analógica como fundamento para a dinamização do ônus da prova**

Com já tratado no capítulo anterior, a prova constitui a alma do processo e para toda a controvérsia discutida concorrem elementos essenciais e diferenciados. Para se atingir uma decisão judicial justa, faz-se necessária a adequada comprovação da existência ou inexistência dos fatos argumentados no processo, cabendo às partes ou ao magistrado - em razão de seus poderes

---

<sup>748</sup> JUAN CARLOS VALLEJOS, Ob. cit., p. 474.

<sup>749</sup> Termos constantes na doutrina de JORGE WALTER PEYRANO, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 20-21. Também INÉS LÉPORI WHITE, Ob. cit., p. 69, afirma que a doutrina e a jurisprudência denominam a teoria como: *carga dinâmica da prova*; *carga da prova compartilhada*, *cargas probatórias dinâmicas*; *doutrina da prova compartilhada e prova compartilhada*.



instrutórios - utilizarem-se da instrumental atividade probatória para demonstração da veracidade ou não desses fatos.

Em termos gerais, dentro das discrepâncias mais expressivas entre os sistemas continentais e o anglo-saxão, deve-se entender que nos primeiros – afetos à *civil law* - só se ordena às partes que apresentem documentos específicos, uma vez que estabelecidos sua existência, seu conteúdo básico e sua posição pela outra parte; ao contrário, nos segundos – afetos à *common law* - cada parte tem que juntar todos os documentos que tem em seu poder. Nesse diapasão, o instituto jurídico da *discovery* tem alcance em diversos sistemas *common law*, como um denominador comum, que estabelece a exigência de apresentação de documentos existentes em poder da parte contrária.

De acordo com os ensinamentos de Bray<sup>750</sup>, tradicionalmente, em sua acepção jurídica, a *discovery* ou exibição define uma complexa técnica probatória documental de direito anglo-saxão, surgida no final do século XVIII dentro dos processos seguidos nos Tribunais de Equidade e Chancelaria do Tesouro da Grã-Bretanha<sup>751</sup>. Segundo esse método probatório, as partes litigantes, ainda em uma fase anterior ao efetivo início do processo, deveriam ser obrigadas a aportar ao feito todos aqueles documentos probatórios e escrituras litigiosas relevantes que estivessem em seu poder, inclusive aquelas provas documentais que, eventualmente, prejudicassem as pretensões da parte que a apresentara. Sua utilização estava sujeita a quatro limitações principais: 1) a petição só poderia dirigir-se às partes do processo, excluindo-se terceiros; 2) estava proibida a solicitação daquela informação que pudesse incriminar a parte requerida por tal aportação documental; 3) a parte requerida só podia revelar fatos, excluindo provas; 4) os documentos não podiam ser revelados, salvo se a parte solicitante houvesse descrito detalhadamente o documento que pretendia obter da parte contrária e essa, por sua vez, tivesse admitido sua existência.

---

<sup>750</sup> *The principles and practice of discovery whit and appendix of forms included surgested forms for skating objections to discovery*. London: Reeves and Turner, 1885, pp. 104 e ss.

<sup>751</sup> Sobre a *discovery* como técnica probatória no sistema processual civil britânico, vide GONZALO STAMPA, *Discovery arbitral*. Madrid: Colex, 2011, pp. 53-58.

Atualmente, nos Estados Unidos da América<sup>752</sup>, a *discovery* está regulamentada pelas legislações locais dos Estados e em âmbito nacional pela *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1998, particularmente em seus artigos 26 a 37. Por meio desta instrução utilizada pelos juízes, outorga-se o direito a cada uma das partes de um processo ao qual se dará início, de conhecer a informação básica que possui a contraparte, com o objetivo de estruturar sua posição de fato e de direito no desenvolver do processo judicial. O instituto consiste, assim, na possibilidade que tem a parte de designar como prova os documentos possuídos pela outra parte, mesmo sem a necessidade de especificá-los.

Comparando os dois ordenamentos jurídicos acima tratados, pode-se afirmar que a instituição probatória da *discovery* no processo civil norte-americano coincide com a britânica, em sua concepção, como veículo eficaz de solução negociada das diferenças e de revelação da verdade quanto aos fatos. A possibilidade da valoração dos respectivos argumentos processuais pelas partes – em função dos resultados derivados de sua prática forense – favorece a atuação conciliatória. Sem embargo, a diferença com seu homólogo britânico é que o direito processual civil norte-americano contempla a prática da *discovery* com um objeto manifestamente mais amplo, ou seja, não só circunscrito à documentação escrita. Dessa maneira, as partes no processo civil estadunidense podem também solicitar a aplicação da *discovery* sobre qualquer matéria que não esteja submetida a critérios de confidencialidade, sempre que se demonstre pelo solicitante que a mesma resulta necessária para identificar os fatos debatidos – e eventualmente litigiosos – nos quais os litigantes fundamentarão suas respectivas alegações e pretensões no curso do processo<sup>753</sup>.

Contemporaneamente, a *discovery* anglo-saxônica - especialmente em sua limitada vertente inglesa identificada como *disclosure*<sup>754</sup> – constitui um mecanismo probatório característico do processo judicial civil, cuja existência é reconhecida

---

<sup>752</sup> Sobre a *discovery* como técnica probatória no sistema processual civil norte-americano, vide GONZALO STAMPA, Ob. cit., pp. 57-61.

<sup>753</sup> GONZALO STAMPA, Ob. cit., p. 59.

<sup>754</sup> Ressaltando a importância da *disclosure* no sistema de justiça norte-americano, vide NICOLA MONAGHAN, *Law of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 437-462.

por todo jurista com uma formação de direito consuetudinário e, aparentemente, rechaçada por todo profissional jurídico com formação romano-germânica<sup>755</sup>.

Não obstante, impende considerar que o funcionamento da *discovery* resulta *a priori* em uma abstração àqueles princípios comuns ao mecanismo probatório – característico do processo civil anglo-saxão -, podendo fornecer ao julgador uma excelente qualidade técnica da prova para julgamento, assentada na eficácia das decisões adotadas. A finalidade primordial do instituto demonstra-se, pois, em facilitar a adequada delimitação dos fatos litigiosos e o esclarecimento da verdade do assunto debatido pelo tribunal.

Nesse ínterim, partindo dos princípios processuais da paridade de armas, da boa-fé processual e da cooperação, impende admitir-se que a *discovery* possa também ser adotada por sistemas da *civil law*, na perspectiva da formação do convencimento judicial, inclusive influenciando a realização da conhecida prova antecipada.

O dever de colaboração das partes vai além da exposição da verdade em juízo, atuando de forma honesta, não alterando ou deturpando os fatos ou circunstâncias. Impõe-se que os litigantes levem ao conhecimento do juiz todo o material probatório acerca da controvérsia fática da causa, possibilitando a obtenção da verdade apta ao embasamento de uma solução justa ao litígio.

Nesse sentido, é que se afirma que o procedimento da *discovery*, ligado à apuração de provas antes da fase judicial, típico do sistema do *common law*, notadamente do direito norte-americano e inglês, não seria estranho também ao sistema do *civil law*. Das diferenças existentes entre eles quanto ao procedimento probatório, não emergiria uma impossibilidade *tout court* de adoção da *discovery* no âmbito do *civil law*. Isso porque ela está diretamente ligada à obrigação de veracidade, extraída do princípio da colaboração/cooperação, largamente reconhecido nos países de tradição romano-germânica e ora expressamente disciplinado no novo Código de Processo Civil brasileiro.

A cooperação impõe às partes o dever de colaborem entre si e com o Estado-juiz para a solução do litígio, inclusive, caso seja necessário, prestando informações, realizando depoimentos ou testemunhos ou fornecendo documentos

---

<sup>755</sup> GONZALO STAMPA, Ob. cit., p. 45.

em fase prévia à demanda. Permitindo às partes prévio conhecimento das provas que fundamentarão o litígio, a *discovery* facilita a realização de acordos, eliminando os custos e os riscos de um julgamento. Não havendo composição do litígio entre as partes, sua adoção reduz o tempo de duração do processo, contribuindo para a celeridade processual.

A eventual resistência quanto à aplicação do instituto em sede dos sistemas compreendidos pela *civil law* pode ser superada dentro de um processo em que a finalidade principal seja a utilização da *discovery* para contribuir na busca da verdade da controvérsia, determinando os fatos, as circunstâncias e as provas especificamente relevantes para a articulação das respectivas posições litigiosas das partes.

Na seara da produção antecipada de provas, adotada em um grande número de países pertencentes à *civil law*<sup>756</sup>, o artigo 381, do vigente Código de Processo Civil brasileiro, trata da produção antecipada de prova numa linha aproximada à da *discovery*<sup>757</sup>, permitindo a realização da prova, para além de quando haja um fundado receio de que se torne impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, também quando sua prévia produção viabilize, em tese, a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito, ou ainda quando o prévio conhecimento dos fatos justifique ou evite o ajuizamento da ação. O novo código afastou o cunho meramente acautelatório da produção antecipada de prova, colocando esse valioso instrumento também a serviço do combate da cultura da litigiosidade que tem caracterizado a vida processual brasileira recentemente. A um só tempo, previne-se a atividade jurisdicional contenciosa e solidifica-se a decisão de aforamento da ação.

---

<sup>756</sup> Tratando da tutela cautelar para conservação da prova no direito italiano, vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 201-209. Versando sobre a prova pré-constituída no direito espanhol, vide ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, Ob. cit., pp. 10386-10392; e RODRIGO RIVERA MORALES, Ob. cit., pp. 167-175. Sobre a produção antecipada de prova no direito português, sob a égide do Código de Processo Civil de 1961, vide V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., pp. 483-488; e, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, analisando o art. 525º, vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 331-334. Quanto a aplicação da *discovery* no sistema espanhol, com ênfase na arbitragem, vide GONZALO STAMPA, Ob. cit., pp. 195-215.

<sup>757</sup> GIOCONDA FIANCO PITT, Ob. cit., pp. 115-127.

Não se olvide que como instrumento processual probatório o instituto da *discovery* também tem sofrido severas críticas, sendo qualificado como uma efetiva ferramenta de pressão processual sobre o oponente litigioso<sup>758</sup>. Não obstante, diante do exposto, conclui-se que a adoção da *discovery* apresenta importantes vantagens como a ampliação do prévio conhecimento sobre os fatos, o desencorajamento à atuação fundada em má-fé processual, a viabilidade da celebração de acordos e a promoção da própria justiça.

Em sendo devidamente utilizado como instrumento de convencimento judicial na descoberta da verdade, o instituto procura um equilíbrio entre os princípios probatórios existentes nos sistemas *common law* e *civil law*, mantendo a independência e imparcialidade do magistrado e atingindo uma verdade mais efetiva, por meio do fomento de que as partes cooperem processualmente entre si, mas sobretudo, com o próprio Estado-juiz. E, por conseguinte, sua disposição científica pode também ser utilizada, juridicamente, de forma analógica, para fundamentar a dinamização do ônus da prova, uma vez que fomenta a exigência de uma efetiva cooperação entre as partes no desenvolvimento da atividade probatória mais adequada, no intuito de propiciar um convencimento judicial efetivo sobre a verdade dos fatos, o qual culminará na possibilidade de uma decisão mais justa, que melhor atenda à necessidade de regulação do conflito de interesses existente entre as partes e à própria pacificação social.

#### **6.4. Aspectos históricos da dinamização do ônus da prova em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros**

Objetivando traçar um desenvolvimento histórico das cargas probatórias dinâmicas, no âmbito de alguns importantes ordenamentos jurídicos estrangeiros, sem ter a pretensão de citar todas as legislações acerca do tema, mas apenas no intuito de melhor contextualizá-lo, demonstrando que esse novo enfoque tem ganhado cada vez mais adeptos - sendo sua expansão uma tendência no processo civil moderno -, podemos iniciar a explanação revisitando as

---

<sup>758</sup> GONZALO STAMPA, Ob. cit., p. 57.

manifestações no ordenamento argentino, de onde se extrai a doutrina de Jorge Walter Peyrano.

#### 6.4.1. Na Argentina

Na Argentina, onde o jurista Jorge Walter Peyrano foi responsável por idealizar e germinar a teoria da carga da prova dinâmica, não há, até então, previsão legal de aplicabilidade dessa técnica processual em nível nacional.

De acordo com os ensinamentos de Peyrano<sup>759</sup>, a teoria encontrou discussões acunhadas na Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, celebradas em junho e outubro de 1992, na qual a Comissão de Direito Processual formulou a declaração de que “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los efuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del ônus probandi, según fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está em mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”<sup>760</sup>.

Dentro do âmbito científico argentino, destaca-se a declaração que considera nada menos que “teoria recebida” as cargas probatórias dinâmicas no XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, o qual deu lugar a numerosas adesões de grandes e renomados processualistas locais<sup>761</sup>. A partir de então, a

---

<sup>759</sup> Ob. cit., pp. 19-20.

<sup>760</sup> Tradução livre: “A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos tribunais em certas situações nas quais não funcionem adequadamente as valiosas disposições legais que, como regra, dividem o esforço probatório. A mesma importa em um deslocamento do ônus probatório, de acordo com todas as circunstâncias do caso, em cujo mérito pode cair, por exemplo, na cabeça de quem está em melhor condição técnica, fática ou profissional para produzi-la, para além do enquadramento como autor ou demandado ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”.

<sup>761</sup> MARCOS L. PEYRANO, *La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000)*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 186.

teoria passou a ser defendida e adotada pela doutrina<sup>762</sup> e jurisprudência<sup>763</sup> argentinas, possuindo, para alguns, até mesmo sustentáculo legal<sup>764</sup>.

A teor dos ensinamentos de Miryam Balestro Faure<sup>765</sup>, o primeiro caso de dinamização em decisão judicial na argentina ocorreu em dezembro de 1997, na Corte Suprema de Justiça Nacional, no nomeado caso “Pinheiro”, oportunidade na qual expressamente se incorporou a doutrina das cargas probatórias dinâmicas para se alcançar a solução justa de um “caso difícil” em direito probatório.

Outra parte da doutrina defende que a primeira decisão a aplicar essa teoria foi prolatada pela Corte Suprema de Justiça Nacional, ainda na data de 21 de junho de 1957. O caso concreto versava sobre a aplicação do Decreto-lei 5148/55, referindo-se ao enriquecimento ilícito de funcionários. Em resumo, a Corte Suprema afirmou que, em caso de enriquecimento ilícito, tendo em vista as condições fáticas, seria possível a exigência de que caberia ao funcionário comprovar a licitude do seu enriquecimento e não o Estado comprovar a ilicitude<sup>766</sup>.

---

<sup>762</sup> Sobre a consagração da doutrina das cargas probatórias dinâmicas na Argentina, vide CARLOS ALBERTO CARBONE, Ob. cit., pp. 212-226, o qual cita alguns eventos: 1) Las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, en la ciudad de Junín, 1992; 2) El XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, 19 al 22 de mayo de 1993; 3) XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 26 al 28 de octubre de 1995, Comisión n.º. 9: “El Derecho frente a la discriminación”; 4) Convención Internacional sobre Igualdad entre Mujeres y Hombres, 1997; 5) Primeras Jornadas sobre Buena Mala Praxis Profesional, Lomas de Zamora, 6 e 7 de octubre de 1995; 6) VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, “Responsabilidades em el siglo XXI” (Asociación de Abogados de Buenos Aires), Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2,3 e 4 de octubre; 7) XXVI Jornadas de Derecho Laboral; 8) Primeras Jornadas de Sindicatura Concursal, Córdoba, 15 y 16 de noviembre de 2001. Na oportunidade o autor ainda tece comentários a respeito do tema inerentes ao El Proyecto de Código Civil de 1998, Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Chubut.

<sup>763</sup> IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., pp. 143-151.

<sup>764</sup> Alguns autores entendem que o fundamento normativo vem da regra disposta no art. 377 do CPCCN na Argentina, a exemplo de MARÍA BELÉN TEPSICH, Ob. cit., pp. 160-161. Também sobre o tema, vide JORGE WALTER PEYRANO, *De la carga probatoria dinámica emozada a su consagración legislativa*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 169-173. Consoante a lição de JUAN CARLOS VALLEJOS, Ob. cit., p. 459, o CPCCN segue um sistema misto, adotando por um lado o sistema dos aforismos, aquele em que “quem afirma deve provar”, e por outros termos que quem afirma a existência de um fato ou de um preceito jurídico que o juiz não tem a obrigação de conhecer, tem a carga de prová-lo, segundo o art. 377, §1º.

<sup>765</sup> Ob. cit., p. 334.

<sup>766</sup> LUCAS BURIL MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 161-163.

Essa temática da prova diabólica<sup>767</sup> apresenta-se como um fundamento até hoje utilizado para basear a dinamização do ônus da prova. Mesmo sem regra autorizadora, os tribunais argentinos vêm aplicando a técnica processual da dinamização do ônus da prova, com considerável assiduidade, nos casos de responsabilidade civil de profissional liberal, especialmente nos casos de erro médico.

#### 6.4.2. Na Espanha

Na esteira do entendimento de Jorge W. Peyrano, Marcos L. Peyrano<sup>768</sup> defende que a teoria processual nascida jurisprudencialmente na República Argentina, chegou a ser consagrada expressamente na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 2000 - Ley 1/2000. O autor dispõe que a teoria pode ter uma de suas manifestações legais na própria Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 1881, conforme o trabalho da jurisprudência, para poder ser efetivamente incluída, mais recentemente, na reforma processual do Reino da Espanha. Revela a ampla aplicabilidade do instituto e sua utilidade dentro de um processo dinâmico e moderno como aquele buscado pelo legislador espanhol, o qual, por sua vez, tem base no artigo 24 da Carta Magna espanhola que dispõe que “todas as pessoas têm o direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se indefeso<sup>769</sup>”.

Dessa maneira, a Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (Ley 1/2000) declara que é direito de todos uma tutela judicial efetiva, expressada no artigo 24 da Constituição, o que coincide com a necessidade social de uma nova Justiça, caracterizada precisamente pela efetividade. Conforme esse texto, foi incorporada a teoria das cargas probatórias dinâmicas no sistema normativo processual espanhol, em busca de um processo realmente efetivo, que possa brindar os jurisdicionados com uma oportuna e adequada resposta.

---

<sup>767</sup> De acordo com os ensinamentos de RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE e MAURÍCIO FERREIRA CUNHA, Ob. cit., p. 26, a teoria da carga dinâmica evita a chamada prova diabólica, ou seja, aquela impossível ou muito difícil de ser produzida por uma das partes.

<sup>768</sup> Ob. cit., pp. 179-180.

<sup>769</sup> Tradução livre



A teoria então foi ganhando espaço na doutrina civilista espanhola<sup>770</sup> e, em casos de dúvidas, os próprios juízes espanhóis se mostraram atraídos pelas possibilidades que permeiam o instituto ante as questões de “prova difícil” em carência de material probatório, tomando e aplicando o dinamismo em matéria de carga probatória, tendo em conta a disponibilidade e facilidade probatória correspondente a cada parte litigante. Pode-se traduzir a aplicação dos Tribunais espanhóis na denominada “regra ou princípio da facilidade probatória”, a qual atende a repartição do ônus probatório, segundo as particularidades circunstanciais de cada caso concreto, considerando a maior facilidade de provar os fatos, independente do caráter de autor ou de demandado<sup>771</sup>.

Sabe-se bem que a antiga Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, desde sua sanção em 1881, havia sido parcialmente retocada em numerosas oportunidades, sem impor uma reforma global que a atualizasse definitivamente. Esse foi o espírito do legislador espanhol ao dispor na Lei 1/2000<sup>772</sup>, consagrando nessa reforma importantes inovações em matéria processual para o país. Essa nova lei vem a se recorrer da doutrina jurisprudencial da “facilidade probatória”, que se baseia em evitar a aplicação de uma regra rígida em tema a ser difícil de provar para uma das partes, devendo valorar-se as circunstâncias de cada caso, em especial a disponibilidade de meios e a proximidade das fontes de prova (STS 8-10-97)<sup>773</sup>.

A nova lei reguladora do processo civil, de 2000, contemplou de maneira expressa a possibilidade de redistribuição da carga da prova no caso concreto, à medida da manifestação do direito à tutela judicial efetiva, disposta no artigo 24, 1, da Constituição Espanhola.

Impende ressaltar que o anteprojeto da referida lei não continha a disposição que admitia a dinamização do *onus probandi*. No entanto, por pressão

---

<sup>770</sup> A exemplo de E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del medico*. Aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trivium, 1988.

<sup>771</sup> MARCOS L. PEYRANO, *Ob. cit.*, pp. 186-187.

<sup>772</sup> Defendendo que a fonte inspiradora da dinamização é a legislação espanhola, especialmente a Ley de Enjuiciamiento Civil, de 07 de janeiro de 2000, no parágrafo 7º de seu art. 217, vide HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *Breves reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346.

<sup>773</sup> FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ e AGUSTÍN JESÚS PÉREZ CRUZ MARTÍN, *Derecho Procesal Civil*. Gijón: Forum, 2001, p. 394.

da doutrina e dos magistrados, fez-se incluir o nº. 7 no artigo 217, que norteia a aplicação das regras gerais da carga probatória<sup>774</sup>. Frise-se que já nos casos anteriores à referida lei, a jurisprudência tinha como possível a aplicação da técnica processual da flexibilização do ônus probatório, tendo por fundamento o denominado “princípio de facilidade” da prova.

O nº. 7 do artigo 217 tem uma função complementar, à medida que, de ordinário, haverá a distribuição estática. No entanto, percebendo o magistrado a existência de uma hipersuficiência probatória de uma parte em detrimento de grande dificuldade de arcar com o ônus probatório da outra, deverá dinamizar o ônus da prova.

De qualquer forma, a dinamização em Espanha<sup>775</sup> é realizada especialmente para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tendo o direito constitucional à prova, como pedra angular, eis que a ausência de prova transcende o campo processual, e determina, em última análise, a operação da própria lesão ao direito fundamental.

#### 6.4.3. No Uruguai

A carga probatória<sup>776</sup> é um imperativo imposto ao próprio interesse. É o fim a que o sujeito almeje de determinada maneira e não se exponha às consequências desfavoráveis que sua omissão lhe ocasiona. Muitas regras da carga ou ônus probatório vêm do “Direito Antigo”. Nesse sentido, Couture<sup>777</sup> afirma que “um conjunto de aforismos clássicos, alguns ainda pertencentes a um sistema processual que não existe, segue sendo de aplicação diária pelos tribunais”. A primeira regra é aquela que nos diz que “o autor tem a carga de provar”. Esta surge de brocardos que vem do Direito Romano: *actori incumbit probatio*<sup>778</sup>.

---

<sup>774</sup> LUCAS BURIL MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 159-161.

<sup>775</sup> Tratando das cargas probatórias dinâmicas na Espanha e também na Alemanha, vide CARLOS ALBERTO CARBONE, Ob. cit., pp. 210-212.

<sup>776</sup> Sobre o tema, vide MORELLO, SOSA e BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Tomo V-A. La Plata-Buenos Aires: Platense-Abeledo-Perrot, p. 25.

<sup>777</sup> Ob. cit., p. 242.

<sup>778</sup> JUAN CARLOS VALLEJOS, Ob. cit., p. 458.

Como bem recorda Arazi<sup>779</sup>, o incumprimento das regras de distribuição do ônus probatório deve ser valorado conforme as regras e através de uma crítica saudável. Com efeito, esta fórmula foi idealizada no Projeto Couture de 1945 e introduzida no Código Geral de Processo, vigente no Uruguai por força do artigo 140, que adverte que a valoração das insuficiências probatórias deve ser realizada conforme as regras da experiência e da lógica.

O Código de Processo do Uruguai, em seu artigo 139.2, consagra expressamente que a distribuição da carga probatória não obsta a iniciativa probatória do tribunal nem sua apreciação, conforme as regras da crítica saudável, das omissões e deficiências da prova<sup>780</sup>. Conforme assinala Véscovi<sup>781</sup>, essa norma instala a doutrina das cargas probatórias dinâmicas como regra de julgamento para o tribunal, que poderá considerar como presunção simples a conduta de quem, tendo em seu poder os meios idôneos de prova, não os produz e alega que a carga corresponde à parte contrária.

#### **6.4.4. Em Portugal**

Como bem lecionado por Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>782</sup>, toda estrutura da teoria das cargas probatórias dinâmicas está centralizada na justiça do caso concreto. É a busca constante, portanto, de um processo justo e equitativo. E processo justo e equitativo, segundo escólio de Rui Pinto<sup>783</sup> não é apenas a obtenção da tutela jurisdicional, mas também a configuração concreta que conduz à sua obtenção. Ou seja, o resultado do processo no plano substancial, representativo da configuração concreta do processo, deve ser justo e equitativo diante do caso apresentado.

Processo justo, na preciosa lição do mencionado processualista, tem relação com um sub grupo de garantias referentes ao modo como a tutela deve

---

<sup>779</sup> Ob. cit., p. 85.

<sup>780</sup> Tradução livre.

<sup>781</sup> *Código General del Proceso. Comentado*. Buenos Aires: Ábaco, 1998, p. 79.

<sup>782</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., pp. 205-214.

<sup>783</sup> *A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 78-91.

ser gerada segundo a ideia de Justiça - obrigação de dar a cada um o que lhe é devido -, em função da dignidade da pessoa humana. Para tanto, condiciona três dimensões necessárias para formação de tal desiderato: a) - processo é justo porque foi conforme a Constituição, ou seja, em conformidade com relação aos direitos fundamentais, centrada na igualdade e na participação das partes no processo e em especial ao princípio do contraditório; b) - é justo porque procurou a funcionalidade material, idônea a realizar a função de garantia dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, cometida ao direito à tutela jurisdicional, e; c) - é justo porque a sociedade o tem como tal, em razão da legitimação social do resultado.

Segundo o ilustre processualista português, o direito de acesso aos Tribunais, consagrado no artigo 20.1, da Constituição da República portuguesa<sup>784</sup>, pressupõe a existência de uma proteção jurídica integral e sem lacunas de todos os direitos e interesses legalmente protegidos. Referida garantia constitucional de acesso ao judiciário envolve também a sujeição do processo ao princípio do contraditório e da igualdade substancial entre as partes<sup>785</sup>.

A concepção da teoria da carga dinâmica da prova é sedimentada, portanto, pela efetivação dos direitos fundamentais no âmbito processual<sup>786</sup>. O direito de acesso à Justiça, representativo da concretização da jurisdição, somente estará configurado com a adequada tutela do direito material.

É essa a concepção constitucional de processo equitativo, representativo do disposto no artigo 20.4, da Constituição Portuguesa<sup>787</sup>. Nas precisas observações de José Lebre de Freitas<sup>788</sup>, o direito à jurisdição não se restringe ao âmbito formal, mas também ao direito fundamental a um processo equitativo, que

---

<sup>784</sup> “Art. 20.1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.”

<sup>785</sup> RUI PINTO, *Urgência procedimental e direito à tutela jurisdicional efectiva no art. 382, nº 1, do código de processo civil*. Caderno de Direito Privado. n. 31. jul./set., 2010, p. 40.

<sup>786</sup> Tratando da teoria da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico português, vide CAROLINA CRISTINA MIOTTO, *Onus probandi: uma breve análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a incidência nos sistemas processuais civis português e brasileiro*. Scientia Iuridica. t.63. n.336. Braga: Universidade do Minho, 2014, pp. 507-530; SANDRA ISABEL CORTESÃO MOREIRA, *Ob. cit.*, pp. 79-93; e CAIO DE OLIVEIRA CAVALCANTI, *Por uma distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.

<sup>787</sup> “Art. 20.4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

<sup>788</sup> *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. *Ob. cit.*, pp. 85 e ss.

é na verdade o direito a uma jurisdição efetiva que origine resultados individual e socialmente justos.

Por consequência, a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra amparo no direito fundamental ao justo processo. Assim, diante da excepcionalidade do caso concreto e da injustiça da técnica normativa prevista em lei para a solução do resultado material pretendido, o magistrado dimensiona o dispositivo legal inadequado à luz dos direitos fundamentais para suprimir ou atenuar sua aplicabilidade, impondo uma nova técnica que garanta às partes a observância do processo justo e a construção de uma correta decisão<sup>789</sup>.

Aliado ao direito fundamental de acesso a um processo justo, ainda na seara constitucional, é importante destacar o valor dos direitos fundamentais do contraditório<sup>790</sup> e da igualdade substancial entre as partes<sup>791</sup>, como supedâneos de aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas no sistema jurídico português.

O sentido mais lato de contrariedade representado pelo princípio do contraditório, na já ressaltada perspectiva de contraditório como poder de influência, idealizado por José Lebre de Freitas<sup>792</sup>, expressa que a participação efetiva dos demandantes no desenvolvimento do processo, também é campo de apoio de fundamentação para a sustentação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Basta perceber que a advertência judicial aos litigantes sobre a teoria tem o efeito indireto de propiciar um comportamento probatório ativo da parte que dispõe das melhores condições para a produção da prova.

Também no tocante ao direito fundamental da igualdade de armas entre as partes, a teoria dinâmica do ônus probatório tem incidência no plano substancial.

---

<sup>789</sup> Nesse sentido, MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Dicionário jurisprudencial de processo civil*. v.V. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 355, citando Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo nº. 0090052, datado de 23.06.1994, assevera que o juiz pode e deve promover as diligências que se lhe afiguram necessárias e úteis à construção de uma correta decisão. (...) Por conseguinte, segundo o mencionado autor, sempre que uma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter determinado documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o devido cumprimento de um ônus ou dever processual, deve o juiz, no exercício do dever de auxílio, advindo do princípio da cooperação, sempre que possível, providenciar a remoção do obstáculo. Ob. cit., p. 359.

<sup>790</sup> Expressado no Código de Processo Civil português no art. 3º, item 3.

<sup>791</sup> Art. 13.1, da Constituição Portuguesa e art. 4º, do Código de Processo Civil português.

<sup>792</sup> *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. Ob. cit., p. 108 e ss.

Ainda segundo José Lebre de Freitas<sup>793</sup>, igualdade substancial procura um equilíbrio entre as partes ao longo do processo, na perspectiva dos meios processuais que dispõem para apresentar, defender e fazer vingar suas respectivas teses. É, portanto, “um jogo de compensações gerador do equilíbrio global do processo, quando a desigualdade objectiva intrínseca de certas posições processuais leva a atribuir a uma parte meios processuais não atribuíveis à outra”.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, nessa perspectiva, permite transpor o modelo legal de igualdade formal para atingir seu espectro substancial. Uma das partes litigantes está em posição de supremacia probatória porque dispõe das melhores condições técnicas, fáticas ou profissionais para a realização da prova. A outra parte tem o encargo probatório dos pressupostos fáticos das quais não dispõem de condições efetivas para sua realização. Dinamiza-se o ônus justamente para garantir a ambas as partes o poder de influenciar igualmente no procedimento probatório e no resultado do julgamento, alcançando maior possibilidade de formação do juízo de fato pelo órgão julgador e da realização de um processo justo e equânime.

Mas a teoria das cargas probatórias dinâmicas também encontra apoio infraconstitucional no sistema jurídico processual português. Não se olvida que inexistente uma previsão legal expressa que diretamente faça remissão à dinamização do ônus da prova. Entretanto, de uma leitura atenta de todo o contexto normativo do sistema processual civil português, em comparação com as balizas dogmáticas estruturantes da teoria, extrai-se, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, que a teoria das cargas probatórias dinâmicas pode ser recepcionada indiretamente pelo sistema processual mencionado.

Afinal, em Portugal, a igualdade de armas entre as partes tem previsão expressa no artigo 3º, item 3, do Código de Processo Civil. A ideia de dinamização da prova não é estranha para o sistema processual no tocante à livre apreciação e encontra eco na norma do artigo 607º, item 5, do Código de

---

<sup>793</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. Ob. cit., pp. 118-119.

Processo Civil, segundo o qual as provas serão apreciadas livremente pelo juiz, “segundo a sua prudente convicção acerca de cada fato”.

Assim, o magistrado pode considerar, no momento da avaliação das provas produzidas pelas partes durante a instrução processual, as naturais dificuldades de sua realização e, nessa situação, julgar suficiente uma prova substancialmente imperfeita realizada pela parte que não dispunha das melhores condições de produzir a prova perfeita do pressuposto fático necessário, em detrimento da contraparte que dispunha das melhores condições probatórias para produção e comprovação dos fatos e, não obstante, quedou-se inerte, nada contribuindo para a busca da verdade material e infringido o princípio da cooperação processual.

Ressalte-se que o princípio da cooperação processual entre as partes também está assegurado pelo artigo 7º, item 1, do Código de Processo Civil português<sup>794</sup>, segundo o qual “Na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. A cooperação entre as partes é também princípio justificativo para a aplicação da teoria dinâmica da prova, na medida em que permite o recíproco empenho probatório para a descoberta da verdade material sobre os fatos controvertidos alegados e, por consequência, o alcance de um resultado substancial que corresponda de forma proporcional para a efetivação da composição justa do litígio, consoante normatizado no disposto pelo artigo 417º. Item 1, do Código de Processo Civil de Portugal (dever de cooperação para a descoberta da verdade).

Como visto, a teoria da dinamização do ônus da prova é também uma forma de garantia de efetivação da boa-fé processual. As condutas em juízo da parte devem ser voltadas para o esclarecimento da verdade material sobre os fatos controvertidos relevantes para o deslinde da querela. É dever das partes

---

<sup>794</sup> Em sentido contrário, ISABEL ALEXANDRE, *A fase da instrução e os novos meios de prova no código de processo civil de 2013*. Revista do Ministério Público. a.34. n.134. 2013, pp. 10-11, defende que o Código de Processo Civil português de 2013 não parece, em uma primeira abordagem, ter operado um reforço dos princípios do inquisitório e da cooperação, pois não houve acentuação dos poderes instrutórios do juiz ao dever de cooperação das partes com a descoberta da verdade, o que acontecera na reforma do revogado Código de Processo Civil português de 1961, ocorrida em 1995-1996. Para ela as preocupações do novo Código de Processo Civil centraram-se, sobretudo, ao nível dos princípios da celeridade processual e da imediação.

contribuir para uma justa composição do litígio. Não se admite comportamento processual dos litigantes que tenha como pano de fundo a omissão grave do dever de cooperação ou que espelhe qualquer esforço tendente a impedir a descoberta da verdade.

Nesse diapasão, urge ressaltar que o dever de boa-fé processual está previsto no ordenamento processual português pela regra do artigo 8º, do Código de Processo Civil - “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”. Ainda, a violação processual desse princípio processual pelas partes configura litigância de má-fé<sup>795</sup>, nos termos do artigo 542º, do referido diploma legislativo.

Lado outro, o poder instrutório do juiz, baseado no princípio do inquisitório, com previsão expressa no artigo 411º, do Código de Processo Civil, é mais uma norma legal que indiretamente assume feição de substrato normativo para o reconhecimento da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

O juiz dispõe, no moderno modelo publicista e solidarista do processo, do poder de buscar, independentemente da vontade das partes, a apuração da verdade para a justa composição do litígio. E, nesse prisma, a dinamização do ônus probatório nos termos da teoria mencionada nada mais é do que a exteriorização desse poder estatal na justa medida da busca da equidade para o caso concreto.

Por consequência, como bem lecionado por Miguel Mesquita<sup>796</sup>, os juízes não devem ser extremamente formalistas na interpretação e aplicação dos princípios em que se assenta o processo civil, sob pena de se perder a efetividade da justiça cível, algo essencial em nossos dias, criando-se um processo “amorfo”, mais próprio do século XIX e tolerado ao longo do século XX. Ao contrário, na esteira do contemporâneo processo civil, devem incrementar o poder de direção processual, com a justa medida e os redobrados cuidados. Nesse ínterim, seguindo a tendência verificada na legislação processual civil de outros países, não apenas de matriz romano-germânica, mas inclusive de matriz

---

<sup>795</sup> Para um amplo estudo sobre o dever de conduta das partes no processo e a litigância de má-fé, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso de direito de ação e culpa “in agendo”*. 2.ed.; Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>796</sup> *A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil: acórdão de 8 de Julho de 2010: [anotação]*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. a.143. n.3983. Coimbra: 2013, pp. 129-151.



anglo-saxônica<sup>797</sup>, a reforma de 2013 teria introduzido no artigo 6º, do Código de Processo Civil português, o denominado princípio da gestão processual, o qual atribui ao juiz o poder de exercer influência sobre o processo, quer ao nível do procedimento propriamente dito, quer ao nível do “coração” do processo, ou seja, do pedido, da causa de pedir e das provas. Os deveres que emanam deste princípio (direção, impulsão, simplificação e sanação) visam, assim, alcançar a celeridade processual, por meio de uma justa composição do litígio, em prazo razoável. Para o renomado jurista português, a gestão tem dois sentidos: um sentido puramente processual, ligado à tramitação do procedimento em si, e um sentido material, que conduz a uma interferência judicial ao nível de fundo, conteúdo ou mérito da ação, sendo suscetível de influenciar no conteúdo da sentença<sup>798</sup>. O princípio da gestão processual tornou-se, portanto, o verdadeiro *santo graal*<sup>799</sup> do novo processo civil português, sendo um dos principais fundamentos da possibilidade de adoção da teoria da dinamização do ônus probatório.

O acolhimento prático da teoria das cargas probatórias dinâmicas também pode ser vislumbrado no sistema processual civil português. A advertência judicial das partes em relação à sua possível aplicabilidade no momento da prolação da sentença encontra abrigo na fase pré-saneadora, nos termos do artigo 590º, do Código de Processo Civil, oportunidade em que as partes poderão, inclusive, diante da comunicação efetuada pelo juiz, aditarem a matéria fática para inserir, por exemplo, a contrariedade sobre a questão de fato relacionada a quem se encontra em melhores condições fáticas para a produção da prova necessária para a solução justa da causa.

---

<sup>797</sup> FERNANDO SILVA PEREIRA, *Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória: uma análise à luz do novo código de processo civil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. a.10. Porto: 2013, p. 115.

<sup>798</sup> Na doutrina brasileira, analisando o papel do magistrado na gestão processual, RONALDO SOUZA BORGES leciona tratar-se de um dever do magistrado, em sede de um sistema cooperativo, exercido em um aspecto formal (eminentemente ligado à adaptação do procedimento às peculiaridades e circunstâncias do caso concreto) e em um aspecto material (inerente propriamente à descoberta da verdade e à busca da decisão justa, que em tudo se relaciona com o aspecto probatório, abarcando, inclusive a flexibilização do *ônus probandi*). *O papel do juiz na gestão das provas no processo civil: a busca pelo equilíbrio entre ativismo judicial e judicial self restraint*. Ob. cit., pp. 173-177.

<sup>799</sup> MIGUEL MESQUITA, *Princípio de gestão processual: o "Santo Graal" do novo processo civil*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. a.145. n.3995. Coimbra: 2015, pp. 78-108.

O direito português estabelece, em regra, o ônus estático da prova no artigo 342º do Código Civil, assim como também admite a convenção sobre o ônus da prova no artigo 345º do mesmo diploma legislativo. No entanto, tendo em vista o dever de cooperação expressamente adotado, há possibilidade de inversão do ônus da prova pelo seu descumprimento<sup>800</sup>. Nesse ínterim, Caio de Oliveira Cavalcanti<sup>801</sup> defende que a regra disposta no artigo 344º, nº. 2, do Código Civil português, ao estabelecer a possibilidade de modificação do ônus probatório “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” é uma clara porta de entrada de aplicação da teoria da carga dinâmica no referido ordenamento jurídico.

Portanto, diante do exposto, perfilha-se do entendimento, salvo melhor juízo, de que a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra amparo normativo no sistema processual civil português, sendo concretizada por meio das decisões judiciais<sup>802</sup>.

#### **6.4.5. Na Inglaterra**

Contrariando a doutrina majoritária da Argentina, Gianvito Ardito<sup>803</sup>, ao lecionar acerca da teoria da dinamização, salienta que o seu embrião surge na lição do filósofo inglês Jeremy Bentham, conhecido por ser o difusor do chamado utilitarismo, o qual sustentava que “o ônus de provar, em cada caso individual, deve ser imposto à parte que pode dele se desincumbir com menos inconveniente, vale dizer, em menor prazo, com menos dificuldades e com custo menor”.

---

<sup>800</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 157-159.

<sup>801</sup> Ob. cit., p. 75. Analisando a inversão do ônus da prova prevista no art. 344º, do Código Civil português, com abordagem do artigo em sua integralidade, vide FELIPE VIANA DE MELLO, Ob. cit., pp. 74-76.

<sup>802</sup> Versando sobre a concretização da teoria da carga dinâmica em Portugal, através da análise de alguns posicionamentos jurisprudenciais, vide FELIPE VIANA DE MELLO, Ob. cit., pp. 114–123.

<sup>803</sup> *O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277.

Também para Zaneti<sup>804</sup>, a teoria preconizada por Peyrano tem raízes indiscutíveis na regra de distribuição do ônus da prova difundida por Jeremy Bentham. De certo modo a teoria de Peyrano nada mais é do que a reprodução do pensamento de Bentham acerca do ônus da prova. A única diferença é que, enquanto Bentham traça sua regra de distribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la como um princípio ou regra geral, Peyrano trata sua teoria da carga dinâmica da prova como regra excepcional, aplicável somente quando, no caso concreto, as regras clássicas de repartição do ônus da prova se mostrem inoportunas ou inadequadas para a busca da verdade e consequente solução do litígio.

A seu turno, Caio de Oliveira Cavalcanti<sup>805</sup> leciona que as teorias de Bentham e Demogue guardam íntima relação com a teoria das cargas probatórias dinâmicas, o que enseja que a contemporânea ideia de flexibilização do ônus da prova pode ter tido seu nascedouro a partir dessas ideias. Esclarece, todavia, que o equívoco de tais doutrinadores foi considerar a teoria como regra geral de aplicação e não excepcional, de acordo com as especificidades do caso concreto.

Diante da referida divergência doutrinária sobre a origem das “cargas probatórias dinâmicas”, apresenta-se pertinente a lição de Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto<sup>806</sup> quando defendem que referida teoria tem origem incerta – já figurava na doutrina inglesa do século XIX, na obra de Jeremy Bentham, e há muito na doutrina alemã, visto que amplamente criticada por Leo Reosenberg -, mas que teve na Argentina seu desenvolvimento e enriquecimento, com a obra de Jorge Walter Peyrano.

Torna-se claro, entretanto, que o princípio da cooperação e o reforço aos poderes instrutórios do juiz são bases fundamentais das “cargas probatórias

---

<sup>804</sup> Ob. cit., p. 123.

<sup>805</sup> Ob. cit., p. 60.

<sup>806</sup> Ob. cit., p. 136. Impende registrar que para os referidos autores a dinamização do ônus da prova não equivale ao ônus da prova dinâmica ou à teoria dinâmica da carga da prova. Enquanto naquela existe um ônus da prova fixo e passível de modificação, nestas o ônus da prova é sempre fixado pelo juiz, sem qualquer predeterminação legal. Enfim, o que teríamos no CPC/2015 é uma dinamização do ônus da prova e não o ônus da prova dinâmico – que, pelos graves problemas de segurança jurídica que enseja, não encontra resguardo em nenhum sistema processual. Ob. cit., p. 139.

dinâmicas”. No direito processual inglês, pode notar-se com Zuckerman<sup>807</sup> que a tendência legislativa tem sido no sentido de se conferir ao tribunal um maior poder de controle sobre o andamento do processo (*case management powers*), bem como os instrumentos necessários para que o mesmo faça cumprir as suas ordens (*compliance powers*), sem prejuízo da manutenção da matriz adversarial do processo. Essa evolução ficou a dever-se, em grande medida, à entrada em vigor do *Civil Procedure Rules* de 1998, em 26 de abril de 1999, diploma que segundo o autor inglês operou uma autêntica transformação no direito processual civil inglês ao contemplar um *overriding objective*, que introduz no sistema o princípio da eficiência, e que permite que se possa mesmo falar em um novo conceito tridimensional da justiça, fundado em critérios de verdade, tempo e recursos disponíveis. Refere-se o autor que subjacente a esse *overriding objective* pode deslindar-se uma alteração de fundo no direito processual civil e da cultura de litigância, baseado no reforço dos poderes do órgão jurisdicional e no dever de cooperação que recai sobre as partes (*the duty of parties cooperate*).

O exemplo serve para demonstrar que, embora por razões que historicamente podem não ser coincidentes, não apenas nos sistemas jurídicos da Europa continental, mas também em sistemas como *english adversarial system*, segue-se a mesma tendência de reforço dos poderes do tribunal e de consagração de um modelo baseado numa ideia de cooperação entre os sujeitos processuais<sup>808</sup>.

Percebe-se, assim, que vários países têm aderido à tendência de admitir a dinamização do ônus da prova. Isso apenas reforça a insatisfação com a teoria clássica de distribuição estática, por ser incapaz de resolver diversos casos concretos, gerando injustiças.

Enquanto países como Portugal inseriram previsões expressas, ainda que indiretas, admitindo essa dinamização, embora de caráter sancionatório, países como a Argentina construíram essa possibilidade por meio da jurisprudência e dos estudos doutrinários.

---

<sup>807</sup> *Civil procedure*. Lexis Nexis, 2003, pp. 1-2.

<sup>808</sup> FERNANDO SILVA PEREIRA, Ob. cit., p. 116.

Muito embora seja possível a dinamização sem a alteração legislativa, ela ainda assim é aconselhável, pois facilita a sua utilização. A necessidade de uma construção alheia ao texto normativo, por vezes, impede sua utilização por juristas mais legalistas. O Brasil, ao inserir a possibilidade de dinamização no Código de Processo Civil de 2015, deu um passo essencial na consolidação da teoria.

## 6.5. A teoria das cargas probatórias dinâmicas no Brasil

Apesar de não se poder rotular a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil de 2015 de absoluta novidade<sup>809</sup>, certo é que sua previsão no código tornará sua aplicação mais frequente e permeada de maior segurança jurídica, já que a novel legislação trouxe, expressamente, o *modus operandi* de sua incidência, com requisitos, limites, momento processual, dentre outros.

A distribuição do ônus da prova disposta no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973 foi regulada de maneira fixa, estática, apriorística, independentemente das características específicas de cada caso concreto, considerando apenas a posição das partes e a natureza do fato a ser provado.

Até mesmo pelo contexto liberal-individualista em que aquela norma processual foi elaborada, verificava-se sua intenção em primar pela igualdade formal entre as partes, dividindo de maneira igualitária o ônus da prova entre os litigantes, buscando segurança jurídica pela previsibilidade no procedimento e pela imparcialidade no tratamento das partes<sup>810</sup>.

Consoante a crítica de Eduardo Cambi<sup>811</sup>, a distribuição do ônus da prova na forma disposta no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973 estava muito mais preocupada com a decisão judicial – com qualquer decisão judicial, pois vedado o *non liquet* – do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo de seu direito, julga-se improcedente o pedido. Ao contrário, se o demandado não

---

<sup>809</sup> Analisando a distribuição dinâmica do ônus da prova do Brasil, vide ROBSON RENAULT GODINHO, Ob. cit., pp. 579-586.

<sup>810</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., pp. 212-213.

<sup>811</sup> *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 249-250.

conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, tendo o autor se desincumbido do seu *onus probandi*, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com relação à dificuldade ou à impossibilidade de a parte realizar provas quanto aos fatos a serem demonstrados em juízo.

Essa distribuição, por mostrar-se diabólica, pode inviabilizar a tutela de direitos lesados ou ameaçados, especialmente aqueles de natureza extrapatrimonial (como os direitos fundamentais sociais e à higidez do meio ambiente), os quais não foram adequadamente refletidos pelo modelo liberal (individualista e patrimonialista) adotado pelo Código de Processo Civil de 1973.

Sob esse ponto de vista, a dinamização dependeria de um controle circunstancial de não recepção do artigo 333. No entanto, a dinamização entendida como uma modificação da disposição feita pelo legislador com base em uma aplicação criativa de princípios constitucionais revelou-se bastante problemática – exatamente como qualquer outra aplicação que não esteja clara e expressamente prevista em um texto legal. De fato, a aplicação criativa não é, geralmente, bem recebida pela doutrina tradicional. Essa aversão é fundada numa visão redutiva do princípio da legalidade, ultrapassada pelo atual Estado Constitucional<sup>812</sup>.

No Código de Processo Civil de 1973 não existia previsão da dinamização do ônus da prova. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência começaram a perceber a insuficiência da distribuição estática para certos casos específicos. A partir da constitucionalização do processo, e da consequente aplicação dos princípios constitucionais, em especial dos princípios de acesso à justiça, da cooperação e da adequação procedimental, procuram-se soluções para os casos-limite. Em situações específicas, nas quais se constatasse a presença da prova diabólica, a aplicação do ônus probatório ali consagrado poderia ferir o direito de acesso à justiça<sup>813</sup>, gerando ao órgão jurisdicional o poder-dever de adaptar o

---

<sup>812</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 164.

<sup>813</sup> A expressão acesso à justiça não é de fácil definição, mas serve para ensejar (sinalizar) duas finalidades básicas no ordenamento jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível à todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”. MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

procedimento, dinamizando a regra estática disposta no artigo 333, em consonância com os demais direitos fundamentais processuais<sup>814</sup>.

Na esteira das lições de Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>815</sup>, mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973<sup>816</sup>, em termos infraconstitucionais, o sistema processual brasileiro não divergia e também encontrava substrato normativo apto a acolher a teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Para o citado autor, o artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 era expresso em determinar que, no desenvolvimento do processo, competia ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. Como já exposto, um dos pilares da teoria das cargas probatórias dinâmicas é justamente a busca pela igualdade substancial entre as partes litigantes. Nos mesmos termos relacionados aos poderes conferidos ao juiz para o desenvolvimento do processo, é curial consignar também a positivação do princípio da livre apreciação das provas, conforme exposto no artigo 131 do mencionado estatuto processual. Ainda era imprescindível mencionar que aquele Código de Processo Civil brasileiro considerava, nos termos do artigo 14, como deveres das partes a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade (inciso I) e de proceder com lealdade e com boa-fé (inciso II). Por fim, o poder instrutório do juiz de intervir na produção das provas para a busca da verdade real tinha apoio legal na norma do artigo 131, do referido estatuto processual.

Consoante essa interpretação, Zaneti<sup>817</sup> defendeu a possibilidade de aplicação das “cargas probatórias dinâmicas” diante de uma interpretação sistemática do parágrafo único, inciso II, do artigo 333 e dos artigos 130 e 339 do Código de Processo Civil de 1973.

---

<sup>814</sup> Tratando da aplicação da carga dinâmica como manifestação de efetivo acesso à justiça, vide FELIPE VIANA DE MELLO, Ob. cit., pp. 79-81.

<sup>815</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., pp. 205 e ss.

<sup>816</sup> No Brasil já trataram do assunto, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*. v.2. 12.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 509; ANTÔNIO JANYR DALL’AGNOL JR., Ob. cit.; JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Sobre o ônus da prova*. Estudos de Direito processual civil (em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão). MARINONI, Luiz Guilherme. Coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 363-365; e ANDRÉ LUIZ MARCASSA FILHO, *Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2015.

<sup>817</sup> Ob. cit., pp. 143-145.

Nessa seara, o fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz, que lhe foram deferidos pela letra do artigo 130 do revogado Código de Processo Civil, foi muito bem retratado por Maria Elizabeth de Castro Lopes<sup>818</sup> em artigo intitulado “Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil”, no qual a autora registrou a existência de opiniões pela aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no cenário nacional como decorrência dos poderes instrutórios do magistrado, tal como pensamos. Assim escreveu a autora: “É certo, porém que em algumas áreas fica mais evidente o fortalecimento dos poderes do juiz, como ocorre nas relações de consumo, em que a lei permite a inversão do ônus da prova. Também se registram opiniões no sentido da inversão em outras relações jurídicas e das chamadas cargas dinâmicas da prova”. Com essas considerações chega-se à conclusão: também já existia substrato de apoio à teoria das cargas probatórias dinâmicas no sistema processual civil brasileiro, ainda que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, a preponderante distribuição estática foi aos poucos sendo questionada. Mais recentemente, diversos projetos de lei já previam a dinamização, que veio a ser abraçada no Código de Processo Civil de 2015.

Na esteira desse entendimento, objetivando romper com essa lógica perversa, o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078, de 1990, conferiu poderes ao juiz para que, ao considerar o caso concreto, pudesse, dentro dos critérios legais (da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor), inverter o ônus da prova. Referida norma consumerista também pode ser considerada como propulsora da aplicabilidade da teoria da carga dinâmica da prova no Brasil<sup>819</sup>. A hipossuficiência técnica é um das diretrizes utilizadas pela doutrina para se aplicar a teoria da carga dinâmica da prova. O artigo 6º, VIII, deste Código, fala em verossimilhança e hipossuficiência como requisitos alternativos para a inversão do ônus da prova.

Outra hipótese de aplicação da teoria seria o artigo 232, da Lei nº. 10.406 de 2002 – Código Civil Brasileiro, que aponta que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

---

<sup>818</sup> *Ativismo judicial e o ônus da prova no processo civil*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo/IASP. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./jun., 2007.

<sup>819</sup> ZANETI, Ob. cit., pp. 155-165.



Trata-se de dispositivo direcionado às ações de investigação de paternidade, nas quais quem tem melhores condições de fornecer a prova para elucidação do litígio é o pretense pai. Assim, o ônus da prova em ações de investigação de paternidade pertence, inicialmente, ao autor; sendo invertido esse ônus, ao réu, se esse último se negar a realizar o “temido” exame de DNA, a teor, inclusive, do disposto na súmula nº. 301 do Superior Tribunal de Justiça<sup>820</sup>.

Vislumbrando e reconhecendo a utilidade e adequação da distribuição dinâmica do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de otimização da instrução, foram também elaborados projetos de lei trazendo a técnica processual em seu bojo. São exemplos o PL 5.139-2009 (nova Lei da Ação Civil Pública), o PL 282-2012 (projeto de alteração do Código de Defesa do Consumidor) e o PL 8.046-2010 (projeto do novo Código de Processo Civil, apensado ao PL 6.025-2005) que originou o Código de Processo Civil de 2015. Ressalte-se que o projeto de lei 5.139-2009 (nova ação civil pública) surgiu de proposta apresentada tendo como pano de fundo o amplo debate doutrinário que se iniciou com a proposta de anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal em Caracas, 2004, que atalhou o tema em seu artigo 12.

Com o escopo de se buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (artigo 12, §1º, 1ª parte), bem como no Anteprojeto de Processos Coletivos (artigo 11, §1º), o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova.

Portanto, pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, técnicas ou jurídicas de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa a posição que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem

---

<sup>820</sup> “Súmula nº. 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se o exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 24.01.2017.

tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

O Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da aprovação do novo Código de Processo Civil, reconheceu a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, merecendo destaque, a esse respeito, o seguinte trecho de voto da lavra da Ministra Nancy Andrighi<sup>821</sup>: “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (artigos. 5º, caput, da CF, e artigo 125, I, do CPC), do devido processo legal (artigo 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF), da solidariedade (artigo 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (artigo 14, II, do CPC), bem como os poderes instrutórios do juiz (artigo 355 do CPC)”<sup>822</sup>.

Na esteira do referido Código Modelo, o Novo Código de Processo Civil brasileiro revoluciona o tratamento probatório, porque rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, não vinculando o magistrado aos critérios da posição das partes em juízo e das espécies de fatos controvertidos, preconizada pela técnica contida no revogado artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973.

É certo que, no Código de Processo Civil de 2015, o artigo 373, *caput*, distribui o ônus da prova de acordo com a natureza da alegação de fato a provar. As partes possuem, em princípio, o ônus de alegar e de provar conforme o disposto na anterior legislação processual civil de 1973. Mas, a norma que distribui o ônus da prova tem dupla finalidade no processo civil brasileiro

---

<sup>821</sup> STJ - REsp 1084371-RJ; Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma; j. 01.02.2011; p. DJe 12.12.2011. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 24.01.2017.

<sup>822</sup> No mesmo sentido, mesmo antes da aprovação do Código de Processo Civil de 2015, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já preconizava que: “Quando se pensa na aplicação da teoria dinâmica, quase sempre se está diante de uma “prova diabólica”, expressão esta que traduz a situação em que a produção probatória seja difícil ou impossível a uma das partes. Ocorre, por exemplo, quando uma parte, desincumbida de produzir a prova, detém os documentos necessários para solucionar a controvérsia, e a outra, incumbida de provar, não tem acesso (ou o acesso é difícil) a tais documentos. Assim, sempre que se está diante de um ônus probatório difícil ou impossível, fala-se de uma “prova diabólica”, e quase sempre, pode-se aplicar a Teoria Dinâmica, desde que haja uma parte com melhores condições de provar. Recurso Especial 1.286.704-SP. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma; j. 22.10.2013; p. DJe 28.10.2013. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 24.01.2017.

contemporâneo. Serve como guia para as partes, funcionando como uma regra de instrução, que visa estimulá-las à prova de suas alegações e adverti-las dos riscos que correm ao não prová-las. Serve ainda como um guia para o juiz, no que aparece como uma regra de julgamento, a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidi-la sem arbitrariedade, formalizando o seu julgamento com a aplicação do artigo 373<sup>823</sup>.

A dinamização ocorre, entretanto, na previsão do §1º, do mencionado artigo 373<sup>824</sup>. Assim, não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário, eis que à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte, prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional - atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova - poder para dinamizar o ônus, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência que visa superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o magistrado, no cumprimento de seu dever de auxílio para com os litigantes, dinamizar o ônus da prova sempre que seus elementos materiais e processuais se façam presentes, a fim de garantir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo. Não pode o juiz em hipótese alguma, contudo, dinamizar o ônus da prova na ausência de quaisquer de suas condicionantes<sup>825</sup>.

---

<sup>823</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., p. 395.

<sup>824</sup> Sobre o tema, vide AUGUSTO CURY, *Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2015; HAROLDO LOURENÇO, *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Método, 2015; e RAFFAELA CÁSSIA DE SOUSA, *A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil*. Curitiba: Crv, 2015.

<sup>825</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., pp. 395-396.

A referida dinamização, pela própria interpretação do artigo referido, demonstra a existência de condicionantes materiais e processuais para sua aplicação<sup>826</sup>.

Na perspectiva material, deve-se apontar a não incidência, por inadequação, do artigo 373, *caput*. Uma regra só é aplicável se o seu sustentáculo fático se verifica e se sua incidência não é afastada pela finalidade que motiva a edição da própria regra. Não estando atendida a razão motivadora da regra, essa tem a sua incidência afastada por não ser razoável a sua aplicação. Em sua dimensão subjetiva, o ônus da prova serve para nortear a conduta probatória dos demandantes, objetivando levar ao processo todos os elementos de prova necessários para a justa resolução do caso concreto. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se obtenha a justiça no caso real. Eis aí sua razão motivadora. Não se pode conceber que se atingirá a uma decisão justa, atribuindo-se a produção de uma prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo não se aplica o *caput*, mas o §1º. Deve-se aferir se o outro demandante, a princípio desincumbido do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar, se tem maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus. Observe-se porém, que de acordo com o §2º do mencionado artigo, não se poderá, de forma alguma, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma prova diabólica inversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica.

No que se refere às condicionantes processuais, temos que duas são necessárias para a dinamização: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação tem de estar expressa nos autos indicando a razão pela qual não incide a regra geral e os princípios que levaram o julgador a considerar que a parte inicialmente desonerada da prova apresenta maior facilidade probatória diante do caso concreto. Feita a justificativa, deve-se conceber a devida oportunidade à parte, a

---

<sup>826</sup> MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, Ob. cit., pp. 396-397.

quem agora foi atribuído o ônus da prova, para desincumbir-se deste encargo, diligenciando a produção da prova correspondente.

Diante do exposto, a visão estática e tradicional da distribuição do ônus da prova, se justificável à época em que foi concebida a legislação revogada, já não podia mais prevalecer no atual Estado constitucional, em que se elevou o acesso à ordem jurídica justa ao *status* de direito fundamental (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), pois insuficiente para a solução de uma série de conflitos.

A divisão estática não se ajustava perfeitamente a muitos casos concretos, eis que alheia à igualdade substancial das partes e às características do direito material tutelado. Assim, poderia levar a situações de vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e aos meios de prova disponibilizados aos litigantes, redundando na inutilidade da prestação jurisdicional. Desprezando particularidades do caso concreto e características das partes e do direito material, poderia resultar em “violação oculta à garantia de acesso à justiça”<sup>827</sup>.

Imperativo apontar que a aplicação da técnica processual da dinamização do ônus da prova só deve ser utilizada *in extremis*, ou seja, quando for medida necessária à prestação adequada da tutela do direito material.

Não se admita a ideia de que a dinamização não deve ser mera exceção, mas, sim, a própria regra geral, visto que a distribuição estática consegue resolver com justiça a maior parte dos casos e, ademais, essa interpretação acabaria por inverter a funcionalidade do instituto, que é a correção constitucional da prova<sup>828</sup>.

Os incisos I e II, do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 foram pensados para casos normais e correntes e, nessas hipóteses, terão aplicação plena. Em casos excepcionais, todavia, em que a regra geral opera mal, a flexibilização é imperativo do processo justo e da efetivação do próprio direito substancial. Aplicando-se a dinamização indistintamente, acabar-se-á por figurar nova regra rígida, o que se combate por desfavorecer a tutela adequada dos direitos.

---

<sup>827</sup> Expressão usada por DANILO KNIJINIK, *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 173.

<sup>828</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, *Ob. cit.*, p. 171.

Assim, é possível formularmos a seguinte construção: A teoria da dinamização do ônus da prova não invalida a distribuição estática, a qual funciona adequadamente na grande maioria dos casos. No entanto, se no caso concreto, esta teoria não se mostra adequada, gerando encargos excessivos para uma das partes, quando a outra tem melhores condições, impõe-se a dinamização. Dessa forma, a distribuição com caráter dinâmico só será realizada em caráter subsidiário, em caso de mau funcionamento dos incisos I e II, do artigo 373, do novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, o sistema processual inaugurado pelo novo código adota a teoria da distribuição estática do ônus da prova e complementa-a com regra que efetiva a razão de ser da doutrina das cargas dinâmicas. Embora a fixação do ônus tenha sido feita previamente pelo legislador, o magistrado tem o poder-dever de dinamizar o ônus da prova nos casos em que a aplicação da regra abstrata (*caput* do artigo 373) revelar-se técnica constitucionalmente inadequada para o exercício do imperativo de distribuição de justiça, adequando os ônus probatórios às peculiaridades de causa (artigo 373, §1º).

Afinal, a manutenção pelo legislador processual reformador da distribuição legal-estática do ônus da prova como regra geral, assim como na legislação anterior, se mostra adequada à maioria dos litígios, sendo apenas excepcional a necessidade de distribuição dinamizada do ônus. Apesar das vantagens da dinamização, ela deve sempre ser tida como uma exceção, pois impõem-se que a orientação adequada do sistema é no sentido de ser necessária a existência de uma regra geral, legal e estática, conhecida por todos de antemão, mesmo anteriormente ao início do processo. Apenas quando a aplicação dessa regra prévia dificultar ou impossibilitar o atendimento das finalidades constitucionais do processo, dada as características específicas do litígio concreto, é que se permite sua modificação.

Cabe à nova legislação reforçar o senso comum e as máximas da experiência, ao reconhecer, à luz do direito material discutido, quem deve provar evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual, diante da dificuldade da prova que a beneficia.

Destaque-se que a excepcionalidade da aplicação da teoria também se deve ao fato de o jurisdicionado ter o direito fundamental de não produzir prova

contra si mesmo (corolário do devido processo legal), o qual a despeito de sua maior incidência no direito penal, não pode estar limitado a ele. Mas não existem direitos absolutos. Assim, quando existe confronto entre direitos fundamentais, cabe ao intérprete, frente ao caso concreto, sopesar qual deles deve prevalecer para aquela situação.

Dessa forma, considerando que do direito de ação (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988) decorre a efetividade da prestação jurisdicional - que deve ser adequada para a solução do litígio, em casos excepcionais mostra-se admissível que se distribua o ônus da prova de forma diversa daquela taxativamente enumerada na lei, desde que por meio dela seja alcançada uma decisão mais justa.

Frise-se que as hipóteses previstas no artigo 373, §1º, do novo Código de Processo Civil possuem expressões vagas, conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao intérprete preenchê-las em cada caso concreto. A carga da prova, assim distribuída, por consolidar uma visão amplamente solidarista do *onus probandi*, supera a visão individualista e patrimonialista do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos direitos.

Para Gianvito Ardito<sup>829</sup>, a distribuição dinâmica do ônus da prova está atrelada aos seguintes pontos: (i) a boa-fé que deve permear todos os atos das partes no processo (artigo 5º do novo Código de Processo Civil); (ii) o imperativo de que ninguém pode se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (artigo 387 do novo Código de Processo Civil); (iii) a garantia de igualdade de tratamento às partes, a ser assegurada pelo juiz (artigo 139, I, do novo Código de Processo Civil), inclusive no que tange à possibilidade de produção da prova; (iv) a necessidade de o magistrado julgar o feito, independente da inexistência ou insuficiência de provas (artigos 140 e 141 do novo Código de Processo Civil); e (v) a aplicação do princípio da comunhão da prova (artigo 371 do novo Código de Processo Civil), consistente no fato de que a prova produzida não pertence à parte, mas, sim, ao processo, razão pela qual ela poderá ser utilizada em desfavor daquele que a produziu ou requereu.

---

<sup>829</sup> Ob. cit., p. 278.

Como já afirmado, a dinamização do ônus da prova é também expressão do princípio da cooperação, servindo como meio de tutelar este princípio quando houver abuso que prejudique, potencial ou efetivamente, o acesso à justiça de algum dos sujeitos processuais<sup>830</sup>.

Dentre os objetivos do novo Código de Processo Civil, enunciados pela comissão na exposição de motivos, está o de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente á causa”. O legislador, rompendo com o já multiemendado Código de 1973, buscou efetivamente a “forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material”. Nesse ponto, andou bem o Poder Legislativo ao introduzir a possibilidade genérica de dinamização de acordo com as particularidades do caso concreto, instituto que potencializa o descobrimento dos fatos e reduz as chances de uma decisão formal pautada no ônus probando como regra de julgamento.

Em suma, a teoria está assentada em três argumentos fundamentais<sup>831</sup>: i) pressupõe uma visão cooperatória e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil.

Como salientado, seria dispensável a regulamentação legislativa e até mesmo desnecessário o artigo 373, §1º, do novo Código de Processo Civil, porque bastaria bem compreender o artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988, para permitir que o juiz aplicasse a teoria da carga dinâmica da prova. Todavia, a expressa menção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no artigo 371, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 foi importante, para assegurar à legislação técnicas processuais mais avançadas.

## **6.6. Requisitos e hipóteses da dinamização do ônus da prova**

Analisando a norma inserida no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que a hipótese de dinamização ocorre quando uma das

---

<sup>830</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 142-143.

<sup>831</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., p. 259.



partes, acentuadamente em relação à outra, detenha: a) conhecimentos técnicos ou; b) informações específicas sobre os fatos ou; c) maior facilidade em sua demonstração. Enfim, o que se exige é a existência de nítida desigualdade entre as partes acerca das condições probatórias, configurada por uma grande dificuldade de um lado e a relativa facilidade do outro<sup>832</sup>.

Um dos desafios à utilização da dinamização probatória está na identificação do que significaria a hipossuficiência probatória de uma das partes em relação à outra. Em geral, é possível fazer referência aos casos em que a uma das partes seja mais fácil, menos gravoso ou até mais rápida a produção de uma determinada prova. Essa diferença nas condições probatórias pode estar relacionada com questões profissionais, técnicas e qualquer outro fator que torne a produção da prova extremamente difícil por uma das partes e mais fácil para a outra.

Os requisitos, naturalmente, podem ser classificados como termos vagos ou conceitos jurídicos indeterminados, sendo paulatinamente densificados pela atuação jurisprudencial e doutrinária. Naturalmente, no início existirão dúvidas sobre o que significa cada requisito para a dinamização. No entanto, é melhor essa opção do que uma rigidez que impediria a adaptação do processo às especificidades dos casos concretos.

O desafio será justamente o balanceamento desses requisitos, ou seja, o de identificar em quais hipóteses tem-se um desequilíbrio das condições probatórias entre as partes e, mais ainda, quando, mesmo com a sua existência, a dinamização não irá provocar a criação de uma prova diabólica para a parte adversária.

É evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justificará a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade de outro. A mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não é uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios. Além disso, uma simples dificuldade na produção de uma prova não permite a utilização da técnica da dinamização, mas

---

<sup>832</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 172.

tão somente quando a produção probatória for extremamente difícil ou praticamente inviável<sup>833</sup>.

Podemos em termos genéricos e ainda na esteira dos ensinamentos de Macêdo e Peixoto<sup>834</sup>, eleger as principais hipóteses de dinamização:

A primeira seria com base na prova diabólica. A flexibilização do *onus probandi* tem ampla gama de aplicabilidade prática, sempre com o fito de proporcionar um processo equânime, que tutele os direitos fundamentais processuais e garanta o acesso à ordem jurídica justa.

A prova diabólica “é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil”<sup>835</sup>, independente de seu motivo.

O conceito tem origem no direito romano, sendo utilizado naquele tempo para denominar a prova a ser realizada na ação reivindicatória, situação na qual o autor precisava, para obter sucesso na demanda, provar ser o titular originário do bem, e, em não o sendo, fazer prova de por quem o adquiriu e, não sendo também este último o proprietário originário, deveria provar por quem ele adquiriu o bem, seguindo esse processo até se obter ciência do *dominus* originário<sup>836</sup>. Percebe-se a ocorrência da sinédoque, eis que hoje se emprega a *probatio diabolica* para descrever qualquer situação em que a instrução seja muito difícil ou impossível.

Destarte, vislumbrado pelo magistrado caso em que a prova se revela de muito difícil ou impossível produção por uma das partes, enquanto para a outra há maior facilidade, deve proceder à adequação do procedimento, estruturando a atividade probatória a partir da dinamização da carga da prova, tornando mais provável um julgamento pautado em um convencimento mais acertado faticamente, e, portanto, mais justo.

A segunda hipótese tem por base a prova dos fatos negativos. A prova diabólica tem recebido atenção na jurisprudência e doutrina, nomeadamente nos

---

<sup>833</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., p. 177.

<sup>834</sup> Ob. cit., pp. 176-188.

<sup>835</sup> ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual. n.31. São Paulo: Dialética, p. 12. Ainda sobre o tema, vide CAIO DE OLIVEIRA CAVALCANTI, Ob. cit., pp. 82-85.

<sup>836</sup> MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO, *Dinamicização do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

casos de prova de fato negativo. Ainda que aplaudível o acerto dos tribunais, acentua-se que nem em todos os casos de fatos negativos deve-se recorrer à modificação do encargo probatório<sup>837</sup>.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas no nosso sistema vem em auxílio dos jurisdicionados, tendo em conta as carências da distribuição estática. Não se deve engessar novamente o procedimento por meio de regra, doutrinária ou jurisprudencial, de que se tratando de fato negativo há de se dinamizar o *onus probandi*.

Há fatos negativos que podem ser provados, não constituindo, por conseguinte, razão para aplicação da dinamização do ônus da prova. Deve-se proceder com cautela, pois à primeira vista parece impossível provar um fato não ocorrido. Mas é preciso distinguir entre fato negativo definido e fato negativo indefinido, pois somente este não pode ser objeto de prova. Por exemplo, é impossível alguém provar que nunca esteve em determinada cidade. No entanto, se a questão probatória está relacionada com o fato de uma das partes não ter estado nesta localidade em determinada data, basta que ela comprove que estava em outra localidade naquele dia.

A terceira diz respeito a situações peculiares de direito material. Na doutrina, encontram-se posicionamentos no sentido de que algumas situações específicas de direito material requerem a flexibilização da carga da prova. A tese se ampara nas peculiaridades de certos acontecimentos que necessitam de trato processual particular, sendo exemplo dessas situações o erro médico, lesões pré-natais, dano ambiental, recusa ao serviço militar obrigatório por imperativo da consciência, acidentes de trabalho<sup>838</sup>, dentre outros.

Para análise do cabimento da dinamização, impõe-se a avaliação das peculiaridades no caso concreto, sobretudo no que diz respeito à desigualdade de oportunidade para instrução da causa, que é vinculada à técnica processual em questão. Nesse sentido, v.g. mesmo no caso de dano ambiental, é possível que se vislumbre ocasião em que o próprio Ministério Público esteja na posse dos meios de prova da responsabilidade civil do réu, tornando despicienda a dinamização da regra geral do risco probatório.

---

<sup>837</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO E RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 179.

<sup>838</sup> Ibid., p. 183.

A quarta hipótese se refere à obstaculização da instrução pela parte adversa. Outra circunstância que gera a prova diabólica é exatamente o comportamento ímprobo da contraparte, fazendo-se aproveitar de sua superioridade probatória – por razões técnicas, às vezes econômicas, ou mesmo de informações – para impedir o convencimento da verdade do juiz, quando esta lhe é prejudicial. Nessa hipótese, tem-se clara atuação da técnica da dinamização contemplando o princípio da cooperação e, portanto, proporcionando isonomia e paridade de armas.

Caso o magistrado vislumbre que um dos litigantes está procurando se evadir do seu dever de contribuição à elucidação dos fatos, deve, em regra, dinamizar o encargo probatório, no tangente ao fato probando específico problematizado, em desfavor do sujeito processual que descumpriu o dever de colaboração.

#### **6.7. A questão da melhor condição probatória**

Ainda nesse ínterim, necessário desenvolver uma argumentação sobre o que seria considerado melhor posição probatória de uma parte, ante a dificuldade probatória da outra<sup>839</sup>. Em outras palavras, em que implica estar em melhores condições de produzir a prova.

O sujeito a quem se atribui a carga probatória dinamizada precisa estar revestido de uma posição privilegiada e destacada em relação ao material probatório, frente à sua contraparte. É decidir que, em virtude do fato que desempenha o cerne gerador da controvérsia, por estar em posição favorável ao instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova, reste demonstrado que a parte se encontra em melhor posição para revelar a verdade, sendo seu dever de colaboração acentuado ao ponto de lhe atribuir um ônus probatório que, em princípio, segundo as clássicas regras de distribuição, não o teria.

As melhores condições podem fundar-se, portanto, em razões profissionais, técnicas, jurídicas ou até mesmo econômicas. Por conseguinte, correspondem maiores cargas a quem dispõe de melhores possibilidades em

---

<sup>839</sup> SÉRGIO JOSÉ BARBERIO, Ob. cit., pp. 101-105.

razão de possuir meios idôneos de prova, ou por ter um conhecimento técnico e haver intervindo de forma direta no fato danoso.

A análise dos critérios dispostos pelo artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 não se mostra como algo de nítida interpretação. São critérios à extrema dificuldade ou impossibilidade na produção da prova pela parte a quem incumbiria o ônus pelas regras clássicas de distribuição, que se contrapõem às melhores condições da parte adversa na produção dessa mesma prova.

Não se pode estar diante de simples dificuldade, mas de uma grave dificuldade, real, que possa ser caracterizada como violadora do direito à prova, constitucionalmente garantido. Pode decorrer de vários motivos e não apenas da prova diabólica ou de um fato negativo. Peculiaridades do caso concreto, fatores profissionais, técnicos, científicos, informacionais, enfim qualquer fator que torne a prova excessivamente difícil, não havendo hierarquia ou preferência entre as causas ou dificuldades, bastando a demonstração de tal situação e a sua percepção pelo juiz<sup>840</sup>.

Alguns autores entendem que, dentre os fatores que autorizam a dinamização, encontra-se o fator econômico, a dificuldade de custear a prova. Entendemos que a colocação é equivocada. O custo do processo é um problema reconhecido pela doutrina e que não se resume apenas à prova, mas também às demais despesas processuais, como honorários advocatícios e custas processuais. Todavia é um problema de acesso à justiça que apresenta diversos meios de ser solucionado e não guarda relação direta com o ônus da prova ou sua modificação. Um desses meios é, inclusive, o regime de assistência judiciária gratuita, regulamentado pelo artigo 98, do novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Assim, a quebra da simetria entre as partes não tem a ver com sua situação econômica, podendo ser verificada mesmo em relação às partes em situação bastante similar<sup>841</sup>. Contudo não basta simplesmente a existência da dificuldade ou impossibilidade para uma das partes. É indispensável que essa

---

<sup>840</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., pp. 237-238.

<sup>841</sup> CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. A ação civil pública após 25 anos*. MILARÉ, Edis. Org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 154-155.

dificuldade encontre correspondência na maior facilidade da outra parte na produção desta prova. A outra parte deve ter reais condições de produzir a prova que, pelas regras clássicas não seria de sua alçada.

Estar em melhores condições não se confunde com maior comodidade na produção de determinada prova por um litigante em relação ao outro. Nas palavras de Suzana Santi Cremasco<sup>842</sup>, o operador deve estar diante de casos em que o alcance do elemento probatório esteja efetivamente comprometido ou inviabilizado se forem observadas as normas de distribuição clássica do ônus da prova.

Assim, a verificação acerca da desigualdade existente entre as partes na produção de determinada prova e da possibilidade de aplicação da dinamização pode ser feita pelo próprio magistrado, de ofício, valendo-se dos seus poderes instrutórios, ou ainda, pode se dar por provocação do interessado, que deve evidenciar a desigualdade existente, demonstrando qual a sua dificuldade e em que medida a parte contrária teria melhores condições de produzir a prova em debate<sup>843</sup>.

Tão importante quanto a presença dos requisitos acima para a dinamização é o respeito ao contraditório. Vislumbrada a possibilidade de dinamização de determinada prova, é indispensável que o magistrado ouça a parte possivelmente onerada, acerca de sua real possibilidade de se desincumbir do ônus respectivo, analisando os argumentos por ela trazidos na decisão que tomará acerca da modificação do *onus probandi*, decisão esta que estará sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Também é importante que a dinamização recaia sobre fato controvertido específico e determinado e não sobre a totalidade deles, de maneira genérica.

## **6.8. Limites à dinamização do ônus probatório**

---

<sup>842</sup> Ob. cit., p. 87.

<sup>843</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., p. 240.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, não obstante a grande aceitação na doutrina processualista e pelos tribunais<sup>844</sup>, não ficou imune às críticas<sup>845</sup>.

Não se trata de inverter o ônus probatório, de eximir a parte autora de provar o que afirma e muito menos de que o requerido não tenha que comprovar sua não responsabilidade ou culpabilidade. Trata-se de verificar que uma das partes, na demanda concreta, não tem condições efetivas de realizar a prova de qualquer forma.

Coloca-se em jogo a atitude das partes, no processo, a responsabilidade do juiz e a justiça no caso concreto. Três pontos que marcam, de alguma maneira, os limites e parâmetros dentro dos quais precede a aplicação da teoria em estudo, e a ausência de algum deles, da mesma forma, resulta em dificuldades em sua aplicação<sup>846</sup>.

Críticas e óbices<sup>847</sup> não faltam, portanto, à teoria. Nessa seara, com fundamento nas lições do próprio Jorge W. Peyrano<sup>848</sup>, complementadas pelos ensinamentos de Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>849</sup>, pode-se afirmar que três são os principais argumentos críticos em relação à teoria dinâmica do ônus da prova.

---

<sup>844</sup> Em razão da grande aceitação pelos Tribunais Argentinos, a teoria das cargas probatórias dinâmicas acabou sendo adotada, de início, sem o critério necessário para os contornos dogmáticos de sua aplicabilidade. Por conseguinte, em decorrência do desvirtuamento de seu campo de atuação, JORGE WALTER PEYRANO traçou seus limites perante a publicação do artigo *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, que também foi republicado na obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas*. Ob. cit., pp. 19-24.

<sup>845</sup> Inicialmente, a teoria das cargas probatórias dinâmicas recebeu crítica parcial de HORÁCIO LÓPEZ MIRÓ, *La teoría de las cargas probatorias dinámicas, propuesta de un remedio procesal para proteger el derecho de defensa de las partes*, apud: EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., pp. 267-319, em nota de rodapé de nº 12. Também foi crítica por um trabalho singular subscrito com as iniciais A.C.P., intitulado “*Marginalias a la carga probatoria dinámica*”, no ano de 1998. Tais críticas foram prontamente rebatidas por JORGE WALTER PEYRANO, no seu artigo *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, também constante na obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas*. Ob. cit., pp. 75-97. Para um resumo das críticas em relação à teoria das cargas probatórias dinâmicas, vide MAXIMILIANO GARCÍA GRANDE, Ob. cit.

<sup>846</sup> WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coord. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 73.

<sup>847</sup> FELIPE VIANA DE MELLO, Ob. cit., pp. 104-106.

<sup>848</sup> *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*. Ob. cit., pp. 87-94.

<sup>849</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., pp. 205-214.

O primeiro está assentado na falta ou carência de dispositivo legal específico para o embasamento da teoria<sup>850</sup>. É incontroverso que, em muitos países, inexistente uma base legal específica de previsão para aplicabilidade da teoria, sendo esse o argumento mais cômodo para desestimular sua aplicação, cujos defensores consideram-na fora de toda a ponderação somente por não contar com consagração legal expressa.

A falta de consagração expressa da teoria nos ordenamentos jurídicos não significa, em princípio, sua total incompatibilidade e inaplicabilidade com o sistema jurídico. Para tanto, basta considerar que a lei não é a única fonte de direito<sup>851</sup>. Sem recorrer em demasia a argumentações jusfilosóficas acerca da discussão, impende ressaltar que, desde meados do século XX, a linha de pensamento vem se desenvolvendo. Além disso, muitas das modificações legislativas ocorridas em todo o mundo surgiram de proposições doutrinárias e decisões judiciais, o que garante, inclusive a contínua evolução do Direito em um mundo globalizado e contemporâneo.

A incidência da teoria da carga dinâmica da prova nos ordenamentos jurídicos em que não se encontra expressamente normatizada pode ser construída por uma interpretação baseada em princípios processuais de índole constitucional aliada às previsões normativas legais de natureza processuais que indiretamente, por aplicação extensiva ou analógica, sustentam-se como campo de apoio para o reconhecimento da possibilidade de sua aplicabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, referido óbice já se encontra nitidamente ultrapassado pois, conforme já exposto, o atual Código de Processo Civil de 2015 trouxe norma expressa sobre a teoria, consubstanciada no §1º, do artigo 373.

O segundo óbice revela-se na surpresa que pode estranhar a aplicação judicial oficiosa da doutrina e os riscos que ela pode acarretar para a garantia do devido processo legal. De fato, em caso de inexistência de previsão legal específica que permita expressamente a flexibilização do ônus probatório enquanto regra de julgamento a ser ministrada pelo juiz no momento de proferir a

---

<sup>850</sup> Nesse sentido, vide LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, Ob. cit., pp. 213-231.

<sup>851</sup> Esse é o escólio de IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., p. 135; e de SILVINA PEREIRA MARQUES, *La carga de la prueba de la culpa profesional médica*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 488.



sua sentença, a eventualidade de acolhimento da teoria sem prévio conhecimento pelas partes pode causar risco para a garantia da defesa em juízo, infringindo o princípio do devido processo legal.

Segundo Ivana Maria Airasca<sup>852</sup>, a aplicação de ofício pelo órgão julgador da teoria das cargas probatórias dinâmicas estaria avalizada legalmente pela necessidade que afeta ao juiz de apreciar todos os elementos de juízo coletados mediante aplicação de uma regra de distribuição do ônus probatório (*regla de la sana crítica*). Conforme Luis Eduardo Boaventura Pacífico<sup>853</sup>, se, de um lado, a parte ordinariamente onerada não apresente condições de produzir a prova de determinado fato ou tenha extrema dificuldade para tanto e, de outro, o ex-adverso tenha relativa facilidade para desincumbir-se desse encargo probatório, é necessário que o órgão julgador, necessariamente antes do início da fase probatória, advirta as partes sobre a possibilidade de incidência da teoria da dinamização da carga probatória no caso concreto<sup>854</sup>.

Sem embargo, a melhor solução aventada pela doutrina favorável à aplicação da dinamização da carga probatória consiste na posição doutrinária e jurisprudencial e, no Brasil, até mesmo normativa, a qual orienta que a dinamização deve sempre ocorrer em momento anterior à sentença, permitindo às partes manifestarem-se sobre ela e, inclusive, desincumbirem-se de seus eventuais novos ônus probatórios<sup>855</sup>.

Frise-se que, dessa forma, a segurança jurídica também não fica comprometida pela aplicação de ofício da teoria. A falta de prova deve ser suprida por um critério axiológico que ponha fim à demanda. Ocorre que o critério legal, para situações excepcionais e limitadas, nem sempre é o melhor caminho para a solução do litígio. Esse critério, ao ser mitigado pela teoria das cargas probatórias

---

<sup>852</sup> Ob. cit., p. 140.

<sup>853</sup> Ob. cit., p. 228.

<sup>854</sup> Nesse sentido, é o entendimento de JORGE WALTER PEYRANO, *De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa*. Ob. cit., pp. 88-92. Em sentido contrário, dizendo que advertência sobre a aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas não pode ser antecipada pelo órgão julgador, vide EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., pp. 280-281.

<sup>855</sup> Registre-se que para ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., p. 211, a mera advertência antecipada do juiz às partes, sobre a possibilidade de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, não tem o condão de contaminar sua imparcialidade e mostra-se como suficiente para a garantia do contraditório e do devido processo legal.

dinâmicas, tem o escopo teleológico de propiciar uma decisão justa e equânime diante da ineficiência do sistema rígido legal, atuando, em última análise, sob o manto da efetividade jurisdicional. O devido processo legal permanece garantido pelo princípio do contraditório e pela necessidade de fundamentação da sentença.

O terceiro óbice refere-se à falta de utilidade da doutrina das cargas probatórias dinâmicas. A crítica estampada fundamenta-se na assertiva de existência de outros caminhos processuais por meio dos quais se podem conseguir parecidos resultados de mitigação do ônus probatório. Alegam esses críticos que impor o peso da prova a quem está em melhores condições probatórias implica reconhecer que uma das partes seria obrigada a proporcionar ao seu adversário provas que viessem a lhe prejudicar, realizando provas contra si, o que seria anacrônico se considerada a concepção individualista do processo e o princípio de que ninguém é obrigado a realizar provas contra si mesmo.

Em que pese a argumentação nesse sentido, não vislumbramos outro instituo processual que seja tão efetivo na garantia de igualdade na distribuição do ônus probatório e ainda que preste respeito aos princípios processuais fundamentais e, especialmente, ao devido processo legal. Ademais, já se mostra nítido que a visão individualista do processo não deve prevalecer quando se tratar de um sistema processual cooperativo, no qual as partes e o julgador possuem o dever de cooperar entre si e contribuir para a descoberta da verdade, propiciando a construção de uma decisão judicial mais justa e efetiva.

Além disso, pode-se suceder que quem, de início, mostre-se em melhor condição de provar, não se encontre efetivamente na situação privilegiada. Nesse caso, devidamente comprovada tal circunstância fática, se as dificuldades probatórias afetem tanto o autor como o demandado, a dinamização da carga respectiva não será mais justificável e não poderá ser aplicada, sob pena de lesão aos princípios basilares de distribuição e, conseqüentemente, do devido processo legal. Repare-se que deve estar comprovado no processo que uma das partes tem maior facilidade para realização da prova, em contraposição a outra que teria um maior esforço probatório. Entretanto, se, no momento da realização, a parte sobre quem recaiu o ônus advindo da dinamização já não apresenta as condições mais propícias, desde que devidamente provado e não fundado em má-fé ou malícia, restando demonstrado o inconveniente que lhe impede de produzir a

prova, a qual inicialmente nem mesmo lhe caberia o ônus, restará acarretada uma necessidade de não aplicação da teoria, o que se pode interpretar como cargas probatórias supervenientes<sup>856</sup>.

A seu turno, Airasca<sup>857</sup> também leciona sobre as críticas à teoria, aduzindo, em princípio, que as regras encontraram resistência em alguns setores da doutrina e jurisprudência que afirmavam que não poderiam aplicar-se por não estarem legisladas; por não se ajustarem ao sistema processual legislado e imperante; porque poderiam afetar gravemente determinados fatores processuais; porque existe um risco sempre que aparece uma nova instituição em qualquer campo do direito ou de outra ciência, e sempre haverá setores temerosos em experimentar outras regras que podem levar a soluções justas e sobre as quais haja de se estudar, analisar e aprofundar, e sobre a que se haja de aprender a trabalhar de uma maneira distinta da que se estão acostumados. Aduz ainda a uma crítica no sentido de que a aplicação oficiosa poderia afetar a garantia de defesa em juízo e a própria segurança jurídica.

Levantando os pontos negativos de adoção da teoria, Barcat<sup>858</sup> os identifica como sendo: 1) falta de texto expresso de lei que habilite o juiz a utilizar a doutrina no momento de ponderar sobre a distribuição do ônus; 2) aplicação no momento de proferir a sentença de mérito que poderia constituir um fator de surpresa para o litigante que esperava que a controvérsia fosse resolvida com base nas regras tradicionais de distribuição do ônus probatório, o que poderia inclusive lhe gerar uma condenação em razão da aplicação da nova teoria sobre imposição do ônus probatório; 3) desnecessidade da doutrina, porquanto se podem conseguir resultados parecidos pela mitigação do ônus probatório, quando se trata de prova de fatos negativos, denominada em matéria civil de prova difícil, e levando-se em consideração o valor de indícios e das presunções.

E continua sua lição, em contraposição, afirmando que a falta de regulação legislativa na Argentina não tem sido óbice para que a jurisprudência nacional tenha reconhecido sua vigência, procedendo sua aplicação em defesa dos

---

<sup>856</sup> Entendidas como aquelas que surgem quando o ônus probatório que pesa sobre uma parte aparece só depois que a parte contrária tenha colacionado ao processo um determinado fato ou circunstância.

<sup>857</sup> Ob. cit., p. 134.

<sup>858</sup> Ob. cit., pp. 278-285.

princípios da justiça e da verdade objetiva. Ressalta, inclusive, que constituem exceções os Códigos Processuais Civil de La Pampa (artigo 360) e de Corrientes (artigo 377) que a receptaram expressamente, mas que a última reforma do Código de Processo Civil e Comercial da Nação argentina também não se ocupou do tema<sup>859</sup>.

Há também críticas oriundas do Chile, país que continha previsão sobre a dinamização do ônus da prova no anteprojeto do código de processo civil, mas que foi retirada da versão final<sup>860</sup>. Naquele país, a previsão era semelhante à constante no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, inclusive fazendo menção a que a decisão de dinamização fosse tomada antes da dilação probatória, na audiência preparatória. De acordo com a doutrina chilena, não se poderia adotar a teoria da dinamização, por várias razões, que passamos a listar, consoante a lição de Cantwell<sup>861</sup>:

a) É irrelevante que se insira a dinamização antes da dilação probatória. De nada adiantaria a sua colocação nesse momento processual, em termos de segurança jurídica e em especial quanto ao seu elemento calculabilidade, uma vez que todo cidadão deveria ter o direito de saber, de antemão, antes mesmo do início do processo, quais são as suas obrigações em matéria probatória. Com a distribuição estática, as partes possuiriam o conhecimento prévio e iriam programar suas condições probatórias de antemão;

b) Haveria violação da presunção de inocência, que, de acordo com o autor, aplica-se também ao direito processual civil e não apenas ao penal. O que se afirma é que seria uma modificação que afeta o direito de defesa das partes, por implicar uma presunção em desfavor de uma das partes, ao considerar existente uma obrigação antes de realizada qualquer atividade probatória;

c) Violaria o direito à liberdade probatória das partes, pois as privaria do controle de sua estratégia processual, abrigando-as a atuar de forma que estejam em desacordo com os seus próprios interesses;

---

<sup>859</sup> EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., p. 289.

<sup>860</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 148.

<sup>861</sup> *Como se derrotó en Chile cargas probatorias dinámicas – su diferencia con el principio de facilidad de la prueba*. Revista Brasileira de Direito Processual. n.90. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun., 2015.

d) Afetaria a relação de confiança entre o advogado e o seu representado, pois iria impor que houvesse a incorporação de prova que possa afetar o interesse do representado;

e) Violação da igualdade no processo, produzido por um equivocado objetivo de tutelar aquele que se considera em situação de desigualdade;

f) Em seu lugar deveriam ser utilizadas outras formas prefixadas de igualar as partes, como a criação de presunções.

Não obstante, o próprio autor chileno apresenta respostas adequadas a todas elas, consoante os seguintes argumentos:

Com relação à violação de direitos fundamentais a ponderação mostra-se frágil pois, desde quando foi iniciada a constitucionalização do processo, percebeu-se que, muitas vezes, a “justiça do legislador” não é sequer justiça e acaba por violar a própria Constituição. Diversos direitos fundamentais, também de natureza processual, não são concretizados pela legislação, por distintos interesses conflitantes presentes no legislativo. Por conta disso, não raro, incumbe ao juiz aplicar diretamente a Constituição, adequando o direito infraconstitucional. Como já afirmado, no Brasil, o argumento só teria funcionalidade em relação ao Código de Processo Civil de 1973, pois no Código de Processo Civil de 2015, a dinamização foi expressamente consagrada no artigo 373, §1º, hipótese em que a própria “justiça do legislador” passa a ser favorável à adoção da teoria dinâmica.

A existência de violação ao devido processo legal quando a dinamização ocorrer apenas no bojo da sentença apresenta-se, a princípio, como correta. Ocorre que a dinamização jamais deve ocorrer apenas na sentença, sendo imprescindível que se permita à parte que receba o novo ônus oportunidade para que dele possa se desincumbir. A parte final do §1º, do artigo 373, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 deixa clara a opção do legislador pátrio nesse sentido.

Quanto à utilização de outros mecanismos de regulação da desigualdade probatória, apresenta-se como uma crítica incompleta. Ainda que fosse preferível que o legislador fixasse, de forma abstrata, situações em que uma das partes fosse beneficiada por uma presunção, o que forçaria a contraparte a ter uma conduta probatória mais ativa, não seria possível abarcar todas as situações

concretas. O máximo que isso poderia realizar seria uma diminuição do campo de aplicação da dinamização do ônus probatório.

Com relação à calculabilidade, é inegável que a distribuição estática produz mais segurança para a conduta das partes, pois essas já sabem de antemão o que incumbe a cada uma em relação à sua atividade probatória. No entanto, a segurança jurídica, mesmo do ponto de vista dinâmico, não é o único princípio a ser observado no ordenamento jurídico. Por mais que fosse ideal que a distribuição estática em conjunto com a criação de presunções informassem claramente às partes de antemão dos seus comportamentos probatórios, não se podem ignorar as situações conflitivas em que há forte desigualdade nas condições probatórias. Os princípios da igualdade, cooperação, acesso à justiça e flexibilização processual impõem a tutela adequada dessas situações.

No que se refere especificamente à violação da presunção de inocência, não se deve confundir a dinamização do ônus da prova com presunções, além de que, no direito brasileiro, presunção de inocência demonstra ter aplicação apenas no direito processual penal. No direito processual civil, as partes estão em pé de igualdade, não cabendo a mera transposição de um princípio voltado apenas para o direito processual penal, em face de suas peculiaridades. Além disso, o juiz não poderia julgar sempre a favor do réu em caso de dúvida. Se essa regra existisse no processo civil não seriam necessárias regras sobre o ônus da prova. Há evidente contradição entre as regras do ônus da prova e a presunção de inocência, na medida em que as duas têm a mesma funcionalidade: são regras que estabelecem critérios para a decisão quando não houver convicção suficiente.

A crítica no sentido de que a adoção da teoria violaria a atividade probatória é completamente desacertada. Essa liberdade probatória não é irrestrita, na medida em que o próprio sistema jurídico contém o procedimento de exibição de documentos. A liberdade probatória das partes não é absoluta. A dinamização em nada influi na chamada liberdade probatória. Com ela o órgão julgante simplesmente atribui o ônus de determinado fato probando a sujeito que não era por ele onerado inicialmente. Não há obrigação. Continua sendo ônus. O sujeito não deverá provar o fato, não tem obrigação, mas apenas ônus a se desincumbir.

No que diz respeito à confiança dos advogados na adoção da teoria, frise-se que existem inúmeras regras no direito processual que impõem restrições à

liberdade das partes, mesmo probatórias. O Poder Judiciário pode impor que condutas desvantajosas sejam praticadas pelas partes, a exemplo dos procedimentos de execução. Trata-se de elemento essencial à jurisdição, que é o poder de impor suas decisões, que sempre serão contrárias ao interesse de algum sujeito. Além disso, a dinamização não fixa obrigação de provar, mas atribui ônus. A parte não terá de fornecer prova alguma, devendo apenas esforçar-se para provar a não ocorrência de um fato jurídico contrário ao seu interesse.

Quanto à violação à igualdade entre as partes, já desenvolvemos argumentação no sentido de que não se deve garantir apenas a igualdade formal, mas, sim, a igualdade material, a qual é inclusive realizada pelo juiz no âmbito da relação processual, quando da dinamização do ônus probatório.

Impende ainda registrar como outra condicionante, a que se refere à necessidade de delimitação da decisão, que não pode ser genérica. Deve o juiz identificar o fato controverso a ser esclarecido pela parte, até porque, como se viu, a teoria dinâmica visa complementar a estática e não substituí-la. A parte que suporta o redirecionamento não fica incumbida de provar o fato constitutivo do direito do adversário. Sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo magistrado, o qual já deve encontrar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto possa confirmar a tese de um como de outro dos demandantes. Mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido.

Realmente, o magistrado, na decisão que dinamiza o ônus da prova, deve especificar que a carga modificada é referente a determinado fato probando, padecendo de *error in procedendo*, por vício de fundamentação, a decisão que se limita a genericamente dinamizar os ônus probatórios.

Lado outro, a doutrina garantista também apresenta fortes objeções à aplicação da dinamização<sup>862</sup>. Em razão da forte defesa de uma postura neutra do juiz, com a valorização da atividade das partes, que devem ter ampla liberdade para conduzir o processo de acordo com seus próprios interesses, não se admite,

---

<sup>862</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 147.

por essa doutrina, a concessão de poderes instrutórios ao juiz e valoriza-se a igualdade formal entre as partes, não cabendo ao direito o ajuste da desigualdade material, inclusive no que se refere ao ônus probatório.

A esse respeito, Adolfo Alvarado Velloso<sup>863</sup> critica a dinamização do ônus da prova pelos seguintes motivos: a) seria uma modificação de uma regra legal, violando a justiça do legislador, baseada apenas em suas próprias opiniões; b) não seria possível mudar as regras do jogo após o seu término, dinamizando apenas na sentença, explicitando que, em seu posicionamento, o ônus da prova é apenas uma regra de julgamento.

No entanto, mesmo que haja previsão legal da distribuição dinâmica e ela seja realizada na audiência preliminar ou na fase de saneamento, ainda assim, consoante se defende entre os garantistas, violaria o direito de defesa das partes. Isso porque a conduta probatória das partes é influenciada pelas regras das cargas probatórias mesmo antes dos conflitos que podem surgir entre elas<sup>864</sup>. É possível imaginar que o autor está se referindo à preparação das partes para terem maior cuidado na guarda de documentos, em questões de segurança, etc.

Resta patente que as críticas da doutrina garantista não possuem aptidão para tornar inconstitucional a utilização da teoria da dinamização do ônus probatório. O forte prisma ideológico acaba prejudicando a avaliação jurídica, visto que o garantismo é fortemente pautado em uma liberdade que não se preocupa com condições efetivas de sua realização ou com a promoção de valores sociais significativos – inclusive, muitos deles, absorvidos pelo sistema jurídico brasileiro por meio de normas que asseguram direitos fundamentais. A dinamização auxilia na promoção do devido processo legal, permitindo uma maior igualdade entre as partes e garantindo um efetivo acesso à justiça. De toda forma, as críticas são relevantes para que se proceda uma análise mais cuidadosa da teoria, eliminando excessos e garantindo elementos racionais na sua aplicação<sup>865</sup>.

---

<sup>863</sup> *Proceso y república. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal*. Lima: Grujley, 2014, pp. 140-141.

<sup>864</sup> GUSTAVO CALVINHO, *Cargas probatórias dinâmicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil*. *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. DELFINO, Lúcio, et al. Coords. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 53.

<sup>865</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 154.



Também sobre os limites de aplicação da teoria, Bruna Braga da Silveira<sup>866</sup> tece considerações identificando a prova diabólica reversa, como sendo o principal deles. Para ela, trata-se de mera consequência lógica. A dinamização não pode ocorrer se a parte adversária se veja também impossibilitada ou em enorme dificuldade para produzir a prova. É vedado que por meio da dinamização se alcance a prova diabólica inversa, o que violaria o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

A noção de prova diabólica inversa (ou reversa), então, impõe-se como limite para aplicação da dinamização. Caso a distribuição dinâmica implique excessiva dificuldade também para a outra parte (que não a onerada pela regra geral), a técnica não deve ser utilizada, eis que violaria o direito fundamental de defesa e o princípio da igualdade. Esse limite se encontra justamente nos fundamentos legitimadores da dinamização. Assim, desigualdade e dificuldade do acesso à prova são, ao mesmo tempo, fundamento e limite para a aplicação.

Até porque, nessas circunstâncias, modificar o ônus faz com que o magistrado esteja apenas escolhendo quem sucumbirá. A esse respeito, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, louvavelmente, trouxe, especificamente no §2º do artigo 373, a vedação da modificação do ônus da prova nos casos em que possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte a ser onerada seja impossível ou excessivamente difícil.

Ainda tratando das limitações, a mencionada autora<sup>867</sup> estabelece limites materiais e formais à aplicação da dinamização. Os materiais seriam assim identificados: i) o litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em posição privilegiada, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, encontrando-se em melhor posição de revelar a verdade (artigo 373, §1º, do novo Código de Processo Civil); ii) o ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai

---

<sup>866</sup> Ob. cit., pp. 242-243.

<sup>867</sup> Ibid., pp. 262-263.

sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado. O importante é que, com a dinamização do ônus da prova, não se consagre uma prova diabólica reversa (artigo 373, §2º, do novo Código de Processo Civil).

Já os limites formais compreenderiam a fundamentação da decisão e a garantia do contraditório, com vedação à decisão surpresa. Afinal, a decisão deve ser fundamentada sob pena de nulidade e não pode se dar apenas na sentença, para não retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chances à parte para a produção da prova contrária. Com efeito, se o magistrado pretender dinamizar o ônus, deverá, previamente, intimar as partes a respeito, fundamentado a decisão, para que não se promova a retroatividade oculta, com prejuízo ao princípio da segurança jurídica, incorrendo em uma decisão surpresa, hoje vedada por grande parte dos ordenamentos processuais, inclusive pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a teor do disposto em seus artigos 9º e 10.

Superadas as críticas e observados os limites, afirma-se que a teoria da dinamização do ônus probatório é legítima perante o direito brasileiro, quando a distribuição estática, contida no artigo 373, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, redundar na existência de uma prova diabólica, revelando-se uma vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário, tornando ineficiente a ação judiciária na tutela dos direitos materiais. Trata-se, portanto, de uma coerente manifestação do ativismo judicial na seara processual, no âmbito de um modelo processual cooperativo.

## **6.9. Alguns aspectos processuais da teoria das cargas probatórias dinâmicas**

No âmbito de aplicação da dinamização do ônus probatório em sede do processo civil, importante ainda tecermos considerações sobre alguns relevantes aspectos processuais.

O primeiro tema relevante e deveras polêmico é inerente ao momento processual adequado para a realização da dinamização do ônus probatório a ser realizada pelo juiz. A dissonância é grande no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Analisando o ônus da prova apenas sob o aspecto objetivo, parte da doutrina afirma que a modificação desse ônus deva se dar apenas no momento do julgamento, pois como regras de juízo orientam o magistrado quando há uma situação de *non liquet* em matéria fática, a respeito da solução a ser dada à causa, de modo que dizê-lo em momento anterior seria o mesmo que proceder ao pré-julgamento da causa, o que é de todo inadmissível, pois somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o magistrado habilitado a afirmar se existe ou não a situação de *non liquet*, sendo ou não o caso de flexibilização. Este é o entendimento da doutrina argentina sistematizadora da dinamização em um passado recente.

Relevando o aspecto subjetivo do ônus da prova, outra parte da doutrina afirma que as normas sobre a repartição consubstanciam regras de comportamento dirigidas aos litigantes, ficando cada um ciente do que se deve provar. Daí porque a dinamização deve ocorrer em momento anterior à instrução processual, mais especificamente na fase de saneamento do feito<sup>868</sup>.

É importante que a distribuição judicial do ônus da prova ou a sua flexibilização ocorram em momento anterior à sentença. A organização das atividades probatórias deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973) ou da decisão saneadora (artigo 357, III, do Código de Processo Civil de 2015). O mecanismo não deve servir para o prejulgamento da causa e a garantia constitucional do contraditório deve ser plenamente observada, evitando decisões surpresas. Afinal, a dinamização deve estar assentada nos valores da solidariedade e da boa-fé processuais.

---

<sup>868</sup> Nesse sentido, RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE e MAURÍCIO FERREIRA CUNHA, Ob. cit., p. 27, lecionam que: “Como o juiz deve conceder à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus a ela atribuído, a definição sobre a distribuição do ônus da prova ocorrerá na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, III, CPC), não se admitindo mais que ocorra na sentença ou no âmbito recursal (ainda que se considere o ônus da prova uma regra de julgamento, e não uma regra de procedimento)”.

Assim, não há risco de arbítrio, pois a decisão judicial que dinamizar o ônus da prova deve sempre ser rigorosamente motivada (artigo 93, IX, Constituição Federal de 1988 e artigo 373, §1º, novo Código de Processo Civil). Com a facilitação da atividade probatória ocorrendo na decisão saneadora<sup>869</sup>, nenhuma das partes será surpreendida, porque, sendo bem conhecidos os ônus de cada parte, permite-se com clareza suas atuações subsequentes. Ademais, a parte que se sentir prejudicada com a redistribuição do ônus da prova pode interpor o recurso cabível, no caso brasileiro, o agravo de instrumento (artigo 1.015, XI, do Código de Processo Civil de 2015). Com isso, não se prejudica o exercício das garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, as quais incluem o direito à prova.

Nessa seara, o novo Código de Processo Civil concedeu grande relevância ao âmbito subjetivo do ônus da prova ao estabelecer que o magistrado, na decisão saneadora, deverá indicar o ônus probatório de cada parte, inclusive distribuindo-o de forma dinâmica, se for o caso. A redação do artigo 357, III, define que a distribuição do ônus da prova deve se dar na decisão de saneamento e organização do processo, assim prestigiando e reconhecendo o aspecto subjetivo do ônus da prova. Mas nada impede que se modifique o ônus em momento posterior à decisão saneadora, bastando, para tanto, que se respeite o contraditório e se possibilite a desincumbência do ônus pela parte.

Essa disposição, todavia, não retira do instituto ora em comento a sua natureza objetiva, uma vez que somente quando for prolatar a sentença é que o juiz, após a dilação probatória, terá condições de aferir se está ou não convencido acerca dos fatos, ou seja, se os fatos controvertidos foram ou não provados, e, em caso negativo, aplicará as regras do ônus para resolver o litígio.

Dinamizar o ônus da prova apenas no momento decisório desperdiça o principal ponto positivo da modificação do ônus que é exatamente possibilitar uma melhor instrução processual e, conseqüentemente, um julgamento mais adequado e legítimo. Modificar o ônus na sentença é surpreender as partes com gravame processual do qual não mais terão oportunidade de se desincumbir, violando o

---

<sup>869</sup> Consoante os ensinamentos de V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., p. 369, o saneamento consiste na expurgação do processo de todas as questões inúteis à decisão da causa e na decisão de todas as questões úteis que possam desde logo ser apreciadas e julgadas.

contraditório, a ampla defesa e a colaboração, tratando-se de uma decisão surpresa. Prejudica não apenas o interesse dos litigantes, mas do próprio poder público na adequada prestação jurisdicional, diminuindo a fé do cidadão na administração da justiça e a possibilidade de realização de um melhor conjunto probatório.

A nosso ver, ambos os critérios devem ser observados, pois apesar de ser uma regra de julgamento, as partes precisam saber da modificação, a tempo de se desincumbir do ônus que lhe será atribuído com a dinamização. Por isso o momento correto é antes ou durante a instrução probatória, para que as partes possam produzir as provas que lhe foram atribuídas.

Ampliando a discussão sobre o momento processual adequado para aplicação da teoria, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto<sup>870</sup> desenvolvem estudo abordando-a no momento da citação, na sentença e no momento do saneamento do feito. Para os referidos autores, a modificação ocorrida em sede de decisão citatória não é adequada, pois, nesse momento, não se sabe efetivamente quais as dificuldades da prova. Na verdade, a situação instrutória do réu pode ser ainda mais complicada, além de sequer ser possível o conhecimento dos pontos controvertidos, que dependem de sua resposta. O contraditório deve ser observado para além da audiência bilateral das partes, sendo esse seu caráter meramente formal, devendo haver a concessão ao réu da oportunidade de elucidar a situação litigiosa e de influenciar no juízo do magistrado.

Como já discutido, a aplicação apenas na sentença está pautada na premissa de que o ônus da prova tem apenas dimensão objetiva, tão somente como regra de julgamento. Defendendo o momento do julgamento como adequado à aplicação da teoria, Sérgio José Barberio<sup>871</sup> aduz que não haveria possibilidade de o juiz dar a solução da carga dinâmica em momento anterior ao julgamento, no qual as partes ainda estão sujeitas ao ônus tradicional. Se a carga dinâmica se aplicasse no momento da valoração para o proferimento da decisão, não poderia se realizar antes da sentença, pois o juiz estaria de antemão valorando a situação e as provas até então produzidas. Na esteira desse

---

<sup>870</sup> Ob. cit., pp. 190-194.

<sup>871</sup> Ob. cit., p. 106.

entendimento, Edgar Baracat<sup>872</sup> aduz que ao interpretarmos que, atento ao caráter de exceção que tem essa regra - a qual só habilita o juiz a flexibilizar o esforço probatório entre os litigantes e fazer cair sobre aquele com maior facilidade para dispor do meio probatório ante a suposta ausência ou insuficiência de meios probatórios - sua aplicação unicamente pode ter lugar depois e não antes de produzidas completamente as provas oferecidas pelos adversários no pleito, pois, caso contrário, o juiz poderia incorrer em prejulgamento. Com a devida vênia, essa aplicação viola o contraditório e o devido processo legal, quebrando os deveres de cooperação e gerando uma decisão-surpresa.

Merece destacar-se o ponto de vista da aplicação pelo juiz do instituto das cargas dinâmicas apenas na sentença, uma vez que o juiz nunca poderá tomar de surpresa a nenhuma das partes. Se de um lado não se pode surpreender mesmo quem é sancionado por sua própria má-fé, malícia, abuso, falta de lealdade e probidade, tampouco pelo fato de o tribunal assumir responsabilmente sua função e se preocupar em manter a igualdade entre as partes e, muito menos, pelo fato de que se resolva com justiça o caso<sup>873</sup>.

Constitui-se um verdadeiro perigo que, por aplicação da doutrina, tome-se conhecimento apenas na sentença de uma nova divisão de regras de atribuição do ônus da carga probatória, devendo se propiciar, então, um aviso prévio por parte do magistrado interveniente no feito.

A fim de neutralizar a surpresa que aos litigantes poderia causar a aplicação da teoria pelo juiz no momento de proferir a sentença, encontra-se a preocupação de parte da doutrina em desenvolver mecanismos que a evitem. Para ilidir essa novidade inesperada, já se sugeriu que o juiz, ao iniciar o período probatório, anuncie desde já que pode valer-se da teoria quando do momento de proferimento da sentença.

A esse respeito, Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>874</sup> defende a importância de se ressaltar que a advertência judicial sobre a possibilidade de aplicação da teoria tem a finalidade de evitar qualquer surpresa para as partes

---

<sup>872</sup> Ob. cit., pp. 281-282.

<sup>873</sup> INÉS LÉPORI WHITE, Ob. cit., p. 73.

<sup>874</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos.* Ob. cit., pp. 211-212.

com a solução final a ser proferida. Tal conduta, implicitamente, ainda teria o condão de convocar as partes para adotarem uma conduta processual cooperativa, leal, baseada na boa-fé processual e na busca da verdade real processualmente atingível para o caso concreto, tornando a esfera ambiental do processo a mais propícia possível para um julgamento justo e equânime.

Mas, a manifestação judicial de advertência da possibilidade de aplicação da teoria não teria o esboço de antever, de forma definitiva, qual das partes estaria em melhores condições de realizar a prova. Essa conclusão somente seria possível após a instrução processual, sendo necessária diante do não convencimento do magistrado sobre a verdade dos fatos controvertidos. Por isso, durante a advertência, nenhum juízo de valor pelo órgão julgador deveria ser realizado sobre a capacidade probatória das partes. A advertência seria realizada, portanto, de forma genérica.

Em que pese o respeitável posicionamento com relação apenas à necessária advertência judicial sobre a possibilidade de aplicação da teoria, entende-se que o melhor momento processual para sua realização é, sim, a fase de saneamento, na qual o magistrado resolverá as questões processuais pendentes, fixará os pontos controvertidos, delimitando as questões fáticas sobre as quais recairá a atividade probatória e organizará o processo, indicando a cada parte quais serão seus ônus probatórios, a teor do disposto no artigo 357, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Deverá o juiz, nesta fase, quando da ocorrência da dinamização, indicar a hipótese de aplicação da teoria da carga probatória, fundamentando sua decisão e, ainda, garantir às partes que possam peticionar em complemento para aditar os fatos diante da nova realidade apresentada, inclusive para justificar quem de fato está ou não em melhores condições probatórias, em havendo controvérsia com relação a tal circunstância. O provimento jurisdicional nesses moldes valoriza e garante respeito ao ônus da prova subjetivo.

De outro lado, após a realização da instrução processual e a colheita da prova em juízo, produzida pelos litigantes, persistindo a dúvida sobre a veracidade dos fatos relevantes controvertidos e não formada a convicção do julgador para a prolação da sentença, a efetiva aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas apresentará a natureza jurídica de regra de julgamento, atinente ao

ônus da prova objetivo. Assim, na sentença o juiz deverá efetivar sua aplicabilidade no caso concreto, valendo-se de seus postulados para atribuir os efeitos negativos da ausência ou deficiência da prova em desfavor da parte que estava em melhores condições para a sua realização, não acolhendo sua pretensão ou defesa deduzida em juízo.

A adequada aplicação da teoria na fase de saneamento do feito permite uma postura processual adequada para elucidação das questões fáticas, evitando-se a decisões-surpresa. A nosso sentir, este é o único posicionamento apto a que a técnica da dinamização seja real tutela dos direitos fundamentais processuais.

A esse respeito, Zaneti<sup>875</sup> defende que a flexibilização do ônus da prova deva ocorrer antes da fase instrutória, a fim de que se possibilite o pleno contraditório e ampla defesa das partes e o possível cumprimento pelo litigante dinamicamente onerado, sob pena de colocá-lo na mesma dificuldade probatória que se tentou evitar com a flexibilização da regra geral.

Não obstante, há quem defenda que a aplicação da teoria apresentaria violação ao princípio da duração razoável do processo, por gerar certo incidente, inicialmente não previsto na relação processual. Sob essa injustificável pretensão, é importante a consciência de que a duração razoável do processo não é o único princípio vigente em nosso sistema processual, não sendo absoluto e devendo ser aplicado em harmonia com o princípio da cooperação. Por consequência, entre uma celeridade que atente contra o devido processo legal e um processo justo, impõe-se a escolha do segundo.

No que toca ao argumento de prejulgamento da causa, impende notar que a dinamização por várias vezes nada tem a ver com verossimilhança, sendo baseada na hipossuficiência de uma parte com relação a outra. Não haveria, de qualquer modo, um prévio julgamento, tendo em vista que o juiz nem mesmo teria conhecimento do conteúdo probatório a ser produzido após a dinamização. Afinal, o magistrado, ao dinamizar, permite à parte que possa se desincumbir de seu ônus.

---

<sup>875</sup> Ob. cit, p. 172.



Registre-se que, após tecer comentários sobre a aplicação da dinamização na fase postulatória, logo após o recebimento da inicial, Maurício Ferreira Cunha<sup>876</sup> apresenta ainda uma quarta posição. Entende o referido autor que não haveria momento processual para que o juiz fixasse o ônus da prova ou sua dinamização, posicionamento calcado na ideia de que não se estaria tratando de uma regra de procedimento, tornando-se desnecessário, inclusive nas relações de consumo, apenas avisar a parte contrária. Data vênua, consoante a argumentação já procedida, também não concordamos com o posicionamento do referido autor.

Não obstante as manifestações em sentido contrário, na esteira do posicionamento majoritário, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já salientado, o momento mais adequado para a adoção da teoria é na decisão de saneamento e organização do processo. O texto do artigo 357, III, do novo Código de Processo Civil consagra esse posicionamento, ao dispor que o magistrado nessa ocasião, deverá “definir a distribuição do ônus da prova”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>877</sup>, dentro desse raciocínio, consignou, depois de vários outros entendimentos em sentido contrário, que a técnica da dinamização deve se dar, preferencialmente, até o momento processual em que proferido o despacho saneador ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade, posição essa adotada pelo artigo 357, III, do Código de Processo Civil de 2015 e comungada pelo presente estudo. Em sendo o ônus da prova uma regra de instrução, sua inversão deve preceder a fase probatória, sendo realizada de preferência no saneamento do processo, ou quando excepcionalmente realizada após esse momento procedimental, deverá ser reaberta a instrução em

---

<sup>876</sup> Ob. cit., p. 319.

<sup>877</sup> AgRg no REsp 1.450.473-SC. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. 2ª Turma. j. 23.09.2014; p. DJe. 30.09.2014, o qual cita vários outros precedentes. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 24.01.2017. Também considerando a fase de saneamento do processo como o momento propício para quaisquer modificações no ônus probatório, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme REsp 1000937. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da publicação: 02/08/2012; e REsp 802.832/MG. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data da publicação: 21/09/2011. Disponíveis a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16.11.2017.

favor da parte que recebe o ônus da prova, caso pretenda produzir novas provas<sup>878</sup>.

Apesar de ser regra de julgamento, aplicável ao final do processo, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz deve, já na fase de saneamento, se manifestar sobre eventual modificação da regra geral do ônus probatório. Perceba-se que o juiz não estaria, nesse momento, flexibilizando efetivamente o ônus da prova, regra que até mesmo pode nem ser utilizada caso a instrução probatória o convença amplamente. O que o juiz fará é sinalizar às partes que, no caso de necessidade de aplicação da norma inerente ao ônus, o fará de forma dinamizada, e não conforme o previsto como regra geral e tradicional no estatuto processual.

Assim, para que a parte não seja surpreendida com a modificação quando já finalizada a instrução probatória, entendemos que, em respeito ao princípio do contraditório, a sinalização da possível dinamização – se necessário for – deve ser feita expressamente já na decisão saneadora. Considerar como parte da doutrina que o ônus da prova é apenas uma regra de julgamento e que somente no momento da sentença o juiz deve manifestar-se sobre ele<sup>879</sup> não parece correto porque desconsidera a realidade de que o ônus da prova também funciona como uma regra de conduta (ônus subjetivo).

Esse entendimento, que sempre nos pareceu mais adequado, também prevaleceu no Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente no artigo 373, §1º, que exige do juiz, sempre que inverter o ônus da prova, oportunizar à parte a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído. Significa que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de modo que não se mostra adequado que a inversão se dê apenas em sede da sentença.

---

<sup>878</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ: AgRg no REsp 1.450.473-SC. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. 2ª Turma. j. 23.09.2014; p. DJe 30.09.2014; REsp 1.395.254-SC. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. j. 15.10.2013; p. DJe 29.11.2013; EREsp 422.778-SP. Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Relator p/ acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. 2ª Seção. j. 29.02.2012; p. DJe 21.06.2012. Disponíveis a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 25.01.2017.

<sup>879</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*. 2.ed.; São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278.

É importante, contudo, fixar que, excepcionalmente, pode não ser viável essa distribuição exatamente no momento processual do saneamento. O que importa – e que restou consignado no texto normativo do artigo 373 – é que a norma é também de procedimento e não exclusivamente de julgamento, impedindo decisões surpresas em que a parte é informada da flexibilização do ônus apenas na sentença. Não sendo o caso de modificação quando do saneamento, o juiz poderá fazê-lo posteriormente, desde que permita à parte que tenha sobre si o novo encargo, que possa dele se desincumbir. A dinamização, enquanto técnica indispensável à concretização do acesso à justiça, pode ser determinada *a posteriori*, quando o julgador perceber a existência dos requisitos em momento processual mais avançado.

Indispensável é que as partes tenham, na fase instrutória, consciência da estrutura do processo, repudiando a mera expectativa do julgamento, sendo levadas à força pelo juiz no trâmite processual, para uma possibilidade efetiva de contribuição e influência no *decisum*, legitimando a prestação jurisdicional.

De outra senda, o segundo aspecto processual a ser abordado refere-se à legitimidade para requerer a dinamização<sup>880</sup>. A lei não menciona a possibilidade de as partes requererem a aplicação do artigo 373, §1º do novo Código de Processo Civil ou mesmo de o magistrado a determinar de ofício. Mas, tendo em vista o espírito participativo, cooperativo que permeia o novo diploma legal, parece ser razoável admitir ambas as hipóteses.

Ordinariamente caberia à parte interessada realizar o requerimento de dinamização, eis que, em geral, será do sujeito processual onerado de modo inadequado pelo artigo 373, *caput*, o interesse na imputação do seu ônus à parte adversa. Para o deferimento da dinamização, o postulante terá que provar a diferença de condições probatórias que alega.

A parte pode, já na petição inicial ou na contestação, requerer, motivadamente, a dinamização, devendo demonstrar tanto que a produção probatória de determinados fatos trará grandes dificuldades para si, quanto a maior facilidade em sua produção pela contraparte. No entanto, poderá fazê-lo até a decisão de saneamento, momento adequado para apreciação judicial. É

---

<sup>880</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 200-201.

possível ainda que a parte realize o requerimento depois desse momento, mesmo que já tenha ocorrido decisão de saneamento e tenha sido o feito estabilizado, desde que presentes certos requisitos. A estabilidade pode e deve ser afastada, de modo que seja realizada uma dinamização, quando ocorrer alguma circunstância modificadora da situação probatória dos sujeitos processuais no próprio decorrer do processo, após a estabilização da decisão prevista no artigo 357 do novo Código de Processo Civil. Igualmente é possível o afastamento da estabilidade do ônus da prova definido na decisão de saneamento e organização do processo quando a prova do fato modificador da situação probatória das partes só vier posteriormente. Em qualquer hipótese, havendo requerimento da parte, o juiz, antes de decidir, deve conceder à parte adversa o direito ao contraditório.

Mas, para além do requerimento das partes, a dinamização pode ser suscitada pelo próprio juiz, de ofício. Caso ele perceba, por exemplo, que uma das partes tenha melhores condições probatórias, enquanto a outra tem grande dificuldade para se desincumbir do seu ônus, deve agir ativamente determinando a dinamização, em atendimento ao próprio sistema cooperativo. No entanto, é imprescindível que o juiz intime previamente as partes para manifestarem-se sobre o tema, em atenção ao disposto no artigo 10 do novo diploma processual civil brasileiro, e que tal decisão permita à parte que vier a receber o novo ônus que dele possa se desincumbir. Nada impede também que, em caso de atuação oficiosa do Ministério Público, como *custos legis*, possa o representante deste órgão postular a aplicação da dinamização.

Um terceiro relevante aspecto processual diz respeito à motivação da decisão da dinamização<sup>881</sup>. O julgador deve vislumbrar a dinamização como a única técnica plausível de atingir o escopo do processo para que possa ser aplicada, porquanto, sendo viável outra medida que não cause prejuízo e seja proporcional ao fim perquirido, deve preferi-la à técnica *sub examine*. A ponderação entre as técnicas processuais cabíveis deve ser feita com base na proporcionalidade e razoabilidade (artigo 8º, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015), optando-se pela justa medida ao caso concreto. Aquela que

---

<sup>881</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 207-209.

cause menos dano e, igualmente, proporcione mais vantagens ao processo, deverá ser acatada.

O ideal é que o magistrado exponha de forma clara e lógica os motivos, tanto de fato quanto de direito, de sua aplicação. Por conseguinte, deverá demonstrar a inadequação da utilização da distribuição estática, explicitando os motivos para tanto. Dentre outros, poderá alegar a ampliação do alcance do princípio da adequação – com base no direito de acesso à justiça, isonomia e cooperação para estruturar a instrução da causa conforme o caso concreto. De toda forma, sua decisão deverá ser devidamente motivada, a teor do disposto no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Um quarto aspecto processual tange aos fatos. Deve o juiz individualizá-los, considerando sua natureza – constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos – e, então, ponderar a necessidade de dinamização do seu respectivo ônus, em paralelo à sua disposição *a priori*. Ao discriminar com clareza a parcela do *thema probandum* em que não se aplica a regra geral do *onus probandi*, chamando a devida atenção do litigante que passa a ser onerado, o juiz atende ao sistema processual cooperativo.

É imprescindível que o juiz indique quais as alegações de fato que serão afetados pela dinamização dos encargos probatórios. As premissas fáticas que o julgador levou em conta para dinamizar o ônus da prova devem estar contidas, também de forma clara, na motivação. Só assim o litigante eventualmente prejudicado poderá combater devidamente a decisão.

Tratando do alcance das “cargas probatórias dinâmicas”, impende ressaltar que, para além do caráter excepcional, dentro do próprio caso concreto em que seja utilizada, a dinamização não abrange, necessariamente, todo o *thema probandum*, mas apenas os fatos que sejam difíceis de comprovação por uma das partes, diante da aplicação da regra estática de divisão do ônus, consagrada no artigo 373, *caput*, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

É que pode ocorrer, e normalmente assim o será, de uma parte deter melhores condições para provar um determinado fato, mas não para os demais, sendo possível a aplicação, dentro do mesmo caso concreto, tanto da regra estática legal como da dinamização, relativas a diferentes fatos probandos. Por

consequente, na decisão de dinamização dos encargos probatórios, o magistrado deverá sempre apontar quais fatos terão os ônus probatórios modificados<sup>882</sup>.

Nesse sentido, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico<sup>883</sup> defende a existência de um importante corolário, consubstanciado no fato de que “a modificação deve operar-se exclusivamente sobre o fato específico, a respeito do qual se verifica a assimetria do poder probatório. Nem mais, nem menos”. Realmente, o magistrado, na decisão que dinamiza o ônus da prova, deve especificar que a carga modificada é referente a determinado fato probando, padecendo de *error in procedendo*, por vício de fundamentação, a decisão que se limita a genericamente inverter os ônus probatórios.

Consoante percebeu Paulo Rogério Zaneti<sup>884</sup>, essa é uma das cruciais diferenças entre a teoria dinâmica de Jorge Walter Peyrano e Jeremy Bentham. Enquanto o primeiro entende a dinamização como tendo um caráter complementar à distribuição estática, o segundo traça sua regra de distribuição como um princípio ou regra geral.

O quinto aspecto faz referência quanto à questão recursal, com relação à qual mostra-se límpido que a manifestação judicial que aplica a teoria das cargas probatórias dinâmicas trata-se de uma decisão interlocutória. Por conseguinte, o Código de Processo Civil de 2015 optou expressamente em prever o cabimento de agravo de instrumento como o recurso adequado para a impugnação da decisão que modifique o ônus estático da prova, consoante previsão do artigo 1015, XI.

No entanto, caso a dinamização não seja admitida no caso concreto pelo magistrado, não seria admitida a utilização do agravo de instrumento, devido ao fato de o texto normativo prever o recurso apenas no caso de modificação das regras prévias de distribuição probatória. A opção legislativa foi não prever qualquer tipo de preclusão para tais questões que podem ser suscitadas na apelação ou nas respectivas contrarrazões, nos termos do artigo 1009, §1º, do Código de Processo Civil de 2015. Assim, caberia à parte, nessa hipótese,

---

<sup>882</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 172.

<sup>883</sup> Ob. cit., p. 228.

<sup>884</sup> Ob. cit., p. 123.

argumentar em sede de razões recursais o não deferimento da dinamização do ônus probatório<sup>885</sup>.

Em sentido contrário, se contrapondo ao não cabimento do agravo de instrumento quando do indeferimento do pedido de dinamização do ônus da prova, Macêdo e Peixoto<sup>886</sup> defendem que a disposição do ônus da prova é questão estruturante do procedimento, seja para manter a distribuição nos moldes legais ou para refazê-la. Além disso, há evidente violação da igualdade processual em permitir que uma das partes se utilize de um procedimento recursal mais vantajoso, enquanto a outra, que teve seu suposto direito à aplicação da técnica processual da dinamização negado, tenha de esperar todo o procedimento para que possa ter sua pretensão recursal analisada. Corroborando este entendimento, Willian Santos Ferreira<sup>887</sup>, Marinoni, Mitidiero e Arenhart<sup>888</sup> defendem que a interpretação da regra não pode ser diminuída à sua literalidade, especialmente quando assim se faz em detrimento dos princípios que estruturam todo o processo civil. Por conta disso, tendo em vista o princípio da igualdade, comungamos com o entendimento de que tanto a decisão de dinamização, como a que a denega podem ser atacadas recursalmente por meio de agravo de instrumento.

Quanto ao cabimento de recurso para as instâncias especiais, verifica-se que a tratativa da matéria no Código de Processo Civil de 2015 refletiu diretamente no recurso excepcional cabível. No Código de Processo Civil de 1973, havia de se fazer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, o recurso extraordinário direcionado ao Supremo Tribunal Federal era o adequado. Já no novo Código de Processo Civil, há expressa regulação da dinamização, pelo que o recurso especial é o cabível, veiculado para que o Superior Tribunal de Justiça cumpra seu *múnus* constitucional de dar interpretação uniforme ao direito infraconstitucional federal<sup>889</sup>.

Não se olvide, porém, a defesa do não cabimento do recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, fundamentando-se na necessidade de análise fática. Divergimos em parte desse entendimento. Isso porque, em certos casos, caberá

---

<sup>885</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 209-210.

<sup>886</sup> Ibid., pp. 209-210.

<sup>887</sup> *Comentários ao art. 373*. Breves comentários ao Novo Código de processo Civil. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1011.

<sup>888</sup> *Novo curso de processo civil*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

<sup>889</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., p. 211.

ao próprio Superior Tribunal de Justiça ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal analisar se realmente é caso de concretização de tais princípios a partir da situação fática já apresentada. Perceba-se que os Tribunais Superiores não avaliarão a análise das provas feita no juízo *a quo*, hipótese que esbarraria no enunciado da súmula 7<sup>890</sup>, do Superior Tribunal de Justiça e da súmula 279<sup>891</sup>, do Supremo Tribunal Federal, mas tão somente o acerto ou erro em designar para o fato jurídico encontrado a eficácia da dinamização do ônus da prova. É dizer, no recurso especial, ser possível discutir se houve correta aplicação da dinamização a partir dos fatos X ou Y, tidos por existentes pela decisão recorrida, ou seja, delinear os aspectos fundamentais para a compreensão do artigo 373, §1º, do novo Código de Processo Civil. No entanto, é impossível interpor o recurso para Tribunal Superior para buscar o reconhecimento de tais fatos, ensejadores da dinamização, sob pena de contrariedade ao enunciado das súmulas referidas.

#### **6.10. Aplicabilidade da dinamização do ônus da prova**

Analisando os fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas, vislumbra-se que as regras de distribuição do ônus probatório só têm importância quando, precisamente, não há prova.

A dinamização tem aplicação em processos de conjunturas especiais donde se torna necessária, uma destacada apreciação das circunstâncias do caso. Muitas vezes a posição dominante ante a prova poderá ser evidenciada mediante circunstâncias documentalmente comprovadas na causa, considerando-se as afirmações do próprio sujeito processual que esteja melhor posicionado. Em outras hipóteses, porém, a melhor posição probatória carece de ser comprovada e sua demonstração caberá à parte que a alega.

Não se trata, em definitivo, de atribuir sempre a carga probatória a quem tem melhores condições de provar, sem se exigir uma comprovação desta condição. A simples colaboração ou solidariedade da prova não pode ser usada como justificativa genérica para flexibilizar as regras gerais de distribuição do ônus. Exige-se esforço em ao menos tentar realizar a prova – desenvolver esta

---

<sup>890</sup> “Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

<sup>891</sup> “Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”



atividade. Do contrário, seria cômodo refugiar-se em um esquema estático que objetiva dificultar a produção probatória. De outro lado não se pretende que a parte hipossuficiente possa descansar comodamente e não se preocupar com as regras clássicas da distribuição, mirando, desde o início, que toda a carga probatória recaia sobre seu ex-adverso, fomentando que esta parte, sem intentar qualquer prova, demande a outra tão somente sob o argumento de que o ex-adverso se encontre em melhores condições probatórias.

A aplicação da doutrina pressupõe uma situação de efetiva desigualdade<sup>892</sup>, que, antes de ser verificada, deve transcender em relação às possibilidades probatórias. Uma parte se posiciona com dominante poder de realização da prova diante da outra que, em razão da inferioridade, está impedida de produzi-la. Convenhamos que a circunstância que implicasse que uma das partes tem melhores condições de aportar a prova, não significa, necessariamente, que a outra parte não pode produzi-la. Se o sujeito, aparentemente hipossuficiente, encontrar-se em suficientes condições de produzir a prova, podendo fazê-lo, não se tem que indagar, no caso, sobre a melhor posição da parte contrária para tanto – v.g. um consumidor que juntou aos autos todos os documentos necessários à comprovação do fato constitutivo de seu direito, ainda que inserido em uma relação de consumo em que o ônus da prova pode ser invertido ou dinamizado em razão de sua hipossuficiência, dela não necessitará.

Lado outro, se a parte demonstra um manifesto esforço para realizar a prova, no intuito de colaborar, e seu fracasso em todas as diligências é decorrente de razões imputáveis ao sujeito contrário, resultará demonstrada a aludida inferioridade. Por tais motivos, não basta alegar que a outra parte encontra-se em melhores condições de produzir a prova, mas há de se provar que a parte hipossuficiente se esforçou para realizar a prova, sem atingir seu intuito.

Pode-se concluir que será o conjunto de atitudes frente à produção de provas, a mensuração das dificuldades em que residem os fatos a se provar e as possibilidades de produzir as provas respectivas, analisando a atividade e a

---

<sup>892</sup> SÉRGIO JOSÉ BARBERIO, Ob. cit., p. 104.

inatividade desenvolvidas por ambas as partes no processo, em um e no outro sentido, que permitirá o fecundo funcionamento das cargas probatórias dinâmicas.

As cargas dinâmicas não se constituem na regra clássica de distribuição do ônus e nem na principal, sendo apenas uma forma de flexibilização, que poderá resultar em melhor proveito ao processo e à decisão justa. Constitui uma derivação das regras tradicionais por meio da qual o julgador valorará de forma distinta a prova contida nos autos e também a ausência dessa.

Independente de a prova realizada por quem tem melhores condições favorecer a si próprio ou à hipossuficiente parte ex-adversa, o importante é que os fatos restem devidamente provados. Essa é a principal justificativa para a conduta ativa do juiz quando da dinamização, tendo em vista que não pretende prejudicar quem tem melhores condições e não pode prever o conteúdo da prova.

Como bem recorda Arazi<sup>893</sup>, o incumprimento das regras de distribuição do ônus probatório deve ser valorado conforme as regras e por intermédio de uma crítica saudável. Consoante tais ensinamentos, considerando o prisma dinâmico das regras das cargas probatórias e a análise saudável da crítica, o juiz valorará as circunstâncias do caso, apreciando quem se encontra em melhores condições de provar e as razões pelas quais quem tinha a obrigação de provar não o fez adequadamente.

Em igual sentido, Gozaíni<sup>894</sup> afirma que surge necessária e imprescindível essa vinculação, porquanto a carga subjetiva da prova serve irremediavelmente como padrão, como sanção e como imposição, mas sempre decorrente da análise crítica do juiz na hora de sentenciar. Assim, as regras atinentes à carga probatória devem ser apreciadas em função da índole e das características do assunto objeto da lide e da decisão do órgão jurisdicional, princípio que se encontra relacionado com a necessidade de dar primazia à verdade jurídica objetiva sobre a interpretação das normas processuais.

Em geral, a dinamização deve ser aplicada tão somente em processos de conhecimento, pois sua aplicação em processos executivos desvirtuaria toda a teoria dos títulos executivos e do processo executivo em si<sup>895</sup>. Não obstante,

---

<sup>893</sup> Ob. cit., p. 85.

<sup>894</sup> Ob. cit., *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1992, p. 610.

<sup>895</sup> IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., p. 138.

registre-se que corrente doutrinária divergente defende sua aplicação também nos procedimentos executivos, desde que com determinados temperamentos<sup>896</sup>, assim como na ineficácia concursal<sup>897</sup> e na inoponibilidade da personalidade jurídica<sup>898</sup>.

Impende ressaltar, entretanto, que a doutrina tem defendido a aplicação da teoria nos campos e casos mais diversos, mas sempre em atenção aos seus fundamentos e pressupostos basilares.

Maria Belén Tepsich<sup>899</sup> relata alguns âmbitos de aplicação como em matéria de abuso sexual, relação a danos por discriminação arbitrária e de direito trabalhista/laboral, responsabilidade médica e simulações negociais. Já Carlos Alberto Carbone<sup>900</sup> argumenta sobre novos horizontes das “cargas probatórias dinâmicas” indicando-os como: i) controvérsias em matéria de nomes de domínio de internet; ii) controvérsias em matéria de inscrição de marcas; iii) processos contra empresas qualificadoras de risco financeiro; iv) responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos.

Analisando antecedentes jurisprudenciais da Corte Suprema da nação argentina, Edgar J. Baracat<sup>901</sup> indica casos de aplicação a exemplo de contrato de seguro, banco e entidades financeiras; conta corrente bancária, tarjetas de crédito e títulos de crédito; concursos; concentração societária; uso de marcas; em matéria laboral e de seguridad social, a exemplo de prova da relação laboral, jornada superior a legal, horas suplementares, *quantum* da remuneração, indenização por dano moral, tarefas adequadas a incapacidade do trabajador, assédio sexual, direito de cobrar pensão; em matéria contratual – locação, locação de obras, doação, contrato de garagem, lesão subjetiva, mora, indenização por dano moral; em danos e prejuízos – fonte do dano, entidade do dano, prova do prejuízo, prova da culpa, culpa da vítima; risco e vício da coisa; ato

---

<sup>896</sup> BEATRIZ S. RUFZA, Ob. cit., pp. 379-400; MIRYAM BALESTRO FAURE, Ob. cit., pp. 339-362.

<sup>897</sup> HÉCTOR H. CÁRDENAS, *Las cargas procesales dinámicas em la ineficácia concursal*. Cargas probatorias dinámicas PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 405-417.

<sup>898</sup> CARLOS DANIEL PASTOR, Ob. cit., pp. 419-433.

<sup>899</sup> Ob. cit., pp. 161-162.

<sup>900</sup> Ob. cit., pp. 197-228.

<sup>901</sup> Ob. cit., pp. 273 e ss. e 289-319.

de menor; reparação de veículo; lucro cessante; responsabilidade médica<sup>902</sup>; simulação.

Verifica-se ainda a aplicabilidade da teoria em juízos de filiação<sup>903</sup>, responsabilidade civil ambiental<sup>904</sup>, promoção de bingos<sup>905</sup>, responsabilidade civil de concessionária de autoestrada<sup>906</sup> e extinção de servidão de passagem por desnecessidade<sup>907</sup>. E para além disso, no âmbito dos juizados especiais e do direito processual coletivo<sup>908</sup>, em face da fazenda pública<sup>909</sup> e até no processo do trabalho<sup>910</sup>.

Em suma, na esteira dos ensinamentos de Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>911</sup>, pode-se definir a teoria da seguinte forma: instrumento processual destinado a dinamizar a regra processual da distribuição do ônus da prova, para casos excepcionais de difícil solução probatória, que tem como objetivo a busca da justiça no caso concreto e o justo equilíbrio entre as partes, constituindo-se em uma pauta de valoração a ser realizada pelo julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução processual, atribuindo em desfavor da parte que

---

<sup>902</sup> ALESSANDRO CARLO MELISO RODRIGUES, *A convicção do julgador nas ações de responsabilidade civil médica*. Ob. cit.; JUAN CARLOS VALLEJOS, Ob. cit., pp. 455-478; e SILVINA PEREIRA MARQUES, *La carga de la prueba de la culpa profesional médica*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 479-505.

<sup>903</sup> JULIANA BILESIO e MARISA GASPARINI, *La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas em los juicios de filiación*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 507-524.

<sup>904</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, *Dinamização do ônus da prova nas ações ambientais*. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>905</sup> EDUARDO CAMBI, *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPD*. Ob. cit., pp. 263-266.

<sup>906</sup> CAIO DE OLIVEIRA CAVALCANTI, Ob. cit., pp. 128-132.

<sup>907</sup> Ibid., pp. 135-137.

<sup>908</sup> LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, Ob. cit., pp. 215-240.

<sup>909</sup> MIRNA CIANCI e RITA QUARTIERI, *A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da Fazenda Pública*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 325-337.

<sup>910</sup> CARLA TERESA MARTINS ROMAR, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 1007- 1022. Para a autora o campo do processo do trabalho é bastante permeável para a dinamização da carga probatória, o que inclusive já vem sendo feito com a aplicação da inversão do ônus da prova em situações em que há inegável dificuldade para o trabalhador provar suas alegações. Ainda sobre o tema vide GRAZIELLA AMBRÓSIO, *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>911</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., p. 206.

tinha as melhores condições fáticas, profissionais, técnicas e econômicas para formação da convicção do julgador, o encargo de suportar a falta da prova ou a prova deficiente, desacolhendo sua pretensão.

É a carga da prova dinâmica, portanto, um juízo valorativo de deslocamento e flexibilização dos efeitos da distribuição do ônus probatório na hipótese de ausência da prova necessária para o deslinde da querela. O efeito da não realização da prova deixa de recair sobre a parte originalmente destinada a realizar a prova e que assim não o fez de forma satisfatória por absoluta impossibilidade de fazê-la, para incidir sobre aquela que estava em melhores condições fáticas, profissionais ou técnicas para sua produção, portanto, com possibilidade de realizá-la e, entretanto, assim não procedeu.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas foi inspirada com o intuito de deslocar a rigidez do ônus probando, na sua versão objetiva, para casos concretos específicos que se destacam pela peculiar dificuldade de produção de provas pela parte onerada, por razões alheias à sua vontade. Portanto, tem incidência nas situações em que a parte encarregada de produzir a prova, de fato, empregue todo o esforço necessário possível para sua realização, que ao cabo se mostra inútil pela dificuldade técnica e fática apresentada.

Essa teoria prega, portanto, para sua caracterização, que diante da situação de dúvida instaurada pela não formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos controvertidos alegados, a valoração do encargo probatório deva recair sobre a parte que dispunha das melhores condições técnicas, fáticas, ou profissionais para a realização da prova, independentemente da posição assumida na relação jurídica processual (autor ou réu) e sem considerar a natureza dos fatos alegados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos).

A incidência ou aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas só tem justificativa em casos extremos, ou seja, para aquelas situações em que a repartição legal do ônus da prova gere consequências claramente inconvenientes, inócuas e injustas para a parte incumbida do encargo legal. Logo, é amplamente pacífico na doutrina autorizada<sup>912</sup> que a aplicação da teoria das cargas probatórias

---

<sup>912</sup> EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., p. 272.

dinâmicas é realizada de forma excepcional, sendo sua interpretação sempre restritiva.

Apesar de gozar de certa autonomia, a teoria das cargas probatórias dinâmicas não existe por si só. Não se aplica a carga dinâmica da prova de forma isolada. Para sua aplicabilidade, não se exclui ou afasta a regra tradicional vigente do ordenamento jurídico sobre distribuição do ônus da prova. Pelo contrário, a teoria das cargas probatórias dinâmicas convive e complementa a teoria geral da distribuição do ônus da prova, sendo, na verdade, um comando subsidiário que altera a solução final empregada, fundamentada pela busca de um valor de justiça para o caso concreto e da igualdade processual entre as partes.

A aplicabilidade da teoria no caso concreto deve ser realizada conjuntamente com a norma tradicional do sistema responsável pela repartição do ônus da prova e sua sistematização ocorre em duas etapas:

1) Ajuizada a demanda, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, cada parte deverá alegar os fatos e produzir a prova pertinente, que embasa a aplicação norma legal invocada em seu benefício. Ou seja, cada parte deve fazer a prova dos fatos alegados e controvertidos que sejam do seu interesse. Logo, de início, vige a regra tradicional do ônus subjetivo da prova. Cada parte deverá municiar o feito com a prova suficiente dos pressupostos fáticos que corresponde ao seu interesse, sob pena de suportar o risco de sua frustração, perdendo a demanda.

Ao curso de toda a regular instrução processual, existindo prova suficiente para a formação da convicção do julgador é proferida a sentença em conformidade com a prova efetivamente produzida pelas partes, por força do princípio da comunhão probatória.

2) Do contrário, ao final de toda a instrução processual, pode ocorrer que as partes não tenham produzido suficientemente as provas necessárias para ilidir qualquer dúvida do julgador e formar sua convicção sobre a veracidade dos fatos. Surge então a necessidade de decidir com base em algum critério axiológico normativo.

Como consequência, tem-se início a segunda etapa do procedimento de aplicabilidade da teoria, para incidir no caso concreto as “cargas probatórias dinâmicas”, que consiste em afastar, deslocar, aliviar, flexibilizar, aperfeiçoar,

complementar a regra de julgamento objetiva do ônus probatório tradicional, para, então, valorar os efeitos da falta da prova em desfavor da parte que tinha as melhores condições no caso concreto de produzi-la e assim não o fez. Não esqueça, entretanto, que, para essa aplicação, torna-se necessário que as partes tenham ciência da possibilidade de dinamização em momento anterior à sentença, preferencialmente desde a fase de saneamento do feito e, excepcionalmente, durante a fase de instrução, mas sempre com a possibilidade de se desincumbir do seu novo ônus.

À partida, com o acolhimento da teoria das cargas probatórias dinâmicas, o fenômeno probatório deve passar a ser encarado à luz da finalidade do processo e do valor da justiça (realização da justiça no caso concreto e pacificação social), abandonando seu campo de atuação como mero meio para cumprimento das formas processuais abstratas<sup>913</sup>.

A incidência da teoria, sempre de forma excepcional, tem como finalidade a realização de justiça no caso concreto e como efeito, segundo Jorge Walter Peyrano<sup>914</sup>, trata-se de pressuposto idôneo para definir com acerto quem deve suportar, por meio de uma correta perspectiva axiológica, a carga de certos fatos controvertidos. Exatamente nesse viés, sua aplicação já tem se mostrado efetiva também na jurisprudência brasileira<sup>915</sup>.

---

<sup>913</sup> Nesse sentido, vide JUAN ALBERTO RAMBALDO, Ob. cit., p. 33.

<sup>914</sup> *Lineamentos de las cargas probatorias "dinâmicas"*. Ob. cit., p. 16.

<sup>915</sup> Analisando a aplicabilidade na teoria da dinamização do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça – STJ apresenta alguns precedentes, v.g.: REsp 1729110/CE. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data da publicação: 04/04/2019; AgInt no AREsp 1142570/SE. Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO. Data da publicação: 06/03/2018; AREsp 700541. Relator: Ministro MARCO BUZZI. Data da publicação: 21/02/2017; AgInt no REsp 1492432/SP-Agravo interno no recurso especial 2014/0254950-0. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Data da publicação: 11/05/2017; REsp 1461596. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data da publicação: 02/05/2016; AREsp 800699. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data da publicação: 11/02/2016. Analisando a aplicabilidade da referida teoria ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 vide: RMS 38025 / BA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2012/0101925-0. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA. Data da publicação: 01/10/2014; REsp 803995 / RS Recurso Especial 2005/0203406-7. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. Data da publicação: 18/09/2006. Todos os arestos disponíveis a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16.11.2017 e 06.05.2019. Também os Tribunais de Segunda Instância, têm apresentado julgados nesse sentido, a exemplo: a) Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG: Apelação Cível 1.0443.15.002072-7/001. Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues. Data da publicação: 22/03/2019; Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.042255-2/002. Relator(a): Des.(a) Jair Varão. Data da publicação: 29/06/2018; Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.014283-8/001. Relator(a): Des.(a) Manoel dos Reis Moraes. Data da publicação: 24/05/2018; Apelação Cível 1.0439.15.005458-3/001 - 0054583-17.2015.8.13.0439 (1). Relator(a): Des.(a) VASCONCELOS LINS. Data da publicação: 07/11/2017; Apelação Cível 1.0707.15.019080-9/001 -

## 6.11. Dinamização versus inversão do ônus da prova

Apesar do desenvolvimento específico da teoria da dinamização do ônus da prova muito já se discutiu se ela não seria nada mais do que uma manifestação da já conhecida inversão do ônus probatório<sup>916</sup>.

Com efeito, afirma-se que a aplicação de presunções legais<sup>917</sup> *ius tantum*, ao admitir prova em contrário, invertem a carga probatória porque favorecem a quem a invoca e põem a cargo da outra parte a prova em contrário<sup>918</sup>.

---

0190809-98.2015.8.13.0707 (1). Relator(a): Des.(a) MARIÂNGELA MEYER. Data da publicação: 27/10/2017; Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.219381-2/001 - 0455695-41.2017.8.13.0000 (1). Relator(a): Des.(a) HILDA TEIXEIRA DA COSTA. Data da publicação: 11/10/2017; Agravo de Instrumento-Cv 1.0382.15.010663-3/002 - 0463243-20.2017.8.13.0000 (1). Relator(a): Des.(a) JOSÉ MARCOS VIEIRA. Data da publicação: 06/10/2017; Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.209808-8/001 - 0688248-94.2016.8.13.0000 (1). Relator(a): Des.(a) LUIZ ARTUR HILÁRIO. Data da publicação: 03/10/2017; Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.042653-0/001 - 0426530-46.2017.8.13.0000 (1). Relator(a): Des.(a) MOTA E SILVA. Data da publicação: 05/09/2017; e Embargos de Declaração-Cv 1.0713.14.011735-7/002 - 0117357-71.2014.8.13.0713 (1). Relator(a): Des.(a) WANDER MAROTTA. Data da publicação: 05/09/2017. Disponíveis a partir de [www.timg.jus.br](http://www.timg.jus.br). Acesso em 16.11.2017 e 06.05.2019; b) Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP: Apelação 1014032-43.2014.8.26.0344. Relator(a): Des.(a) LUIS FERNANDO NISHI. Data da publicação: 13/11/2017; Apelação 2025485-75.2017.8.26.0000. Relator(a): Des.(a) MARCELO SEMER. Data da publicação: 26/07/2017; Apelação 0808917-21.1990.8.26.0100. Relator(a): Des.(a) CESAR CIAMPOLINI. Data da publicação: 29/03/2017. Disponíveis a partir de [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br). Acesso em 16.11.2017; c) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ: Apelação 0090863-06.2014.8.19.0002. Relator(a): Des.(a) ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT. Data de julgamento: 08/11/2017; Agravo de Instrumento 0028760-61.2017.8.19.0000. Relator(a): Des.(a) MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA. Data de julgamento: 21/06/2017; Agravo de Instrumento 0057692-59.2017.8.19.0000. Relator(a): Des.(a) LUIZ ROBERTO AYOUB. Data de julgamento: 08/11/2017; Apelação 0238646-68.2015.8.19.0001. Relator(a): Des.(a) WILSON DO NASCIMENTO REIS. Data de julgamento: 11/10/2017; Apelação 0011891-02.2008.8.19.0206. Relator(a): Des.(a) MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES. Data de julgamento: 16/08/2017; Apelação 0090863-06.2014.8.19.0002. Relator(a): Des.(a) ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT. Data de julgamento: 08/11/2017; e Agravo de Instrumento 0049143-94.2016.8.19.0000. Relator(a): Des.(a) FERDINALDO DO NASCIMENTO. Data de julgamento: 09/02/2017. Disponíveis a partir de [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br). Acesso em 16.11.2017; d) Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1: Apelação 0039532-24.2011.4.01.3300 – BA. Relator(a): Juiz Federal convocado CRISTIANO MIRANDA DE SANTANA. Data de publicação: 22/09/2017; Agravo de Instrumento 0052431-02.2007.4.01.0000 - MG. Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA. Data de publicação: 03/10/2013; e Apelação 0003308-48.2011.4.01.3507 - GO. Relator(a): Desembargador Federal REYNALDO FONSECA. Data de publicação: 22/05/2015. Disponíveis a partir de <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1>. Acesso em 16.11.2017.

<sup>916</sup> Sobre distinção entre inversão e dinamização, citando doutrina e jurisprudência relativas a distintas correntes, vide MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *Novo código de processo civil comentado*. Ob. cit., pp. 397-398. Ainda com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, vide SELMA MARIA MARQUES DE SOUZA, *A dinamização e a inversão do ônus da prova segundo as relações jurídicas específicas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa: 2014. Tratando da inversão no ônus da prova no direito italiano vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 320-324.

<sup>917</sup> Sobre o tema presunções, vide RONALDO SOUZA BORGES, *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016; FELLIPE VIANA DE



Na doutrina portuguesa, Antônio Menezes Cordeiro<sup>919</sup> defende a aplicação da inversão do ônus probatório quando haja uma presunção legal favorável à parte que, de outro modo, estaria onerada; quando ocorra uma dispensa ou oneração do ônus da prova; quando haja uma convenção<sup>920</sup> (contrato ou acordo relativo à prova<sup>921</sup>) válida no sentido da inversão; quando a lei a determine. Referida lição é ainda complementada pelos ensinamentos de Remédio Marques<sup>922</sup>, que também trata da possibilidade de inversão quando a parte contrária impossibilitou culposamente a prova do fato, em casos de prova de fatos negativos e de falta de colaboração ilegítima da contraparte ao inviabilizar a produção do único meio de prova existente.

Lado outro, segundo Devis Echandía<sup>923</sup>, os casos em que existem presunções legais não constituem nenhuma exceção às regras do ônus probatório, porque o fato presumido não toma parte do pressuposto fático da norma substancial de cuja aplicação se trata; ao passo que fatos base da presunção são os únicos que formam esse pressuposto e por tal motivo devem provar quem os invoque.

---

MELLO, Ob. cit., pp. 30-36; JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit.; e LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *A prova por presunção no direito civil*. Ob. cit., pp. 23, o qual define o termo presunção como um raciocínio em virtude do qual, partindo de um fato que estava provado (fato base/fato indiciário), chega-se à consequência da existência de outro fato (fato presumido), que é pressuposto fático de uma norma, atendendo ao nexo lógico existente entre os dois fatos. (...) Ainda segundo o referido autor (citando José Luis Vásquez Sotelo, *La prueba en contrario em las presunciones judiciales*. Revista Jurídica de Catalunya, n.4, 2001, p. 154), o fato-base e o fato presumido devem estar vinculados entre si por uma relação lógica de causa-efeito, segundo uma regra ou experiência humana. Ob. cit., p. 45. Já JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 248-250, define presunções *juris et de jure* como aquelas que não admitem prova em contrário, sendo irrefutáveis, e presunções *tantum juris* como as que admitem contraprova.

<sup>918</sup> HÉCTOR E. LEGUISAMÓN, Ob. cit., p. 112.

<sup>919</sup> *Tratado de direito civil*. Ob. cit., pp. 468-470.

<sup>920</sup> Sobre convenções de prova e sua influência na flexibilização do ônus probatório no direito português, vide LUCINDA MARIA DUARTE DIAS DA SILVA, *Convenções de prova em processo civil*. Tese de doutoramento. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015, pp. 506-624; FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de prova em processo civil*. Ob. cit., pp. 47-48; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Ob. cit., pp. 234-236, oportunidade que o autor nomeia o instituto como “contratos probatórios”. Com relação ao direito italiano, vide TITINA MARIA PEZZANNI, Ob. cit.; e LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 405-415.

<sup>921</sup> JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., p. 250.

<sup>922</sup> *Acção declarativa à luz do código revisto*. Ob. cit., pp.578-580.

<sup>923</sup> *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Zavalía, 1981, pp. 701-702.

Em nossa opinião, na esteira do entendimento de Hector Leguisamón<sup>924</sup>, nenhuma das presunções legais substanciais, como tampouco as presunções jurisprudenciais, produzem uma inversão da carga probatória, uma vez que o ônus probatório se mantém intacto. O que sucede é que variam os fatos a se provar.

Como exposto, a matéria inerente às “cargas probatórias dinâmicas” é tratada no Brasil, no §1º, do artigo 373, do novo Código de Processo Civil. Consagra-se, no referido dispositivo, uma espécie de flexibilização do ônus da prova subjetivo ao se admitir, diante das peculiaridades da causa, que o encargo da prova seja distribuído de modo diverso à regra estática prevista no *caput*. Assim, diante da presença dos requisitos legais, o ônus probatório dos fatos controvertidos será imputado caso a caso, modificando-se a regra estática que determina a incumbência probatória do autor para os fatos constitutivos do seu direito e ao réu para os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O §1º do artigo 373, por conseguinte, passa a ser a base legal no regime jurídico processual brasileiro que autoriza a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova. Para sua incidência prática, entretanto, faz-se imprescindível a presença de certos requisitos legais, quais sejam, impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos e maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

A inversão do ônus da prova<sup>925</sup> é uma das espécies do gênero flexibilização<sup>926</sup> do procedimento ou adequação formal, que tem como fundamento o objetivo de assegurar um processo equitativo, isto é, um processo justo que confira a ambas as partes iguais oportunidades para apresentar suas alegações, exercer o contraditório, oportunizar os elementos de prova e convencer o julgador.

Dessa forma, a teoria da dinamização do ônus da prova também funciona como uma regra de procedimento que flexibiliza o ônus da prova subjetivo previsto estaticamente, diante da necessidade do caso específico submetido a

---

<sup>924</sup> Ob. cit., p. 113.

<sup>925</sup> No direito português, o tema é tratado por FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os meios de prova em processo civil*. Ob. cit., pp. 46-47.

<sup>926</sup> Para RODRIGO RIVERA MORALES, Ob. cit., pp. 135-144, a inversão do ônus da prova representa sua modificação e ocorre por determinação legal, através de presunções, por via judicial ou convencional.

juízo, na hipótese de uma flagrante dificuldade técnica pela parte originariamente incumbida do encargo probatório, ao mesmo tempo em que a parte contrária, sem o ônus probatório, tem maior facilidade para demonstrar e comprovar a inexistência do fato constitutivo do autor (contraprova) ou os fatos desconstitutivos, impeditivos ou modificativos desse direito do autor.

Na ocasião, a flexibilização da regra processual é, como na inversão do ônus de produção da prova, justificada por uma situação de dificuldade probatória da parte originariamente onerada com tal encargo, a qual, em princípio, sofrerá os efeitos da falta ou insuficiência dessa prova, caso o julgador não tenha, no momento de proferir a decisão, a convicção formada sobre os fatos. Nesse caso, sem a dinamização, a parte onerada assume um risco probatório em um plano de desigualdade, justamente porque tem maiores dificuldades ou até impossibilidade de produzir a prova.

Diante disso, dinamizado o ônus da produção da prova (subjetivo) pelo juízo, modifica-se também a distribuição do ônus da prova objetivo. Agora, quem sofrerá os efeitos da falta de prova quando do julgamento, é a parte prejudicada com a modificação.

Ocorre no caso, conseqüentemente, uma flexibilização da regra geral sobre a distribuição do ônus da prova, não apenas nas hipóteses legais (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor), mas também numa situação excepcional de direito material relacionado (v.g. responsabilidade civil do médico), que exigiria, pelas circunstâncias especiais em jogo, um tratamento probatório diferenciado quanto ao *onus probandi*, ainda que não previsto expressamente em lei específica.

A dinamização do ônus da prova subjetivo, como flexibilização do procedimento, configura uma técnica judicial consubstanciada no prudente arbítrio do juiz à luz das regras ou máximas de experiência para o caso concreto (nos termos do artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015), com o objetivo de fazer incidir o equilíbrio das regras do processo civil, notadamente na questão da distribuição do ônus da prova.

Ainda como corolário, a dinamização do ônus da prova como técnica processual de flexibilização do procedimento quanto à distribuição do encargo probatório entre as partes exige que seja concretizada pelo julgador em

atendimento ao princípio do contraditório e em momento processual necessariamente anterior à produção das provas, de modo a oportunizar prévio conhecimento pelas partes, conferindo-lhes a possibilidade de cumprimento dos seus respectivos encargos. A segurança jurídica, assim, também não restará abalada.

No Brasil, antes do advento do novo Código de Processo Civil, a questão da dinamização do ônus da prova em situações específicas - que se justificavam pela necessidade do direito material litigioso e se concretizavam por determinação judicial, sem previsão legal - já vinha sendo acolhida pela doutrina de forma majoritária<sup>927</sup>, sob o fundamento da aplicabilidade de princípios constitucionais e infraconstitucionais, que tinham como efeito flexibilizar a regra abstrata e estática prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, referente ao ônus da prova.

Já a teoria da inversão do ônus da prova nos termos expostos (legalmente prevista como na hipótese do direito consumerista), ou seja, como modificação do encargo probatório da produção da prova (ônus subjetivo) por disposição judicial devidamente fundamentada, impõe três consequências que não podem ser ignoradas na prática judiciária e que, pela importância, merecem novo destaque.

A primeira consequência é que a inversão do ônus da prova implica, necessariamente, uma presunção judicial de veracidade quanto ao fato invertido, desincumbindo-se a parte beneficiada de realizar qualquer prova necessária para comprovar o fato que ampara, nesse aspecto, o seu direito, sua pretensão no processo. Em princípio, a parte beneficiada pela inversão do encargo probatório está desobrigada de produzir prova em seu favor no tocante ao pressuposto da norma que lhe foi invertido o ônus, recaindo sobre si o referido encargo somente na hipótese de a parte prejudicada pela inversão conseguir fazer a prova da inexistência do fato constitutivo do seu direito ou de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

---

<sup>927</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, pp. 255-268; CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*. v.2. 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 247-248; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 380-381; e VICENTE HIGINO NETO, *Ônus da prova: Teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96; dentre outros.

A segunda consequência é que essa inversão se aplica somente como medida de exceção e em determinados casos específicos, previamente dispostos em lei, de forma abstrata.

A terceira é que a inversão do ônus da produção da prova em nada ataca a imparcialidade do julgador. Com efeito, no momento de sua efetivação, concretiza-se apenas um balizamento da instrução, sem qualquer efeito vinculatório para o julgador. Não se sabe, de antemão, o resultado probatório dessa inversão, e a simples intervenção do julgador com a finalidade de proporcionar um equilíbrio entre as partes no tocante à produção das provas não tem a força suficiente para condicionar a direção da decisão final. Portanto, não se afronta o princípio da imparcialidade do julgador, o que também se aplica diretamente à dinamização.

Lado outro, em continuação, é importante ainda mencionar, como exposto, que a dinamização do ônus da prova, na forma preconizada pelo §1º, do artigo 373 do novo Código de Processo Civil, é distribuída pelo órgão julgador como regra de procedimento, ou seja, recai sobre a questão de definir judicialmente a qual das partes incumbe o encargo probatório sobre determinado fato controvertido e relevante para a decisão final, isto é, a quem se impõe o ônus de produzir a prova durante a instrução processual.

Diante disso, a doutrina brasileira, na sua maioria, tem nominado essa flexibilização do ônus da prova como “teoria do ônus dinâmico da prova” ou “teoria das cargas probatórias dinâmicas”, fundamentando a assertiva na doutrina argentina de Jorge Walter Peyrano. Nesse sentido, como exemplo, os seguintes autores: Alexandre Freitas Câmara<sup>928</sup>, Cássio Scarpinella Bueno<sup>929</sup>, Robson Renault Godinho<sup>930</sup>, Bruno Garcia Redondo<sup>931</sup>, Paulo Rogério Zaneti<sup>932</sup>, Alessandro Carlo Meliso Rodrigues<sup>933</sup>, dentre outros<sup>934</sup>.

---

<sup>928</sup> *Lições de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 380-381.

<sup>929</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*. v.2. Ob. cit., pp. 247-248.

<sup>930</sup> *A distribuição do ônus da prova e a constituição*. Provas: Aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, pp. 305-306.

<sup>931</sup> *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*. Dialética. n.93. São Paulo: dez., 2010, pp. 14-23.

<sup>932</sup> Ob. cit., p. 148.

<sup>933</sup> *A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos*. Ob. cit., pp. 198-214. Para o citado autor, a diferença básica entre os institutos

Como bem lecionado por Eduardo Cambi<sup>935</sup>, inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica não se confundem. Pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, a facilitação da prova para a tutela do bem jurídico não exige a prévia apreciação do magistrado de critérios preestabelecidos de inversão do *onus probandi*, como se dá no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor<sup>936</sup>.

Não se desconhece que os autores do anteprojeto de lei consumerista, ao estabelecerem a inversão do ônus da prova, tiveram inspiração na teoria das cargas probatórias dinâmicas, mas tais institutos não podem ser confundidos<sup>937</sup>.

A inversão é um direito básico do consumidor<sup>938</sup> cuja aplicação, desde que observados os requisitos legais, é obrigatória, eis que está prevista em lei de

---

encontra-se na identificação entre o ônus da prova subjetivo (ao qual se aplica a inversão) e o ônus da prova objetivo (ao qual se aplica a dinamização tida como regra de julgamento). Vide a seguinte lição: A teoria da inversão do ônus da prova, no seu aspecto subjetivo, é regra de procedimento que flexibiliza o encargo da produção da prova, isto é, aponta ou indica quem deve produzir determinada prova no curso do processo, sob pena de, não o fazendo, perder a demanda. Essa inversão do ônus da prova impõe, em desfavor da parte originariamente desincumbida do encargo probatório, o dever de fazer a prova do fato que lhe seja favorável para vencer a demanda e, ao mesmo tempo, libera do referido encargo a parte beneficiada com a inversão do ônus, por consequência da presunção judicial de veracidade que se impõe, automaticamente, com esta inversão. De outro lado, a teoria da carga ou do ônus probatório dinâmico é somente regra de julgamento, a ser utilizada pelo julgador de forma excepcional e no momento de proferir a sentença, na hipótese exclusiva de permanecer em dúvida quanto à veracidade dos fatos alegados em juízo, ou seja, nas situações em que, esgotada a fase de produção das provas, chegou-se ao final do procedimento sem a formação da convicção sobre a matéria fática controvertida. E nesses termos, pelas peculiaridades do caso e diante de certas condições, o juiz afasta (flexibiliza) a regra estática legal (que determina que a demanda deva ser julgada em desfavor daquele que tinha o encargo da prova e não comprovou os fatos que lhe são favoráveis) para resolver o litígio em desfavor da parte que tinha as melhores condições para comprovar os fatos, consequentemente, convencer o juiz, mas não o fez. É, portanto, diante da ausência de convicção judicial sobre o fato probando, uma necessidade de definição judicial da demanda por meio da flexibilização ou dinamização da regra legal. E essa dinamização da solução dos efeitos da falta de prova, no caso concreto, independe da prévia inversão do ônus da prova subjetivo. Extrai-se, logo, daí, o fundamento para que a teoria da inversão do ônus da prova subjetivo, amparada numa regra judicial de flexibilização do procedimento probatório (adequação formal), não seja confundida com a teoria das cargas probatórias dinâmicas na versão argentina de Jorge Walter Peyrano.

<sup>934</sup> LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, *Ob. cit.* p. 222-229; DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. *Ob. cit.*, p. 389; e DANIEL PENTEADO DE CASTRO, *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: Fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 162-167.

<sup>935</sup> *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC*. *Ob. cit.*, p. 251.

<sup>936</sup> “Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

<sup>937</sup> GIANVITO ARDITO, *Ob. cit.*, pp. 282-283.

<sup>938</sup> Impende registrar que LUCAS BURIL DE MACÊDO e RAVI PEIXOTO, *Ob. cit.*, pp. 109-111, ao analisarem as normas consumeristas no ordenamento jurídico brasileiro, defendem a existência de

ordem pública e de interesse social – artigo 1º, do Código de Defesa do Consumidor. É certo que a inversão muito se assemelha à dinamização à medida que ambas visam a que aquela parte que tem melhores condições (no caso da relação de consumo o fornecedor) fique com o ônus de produzir a prova.

Todavia os institutos não podem ser confundidos, uma vez que somente há de se falar em inversão do ônus da prova quando esse ônus já está previamente delimitado pela lei (regra geral) e, na distribuição dinâmica o ônus é fixado pelo juiz quando da decisão no caso concreto. Nesse sentido, Felipe Viana de Mello<sup>939</sup> leciona que em que pese a inversão e a dinamização almejem os mesmos objetivos - promover a paridade de condições probatórias e a efetividade do direito à prova e da prestação jurisdicional -, o pilar diferenciador desses dois institutos é que a inversão é feita por meio de critérios legalmente estabelecidos de forma prévia e abstrata, enquanto a dinamização se funda em uma análise do magistrado acerca da situação fática no caso concreto, que aprecia, utilizando-se

---

dois tipos de inversão do ônus. A inversão *ope legis* diz respeito a determinados casos em que o legislador abre exceções à regra do ônus da prova, tendo em vista que a regra geral não é apta à abrangência adequada de todas as situações decorrentes do direito material. O legislador, ao perceber certas peculiaridades advindas do direito material, opta por estabelecer uma diversa distribuição dos ônus probatórios, em sentido contrário ao da regra geral estabelecida. Na inversão *ope legis* tem-se apenas uma nova forma de distribuição estática. Ela apenas é diversa da regra geral estabelecida, embora não deixe de ser uma modificação da distribuição tradicional. Um grande exemplo dessa modalidade de inversão é o previsto no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe ser o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária de quem as patrocina. Esta norma possui forte relação com o parágrafo único do art. 36 da mesma legislação, que obriga ao fornecedor à manutenção, em seu poder, dos dados fáticos, técnicos, e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária. Aqui, diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 6º, VIII, a inversão é obrigatória, não dependendo do caso concreto, não havendo necessidade de decisão acerca do tema. São irrelevantes a demonstração da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor. Essa inversão legal, segundo lição doutrinária abrangerá tanto a publicidade enganosa, como a abusiva, sendo sempre dever do fornecedor a demonstração da sua não caracterização. A quem critique a nomenclatura de inversão *ope legis*, defendendo que a inversão do ônus da prova só pode ser operada *ope judicis*. De fato, tratam-se de situações distintas, mas não parecem haver óbices à utilização da nomenclatura inversão do ônus da prova quando ela ocorre *ope legis*. De uma forma ou de outra, tem-se a alteração da distribuição tradicional do ônus da prova. A única diferença é que, sendo feita previamente pela legislação, ela não dependerá de decisão do magistrado. De outra senda, a inversão *ope judicis* encontra previsão expressa no art. 6º, VIII, do mencionado Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo legal garante ao consumidor “a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verosímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Alguns autores categorizam, sem razão, essa inversão como legal. A inversão legal é feita de antemão já pela lei, como é óbvio, o que nesse caso não se configura, porquanto nessa espécie poderá o juiz inverter ou não, a depender do preenchimento dos requisitos no caso concreto. Indispensável, portanto, a existência de pronunciamento judicial expressamente determinando a inversão.

<sup>939</sup> Ob. cit., pp. 101-104.

de regras de experiência, de modo a atribuir de forma direta o encargo sobre o sujeito que se encontre em melhores condições de produzir o meio probatório.

A inversão constitui, por consequência, um instituto no qual o legislador, de antemão, já viabiliza uma facilitação à produção da prova, por perceber que na situação de direito material haveria uma dificuldade para a parte tradicionalmente onerada. Todavia, percebe-se que as situações fáticas modificam-se em velocidade muito superior às alterações legislativas processuais o que torna impossível a positivação de todas as circunstâncias causadoras da prova diabólica. Por isso, nas situações em que a inversão do encargo não estão previamente fixadas em lei, a dinamização ocorre, mediante declaração judicial no caso concreto. Tomando como exemplo a norma consumerista do direito brasileiro (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), na inversão exige-se o preenchimento de certas condições previstas no dispositivo legal, o que não se compatibiliza com a dinamização, a qual não comporta limitações prévias fixadas em lei, independente da análise do caso concreto. Além disso, a inversão sempre é favorável ao consumidor, quer seja autor ou réu, nunca podendo favorecer o fornecedor. No entanto, o fornecedor pode também ter dificuldade em realizar uma prova diabólica (a exemplo da não ocorrência de danos morais com relação ao autor), não tendo condições de se desonerar do encargo, por ensejar a comprovação de um fato negativo, *v.g.* Nesse contexto, no âmbito da relação processual concreta, a dinamização poderia vir a favorecer o próprio fornecedor, caso o ônus probatório originário quanto a este fato sobre ele recaísse.

Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente<sup>940</sup>. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica a qual se procede apenas em sede do caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores, porquanto, em vez de partir do modelo clássico (artigo 373, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015), para depois inverter o *onus probandi* (a exemplo do

---

<sup>940</sup> Analisando a diferença entre a dinamização e a inversão do ônus da prova, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ no AREsp 894331. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data da publicação: 06/06/2016. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16.11.2017. Nesse sentido, vide também Tribunal de Justiça de Minas Gerais/TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.073022-0/001 - 6133558-32.2015.8.13.0024 (1). Relator(a): Des.(a) OTÁVIO PORTES. Data da publicação: 09/11/2017. Disponível a partir de [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 16.11.2017.



artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte, distribuir este ônus entre as partes a teor do disposto no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a dinamização não recai sobre o ônus da prova de todos os fatos controvertidos, mas somente daquele que ela puder provar com maior facilidade. Ao passo que, na inversão, a maior parte do encargo probatório é daquele que sofreu a inversão em seu desfavor – a exemplo do fornecedor - uma vez que, na verdade, a inversão acaba por reconhecer uma presunção de veracidade do fato constitutivo do direito do consumidor, mantendo-se o ônus do fornecedor de comprovar fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da parte contrária.

Assim os institutos possuem o mesmo objetivo – produção da prova pela parte que tenha melhores condições – mas com características distintas. Em suma, a inversão é o inteiro deslocamento do encargo de uma parte à outra, ocorrendo em casos predeterminados em lei, ao passo que a dinamização ocorre quando o juiz, após o exame do caso concreto, entende não ser adequado aplicar o que a lei dispõe de forma estática a determinados fatos, agindo originalmente<sup>941</sup>.

A jurisprudência brasileira também já se manifestou no sentido da diferenciação entre inversão e dinamização do ônus probatório, destacando que a aplicação da distribuição dinâmica não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas a uma avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes<sup>942</sup>. Da afirmativa percebe-se a importante característica diferenciadora, pois a teoria dinâmica não analisa a posição das partes em juízo, mas sua situação probatória, razão pela qual é mais ampla que a inversão, não importando se a flexibilização será realizada em favor do autor ou do réu. O que se analisa no caso concreto é qual das partes está em melhores condições de provar, avaliando o ônus que compete a cada uma delas<sup>943</sup> na relação processual.

---

<sup>941</sup> MAURÍCIO FERREIRA CUNHA, Ob. cit., pp. 287-324.

<sup>942</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ: REsp 619.148-MG. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª Turma. j. 20.05.2010; p. DJe. 01.06.2010. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 25.01.2017.

<sup>943</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ: AgRg no AREsp 216.315-RS. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. 2ª Turma. j. 23.10.2012; p. DJe 06.11.2012; REsp 802.832-MG. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. 2ª Seção. j. 13.04.2011; p. DJe 21.09.2011. Disponíveis a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 25.01.2017.

## 6.12. Dinamização do ônus da prova no processo penal

Apenas a título de enriquecimento da discussão e sem objetivo de analisar de forma mais aprofundada as especificidades do tema, realizaremos um registro sobre a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica ao processo penal.

Diferentemente do que ocorre no âmbito do processo civil e como não poderia ser de outra maneira, a teoria encontra-se fora da essência do processo penal e depara-se com importante obstáculo para sua aplicação em razão do princípio da presunção de inocência, vigente em sua plenitude em sede de matéria punitiva.

Especialmente em razão de sua estreita ligação com o direito à liberdade, o processo penal adota em prevalência um sistema acusatório<sup>944</sup>, consoante a normatização contida no vigente sistema jurídico brasileiro, bem como no projeto do novo Código de Processo Penal<sup>945</sup>.

Antes de questionarmos se é possível conceber a existência das cargas probatórias dinâmicas no processo penal devemos partir de uma interrogante infraestrutural e condicionante. No processo civil, como visto, já reinaram distintos critérios de distribuição do ônus probatório, que primeiro foram desenvolvidos de acordo com os sujeitos processuais e, posteriormente, de maneira mais objetiva. Por sua vez, no âmbito do processo penal, no momento de precisar a atuação do direito objetivo, esse problema parecia não ter vigência. Isso porque nesse tipo de processo, se evidenciada a falta de provas, seria aplicado o princípio *in dubio pro reo* como critério de solução do caso. Esse princípio determina que a sentença que condena tenha como pressuposto a

---

<sup>944</sup> Segundo os ensinamentos de NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR, *Curso de direito processual penal*. 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2012, pp. 40-41, o Código de Processo Penal brasileiro, datado de 1941, adotou o sistema processual inquisitivo e seguiu essa linha de raciocínio, inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que colocava o juiz em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação jurídica processual, como uma espécie de super-parte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade. O código centralizou no juiz a gestão da prova, com a possibilidade de sua produção sem a necessidade de provocação das partes. Não obstante, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo acusatório passou a ser adotado no Brasil, fincado na premissa de garantia de imparcialidade do julgador que já não é mais visto como gestor da prova. É de se ressaltar, contudo, que para os autores não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória.

<sup>945</sup> PL 8045/2010.

expressão de certeza sobre todas e cada uma das condições para que um fato criminoso seja imputado a uma pessoa determinada. Ao contrário, em todos os casos de incerteza, a condição mais acertada seria a de absolver a pessoa da imputação que lhe é feita. Esse princípio deriva de se considerar inocente o imputado frente a qualquer imputação, quando o Estado não reúna os elementos necessários para alcançar a certeza da imputação sobre ele – presunção de inocência. É um critério de solução que responde a uma decisão política, segundo Maier<sup>946</sup>.

Consoante a lição de Renato Brasileiro de Lima<sup>947</sup>, o estudo da teoria geral das provas e a correta compreensão das provas em espécie no processo penal passa, obrigatoriamente, pela análise de diversos princípios. A presunção de inocência ou da não culpabilidade, previstos no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade<sup>948</sup> integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*) garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o réu<sup>949</sup>. Dele derivam duas regras fundamentais: i) a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este de demonstrar sua inocência; ii) a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois da sentença com trânsito em julgado<sup>950</sup>.

Se da aplicação das regras probatórias resulta a dúvida, resta necessária a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, por força do qual a parte acusadora tem o

---

<sup>946</sup> *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*. Tomo I-B. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 604.

<sup>947</sup> Ob. cit., pp. 466-467.

<sup>948</sup> Diferenciando princípio da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade, vide ALEX SAMPAIO e NESTOR TÁVORA, *Princípios constitucionais penais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 183 e ss.

<sup>949</sup> GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Ob. cit., pp. 77-78.

<sup>950</sup> NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR, Ob. cit., pp. 55-56.

ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Nesse contexto, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado. Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na verdade, cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável - ao contrário do que é garantido pela presunção de inocência -, impondo a necessidade de certeza.

Nessa acepção, presunção de inocência confunde-se com *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos discutidos em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos gravoso que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação de provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento de valoração das provas, pois, em caso de dúvida, a decisão tem que favorecer o imputado, já que não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito ou, menos ainda, de produzir prova contra si mesmo<sup>951</sup>.

Por consequência, em princípio, parece que a questão não poderia ter vigência, ainda que, na atualidade, em sede de processo penal. Dogmaticamente, nenhuma construção poderia sustentar-se transgredindo a presunção de inocência eis que, de acordo com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarado culpada, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 2 de maio de 1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU<sup>952</sup>. De raízes constitucionais no Brasil e em grande parte dos países do continente Americano, mencionado princípio consta também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada

---

<sup>951</sup> Conhecido como princípio do *nemo tenetur se detegere* – previsto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988 – segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. É um direito fundamental e objetiva proteger o indivíduo contra eventuais excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal.

<sup>952</sup> JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo penal*. 11.ed.; São Paulo: Atlas, 2001, pp. 41-42.

“Pacto de São José da Costa Rica”, de 22 de novembro de 1969, que, ao regular as garantias judiciais, em seu artigo 8.2., estabelece o direito de toda pessoa a quem é imputado um delito que se presume inocente, enquanto não se estabeleça legalmente sua culpabilidade.

Não obstante essa categórica afirmação dogmática, existem determinados casos nos quais parecia adquirir viabilidade a inversão do ônus probatório, também em matéria penal, com o que, aparentemente, abrir-se-ia uma porta à questão sobre a possibilidade de operatividade das chamadas cargas probatórias dinâmicas em sede do processo penal.

Nessa linha de raciocínio, Daniel Fernando Acosta<sup>953</sup> apresenta algumas possibilidades, aduzindo argumentos citados por Lépori White em relação à polêmica doutrina da “real malícia” em matéria de delitos contra a honra cometidos pela imprensa, que coloca sobre o autor penal (querelante), não só a prova da inexatidão da informação obtida, mas também que o órgão de imprensa obrou com real malícia.

Também com relação ao delito de enriquecimento ilícito de funcionários e empregados, contemplado pelo artigo 268(2) do Código Penal argentino, segundo a Lei nº. 25.188, na doutrina portenha, há quem defenda sua aplicação, constituindo um caso pragmático do critério, porquanto coloca a responsabilidade da prova ao imputado, que possui melhores condições de comprovar a licitude do seu incremento patrimonial<sup>954</sup>. Assim, ao acusado de enriquecimento ilícito caberia o ônus de provar que seu enriquecimento foi lícito, não bastando apenas sua indicação como lícito, pois tem melhores condições de se desincumbir desta prova. Não se olvide que essa interpretação gera efetiva dúvida sobre a constitucionalidade, pois importaria em verdadeira presunção de ilicitude.

Os tribunais<sup>955</sup> também têm usado essa teoria em casos de incumprimento de deveres de assistência familiar (provar a incapacidade material, econômica que conduz ao incumprimento dos deveres), na análise de tese de desclassificação do

---

<sup>953</sup> *Cargas probatorias dinámicas y proceso penal*. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 527 e ss.

<sup>954</sup> EDGAR J. BARACAT, Ob. cit., pp. 318-319.

<sup>955</sup> Fazendo referência à dinamização do ônus da prova no âmbito do processo penal, vide julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ referente ao Ag 1350639. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data da publicação: 18/05/2012. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16.11.2017.

crime de tráfico de substâncias entorpecente para o delito de uso de substâncias entorpecentes, dentre outros.

No que se refere aos delitos de incumprimento de deveres de assistência familiar, tem-se a argumentar que, se o imputado invocasse carência de sua capacidade econômica, recairia sobre ele a prova do seu *déficit* econômico, em virtude de constituir um pressuposto da omissão que integra o tipo penal. Neste caso, o imputado é, sem dúvida, a parte que tem melhores condições de provar suas carências econômicas e de demonstrá-las no processo.

Já com relação à destinação de substâncias entorpecentes, o imputado é que teria melhores condições de comprovar que é dependente e consumidor e que as drogas não seriam destinadas ao tráfico.

Lado outro, em matéria de excludentes penais como a legítima defesa, a teoria também poderia ser aplicada, pois quando o acusado alegasse essa excludente e não conseguisse se desincumbir do ônus de prová-la, estaria sujeito a uma condenação. Seria de especial interesse do imputado levar à formação da convicção do julgador a real existência da causa de justificação por ele invocada, o que criaria uma situação processual de revestir do caráter probatório do processo civil, eximindo o juiz da obrigação de investigar os fatos ocorridos. Tal situação sustenta a presunção de contrariedade da veracidade da dita exculpante, quando em nada tenha o interessado em sua defesa para prová-la.

Em nosso entender, seja no caso de legítima defesa ou nos demais acima referidos, não nos encontramos ante a uma inversão do ônus probatório, nem muito menos em exemplo de aplicação das cargas probatórias dinâmicas, porque se resulta verossímil a existência da exculpante penal, ou mesmo de dúvida plausível sobre a situação específica do acusado quando da conduta criminosa, compreende-se a existência de uma dúvida razoável sobre os fatos, o que, por si só, já garante a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Afinal, qualquer flexibilização do ônus da prova significaria adotar uma regra contrária ao *in dubio pro reo* e ao princípio da presunção de inocência, pois o ônus recai precipuamente sobre a acusação. A dinamização do ônus da prova não se efetiva tendo em vista a hierarquia constitucional do princípio da presunção de inocência, e nenhuma lei poderá inverter o ônus com relação à condenação penal, sob pena de ser considerada inconstitucional. No entanto, apesar de não

se afigurar possível a modificação quanto ao fato constitutivo do direito de punir do Estado, entende-se cabível uma flexibilização do ônus da prova quanto aos efeitos secundários da condenação penal que tenham natureza de sanção civil visando à reparação do dano, como medidas assecuratórias de bens ou valores em crimes de lavagem de capitais, a exemplo do artigo 4º, da Lei nº. 9.613, de 1998, vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

### **6.13. Algumas considerações importantes relacionadas ao ativismo judicial na dinamização do ônus da prova**

A falta de prova dos direitos conduz a uma desvalorização dos argumentos do demandante e do demandado, uma vez verificado a quem cabia a carga com relação ao fato. Afinal, quem não prova os fatos que deve provar encontra-se sujeito a perder o litígio.

A base da doutrina que, em matéria probatória predominou na maior parte do século XX, fundava-se na atividade exclusiva da parte e na posição de mero expectador ocupada pelo juiz. Nessa seara, o ativismo judicial e a possibilidade de instrução oficiosa de alguma diligência probatória quebraria ou violaria as regras da bilateralidade e contradição do processo, consoante as quais o juiz deveria limitar-se a dirigir o debate entre as partes<sup>956</sup>.

Modernamente a doutrina passou a analisar a prova como toda atividade que se desenvolve a fim de produzir no ânimo do julgador a certeza psicológica sobre a existência dos fatos afirmados. E decidir que a cada parte corresponde o dever de demonstrar, em princípio, os pressupostos dos fatos contidos na norma substancial fundante de suas pretensões, sem prejuízo da iniciativa pessoal do juiz, ante a ineficiência ou obscuridade das provas aportadas pelas partes, de forma a atingir a verdade jurídica objetiva para ditar uma sentença justa. Portanto, anima a ideia de que o juiz pode impulsionar o processo por sua própria iniciativa a fim de desvendar a verdade objetiva, ainda que as partes não consigam provar todos os fatos que fundamentem suas pretensões e exceções.

---

<sup>956</sup> IVANA MARÍA AIRASCA, Ob. cit., p. 126.

Não obstante, conforme a moderna doutrina processual, reconhece-se ao juiz, para além da atividade das partes, dispor de medidas de provas que considere convenientes ao saneamento e busca da verdade, no mais alto grau que se possa encontrar.

Essas faculdades inquisitivas, similares a do juiz da instrução, permite-lhe esclarecer a verdade dos fatos complementando e integrando o contexto probatório do processo, pelo que deve, sem embargo, destinar-se a suprir a atividade ou inatividade probatória das partes.

Nenhuma passividade, desde o silêncio à rebeldia, passando pela falta de cooperação para os deveres secundários de conduta, podem ser estimulados como prêmios, em prejuízo da parte que tenha atendido com pontualidade e franca disposição ao regular desenvolvimento do processo. Não se pode mais ter uma concepção individualista, vigorante no século XX, que tinha crença de que o litigante deve ser livre e eleger, de acordo com sua conveniência, as provas que acarretará aos autos. O litigante já não é tão livre para aportar ou não no processo as provas que entender, pois o dever de cooperação e colaboração lhe impõe ônus que já não são fundados na simples visão individualista do processo, mas, sim, em uma relação jurídico-processual que objetive atingir a justiça, devendo aquele que, podendo, não colabora, suportar as consequências desfavoráveis de sua conduta<sup>957</sup>.

A dinamização tem por base um sistema de caráter mais publicista, aplicando uma visão solidarista do processo, em que as partes devem colaborar com o juiz para buscar uma solução justa, real e não meramente formal ao litígio, e na qual o juiz tem poder-dever e faculdades de intervenção sobre o objeto do pleito, numa conduta mais ativista, a fim de descobrir a verdade objetiva. Se a atividade probatória desempenhada pelas partes não conseguiu gerar o íntimo convencimento do juiz, nada impede que este também possa ser sujeito ativo e solicitar diligências probatórias a fim de desentranhar a verdade objetiva dos fatos.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas aspira tecer uma realidade ideal, de forma pioneira na noção do ônus processual, repugnando toda visão estática

---

<sup>957</sup> HÉCTOR E. LEGUISAMÓN, Ob. cit., pp. 109-124.



do ônus probatório<sup>958</sup>. O litígio se dá em uma permanente mutação das questões e situações que, em um dado momento podem proporcionar a alegria do êxito, e em outro instante, a tristeza do fracasso. O processo na verdade sempre deve ter, em suma, o objetivo de atingir a realização da justiça.

Parece de uma lógica irrefutável que o magistrado não possa privar que uma fonte de prova chegue ao processo quando tinha demais elementos para se chegar à realidade dos fatos, nem tampouco pode deixar de valorar as circunstâncias em que se encontrava cada parte quanto a sua capacidade real e concreta de promover a produção da prova baseada em uma rígida e estática concepção das regras atinentes ao ônus probatório. A decisão judicial que recaia sobre esse processo só encontrará sustentáculo sobre o anfibolístico dogma da verdade formal. Essa atitude do órgão jurisdicional do Estado não só é moralmente reprovável, como também corresponde a um uso absolutamente irregular das normas processuais, que seguramente violará o princípio da congruência e conduzirá necessariamente a uma decisão profundamente injusta e atentatória contra a essência da função jurisdicional<sup>959</sup>.

A essa altura da exposição, Peyrano<sup>960</sup> sustenta que a contribuição da doutrina das cargas probatórias dinâmicas para a teoria das ciências do direito processual produz um “giro epistemológico” fundamental no modo de se observar o fenômeno probatório, no qual se deve objetivar a finalidade do processo e do valor da justiça e não do ângulo de mero cumprimento de formas processuais abstratas.

Sob o ponto de vista axiológico-ontológico também se permite incorporar a conduta processual das partes como argumento, fonte e meio de prova. E se é certo que a teoria do conhecimento científico se desenrola em um espiral ascendente “concreto-abstrato-concreto”, a magnitude das projeções desse giro epistemológico só poderá ser mensurada em concreto histórico. A conduta concreta das partes constitui uma verdadeira fonte de prova, mas a conduta

---

<sup>958</sup> JORGE W. PEYRANO e JULIO O. CHIAPPINI, Ob. cit., pp. 13-18.

<sup>959</sup> JUAN ALBERTO RAMBALDO, Ob. cit., p. 31.

<sup>960</sup> *Cuestiones de Derecho Procesal*. Buenos Aires: La Ley, 1980.

processual das partes como conceito abstrato se deve outorgar o caráter de meio de prova, por meio do qual ingressa no processo a fonte probatória<sup>961</sup>.

Na verdade, o que se busca com a teoria é uma nova cultura processual em matéria de produção probatória, a fim de que exista uma solidariedade e responsabilidade compartilhada na hora de se coletar os elementos de convicção em um juízo civil. Essa ideia se mostra particularmente eficiente quando concorrer com certas e determinadas hipóteses a exemplo daquelas atualmente previstas no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Em razão desse ideal intrínseco é que referida proposta se difundiu rápida e exitosamente na jurisprudência argentina, sobre o âmbito do direito civil, a ponto de começar a receber aplicações que haviam passado despercebidas quando de seus primeiros defensores. A própria Corte Suprema de Justiça da Nação argentina passou a aceitar, de maneira explícita, a doutrina que se mostrava como um caminho adequado para se atingir verdadeiras “sentenças justas”<sup>962</sup>.

Na esteira dos ensinamentos versados por Edgar Baracat<sup>963</sup>, podemos apresentar algumas conclusões sobre a teoria, as quais se mostram de importância efetiva para o objeto da presente discussão. A primeira é no sentido de que a teoria das cargas probatórias dinâmicas não derroga as normas tradicionais que regulam a carga probatória, mas simplesmente as tornam mais elásticas, não significando abandoná-las e liberar a parte de toda a carga. A segunda revela que, quando no decorrer da causa, o litigante que pretenda valer-se da doutrina terá que demonstrar a melhor posição de disposição de seu adversário e de ser difícil a ele realizar as provas necessárias. A terceira determina sua aplicação de forma excepcional e de interpretação restritiva aos casos nos quais estejam previstas seus pressupostos de incidência. A quarta, que sua aplicação não exclui o esforço probatório do sujeito beneficiado nessa nova ótica.

Não é difícil concluirmos alguns motivos para a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, dentre os quais destacamos: buscar a verdade; viabilizar a igualdade processual das partes; possibilitar o direito à prova de forma

---

<sup>961</sup> JUAN ALBERTO RAMBALDO, Ob. cit., p. 34.

<sup>962</sup> MARCOS L. PEYRANO, Ob. cit., p. 185.

<sup>963</sup> Ob. cit., pp. 267-319.

equilibrada, bem como o real e efetivo acesso à justiça; evitar a “prova diabólica” ou impossível para uma das partes; e conferir a prova à parte que tem melhores condições de auxiliar o juiz na descoberta da verdade<sup>964</sup>.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas funciona, ontologicamente, como uma regra de juízo, indicativa de como deve decidir o julgador quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão, permitindo o julgamento do mérito e evitando o *non liquet*.

Apoiado sobre todo o conjunto probatório realizado pelas partes durante o curso da instrução processual e permanecendo o estado de dúvida sobre a veracidade dos fatos controvertidos apresentados, o magistrado prolata sua decisão em desfavor da parte que estava em melhores condições para a realização da prova e, mesmo assim, não foi capaz de demonstrar satisfatoriamente a veracidade dos fatos afirmados em juízo.

Como os efeitos da falta ou insuficiência da prova dos fatos controvertidos alegados em juízo, de acordo com referida teoria, recaem sobre a parte que se encontre em melhores condições de provar, a questão que surge é saber qual o critério para definir qual das partes está beneficiada por essa posição de superioridade probatória.

Está em melhores condições de fazer a prova de um determinado fato controvertido quem dispõe de melhores meios por razões técnicas, profissionais, fáticas ou jurídicas. Quer dizer, possui melhores condições de provar quem possui os meios idôneos para produzir a prova, seja por ter o conhecimento técnico e fático necessário para o esclarecimento dos fatos, seja por ter intervindo de forma direta no evento danoso<sup>965</sup>.

Como sua incidência é restringida para casos específicos em que é manifesta a supremacia de uma das partes no tocante à possibilidade de realização da prova dos fatos afirmados em juízo, a definição de qual dos litigantes está em melhores condições acaba por ser, normalmente, intuitiva, natural, notória e de fácil constatação. Para tanto, basta o magistrado valer-se das regras das máximas de experiência que o caso requer.

---

<sup>964</sup> ZANETI, Ob. cit., p. 121.

<sup>965</sup> SERGIO JOSÉ BARBERIO, Ob. cit., pp. 99-102.

Em casos concretos extremos, havendo a dúvida sobre qual das partes se encontra em melhores condições de realizar a prova, nada impede que essa circunstância seja objeto de prova durante a instrução processual, ainda que indireta, quando alegada por qualquer das partes em seu respectivo articulado e mediante impugnação da parte contrária.

A grande vantagem da teoria das cargas probatórias dinâmicas é impedir que a parte que tenha as melhores condições para realização da prova, por possuir o conhecimento fático e técnico para comprovação da verdade real dos fatos controvertidos, assuma durante o transcurso da instrução processual uma atividade passiva e inerte em termos probatórios<sup>966</sup>.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, assim, tem o condão de proporcionar um esforço probatório recíproco entre as partes para o esclarecimento da verdade real dos fatos. Sua base de sustentação está assentada no princípio da solidariedade e da cooperação processual. As partes têm o dever processual de colaborar entre si para demonstrar a verdade dos fatos, bem como, cooperar com o órgão jurisdicional para que seja proferida uma sentença justa no caso concreto.

Nos termos da doutrina de Inês Lépori White<sup>967</sup>, ao lecionar sobre as “cargas probatórias dinâmicas”, afirma-se que constitui essência da magistratura impedir que a parte mais forte, que tem uma posição processual mais vantajosa, por razões fáticas, profissionais ou técnicas na relação processual ou substancial, tenha proveito disso no processo em detrimento da parte mais débil que, não obstante querer e tentar produzir a prova, não logra êxito nessa produção por questões estranhas à sua vontade.

Segundo a processualista mencionada, a teoria das cargas probatórias dinâmicas é fundamentada pela necessidade de vislumbrar a carga da prova como ideário de justiça no caso concreto; justo equilíbrio entre as partes; equidade na relação processual; deveres de lealdade, probidade e boa-fé processual; dever da parte de colaborar com o esclarecimento da verdade e dever de cooperação das partes e dos profissionais. É manifestação expressa, portanto,

---

<sup>966</sup> Nesse sentido, vide MARÍA BELÉN TEPISICH, Ob. cit., pp. 162-166.

<sup>967</sup> Ob. cit., pp. 35-73.

de um processo civil moderno, publicista, participativo e imbuído da mais plena efetividade jurisdicional.

Podemos dizer que o uso da terminologia das “cargas probatórias dinâmicas” é patrimônio exclusivo da doutrina pós-moderna processual, eis que antigamente as regras de distribuição do ônus probatório eram estáticas.

No processo, ante ao reino anterior das regras estáticas da prova, advieram algumas novas regras em matéria de cargas probatórias tendentes a aquilatar adequadamente situações e circunstâncias singulares, que não se adaptariam aos moldes clássicos conhecidos. Daí as cargas probatórias dinâmicas<sup>968</sup>.

Esse neologismo processual se relaciona com a atividade do juiz no processo conforme o que lhe reclama a sociedade atual. As faculdades e deveres que o ordenamento legal prescreve e impõe aos juízes devem ser exercidos não para resguardar um interesse particular, mas, sim, o de toda a sociedade, que pretende uma justiça independente, eficaz e oportuna<sup>969</sup>.

O principal dever do juiz é ditar uma sentença justa, a mais justa possível, para o que deve utilizar de todos os meios e instrumentos que o processo lhe possibilita às provas, pelo que se o juiz não está convencido dos fatos controvertidos, o ordenamento processual lhe outorga uma série de instrumentos para formar sua convicção dos fatos litigiosos independente da voluntariedade das partes, obviamente assegurado o pleno controle bilateral, com o dever de fundamentar.

Em todas as latitudes, em países da *common law*, do Direito continental, escandinavo, em países asiáticos e africanos, como na Iberoamérica, enfim, toda a doutrina processual moderna está dirigida a um preponderante ativismo judicial, abandonando a visão estática e passiva dos juízes. A exceção se constitui nos países da Europa oriental, que, por motivações políticas e não de disciplina jurídica, ante o fracasso do sistema socialista, têm o pêndulo ideológico ainda girando sob uma concepção privatística do processo. Não obstante, nos demais países, existe uma corrente doutrinária tendente a outorgar aos juízes faculdades para que investiguem e verifiquem a verdade material. E o denominado ativismo

---

<sup>968</sup> CARLOS ALBERTO CARBONE, Ob. cit., pp. 206-208.

<sup>969</sup> AUGUSTO MÁRIO MORELLO, *El derecho procesal a la vuelta del nuevo milênio*. J.A. nº. 6165, 1999.

judicial intenta responder as reais e concretas exigências de uma sociedade globalizada, democrática, pluralista, dinâmica e participativa<sup>970</sup>.

As regras sobre as cargas probatórias só se revestem de importância prática ante a ausência ou insuficiência de elementos probatórios suscetíveis de formar a convicção judicial em um caso concreto, indicando ao juiz, por um lado, qual deve ser o conteúdo da sentença quando concorra aquela circunstância e, de outro, prevenindo as partes acerca do risco a que se expõem em caso de se omitirem ao cumprimento da respectiva carga.

A aplicação da teoria significa um valioso aporte desde uma ótica finalista e teleológica do processo. Constitui uma novidade da moderna ciência processual, que torna necessária a reformulação da posição clássica atinente ao esforço probatório. É indispensável a proposta de consagração legislativa, inclusive que especifique o momento processual em que se deve advertir a parte sobre a quem cabe o esforço probatório.

Na lição de Canotilho<sup>971</sup>, compreende-se que, quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito, devem-se evitar teorias abstratas e apriorísticas e se impor soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias.

O objetivo da dinamização é exatamente trazer aos autos uma prova relevante ao adequado julgamento da lide, essencial ao convencimento do magistrado, quando, pela regra geral de distribuição legal, muito provavelmente essa prova não chegaria aos autos pela impossibilidade ou dificuldade de a parte onerada produzi-la.

Tratar de dinamização do ônus da prova exige que, ao menos de maneira perfunctória, observe-se o debate entre os aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova. Dois critérios observados em conjunto. É mesmo função da lei e do magistrado no exercício de seu *múnus*, estimular a maior participação possível das partes no processo, com a comprovação de suas alegações.

O aspecto subjetivo do ônus da prova contém em si uma nota de interesse privado, assim como uma nota de interesse público. O interesse privado está

---

<sup>970</sup> ROBERTO O. BERIZONCE, *Informe al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Viena: agosto de 1999.

<sup>971</sup> *O ônus da prova da jurisdição das liberdades. Para uma teoria constitucional da prova*. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 175.

representado no estímulo que se dá à parte em produzir provas visando influenciar o convencimento do juiz acerca dos fatos por ela alegados, diminuindo seus riscos de sucumbir; o interesse público reside na consideração de que ao Estado interessa - e é seu dever – a entrega da melhor e mais justa prestação jurisdicional possível, para o que a prova é elemento relevante, pois quanto melhor e mais produtiva for a prova coligida no processo, possivelmente maior será a segurança do juiz para julgar e, certamente, com maior justiça. Afinal, o julgamento pelo convencimento é sempre mais adequado do que o julgamento pela distribuição do ônus da prova<sup>972</sup>.

Em seu aspecto objetivo, concordamos com a perspectiva de entender a dinamização do ônus da prova como uma regra de decisão e, apesar da distinção entre ônus probatório subjetivo e ônus probatório objetivo, consideramos necessário, a fim de abordar o tema em apreço, atentar primacialmente na perspectiva objetiva do ônus da prova. Assim, atendemos ao ônus da prova concedido a cada uma das partes, embora saibamos que a consagração do direito processual civil do princípio da livre apreciação das provas pode relativizar a questão do ônus da prova<sup>973</sup>.

Mas não se trata apenas de uma regra decisória para o juiz ante a orfandade das provas, mas também de uma norma de conduta das partes indicando as atitudes a serem adotadas durante o tramite processual<sup>974</sup> (ônus subjetivo). Ela pode ser uma cooperação ativa e o impulso inicial encaminhado a provar certos fatos controvertidos.

Os princípios clássicos de distribuição do ônus probatório têm vigência com valor residual, sem prejuízo que em alguns casos, por circunstâncias especiais, se alterem as regras tradicionais de ônus probatório, por encontrar-se uma das partes em melhor situação de provar.

Ainda consoante os ensinamentos de Peyrano<sup>975</sup>, podemos registrar ao menos quatro novidades em razão da doutrina das cargas probatórias dinâmicas.

---

<sup>972</sup> BRUNA BRAGA DA SILVEIRA, Ob. cit., p. 218.

<sup>973</sup> JOSÉ LUIS RAMOS, *O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor*. Revista Jurídica. n.22. mar., 1998. p. 416.

<sup>974</sup> JUAN CARLOS ALEGRE, Ob. cit., pp. 441-454.

<sup>975</sup> *Nuevos lineamientos de las cargas probatórias dinámicas*. Ob. cit., pp. 20-23.

A primeira encontra-se afeta ao reconhecimento do princípio da solidariedade e da efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional para a adequada comprovação dos fatos e formação do convencimento jurisdicional<sup>976</sup>. Pontualiza a necessária solidariedade e responsabilidade compartilhada na hora da produção da prova.

A segunda preconiza que só se deve recorrer às cargas probatórias dinâmicas de forma excepcional, somente quando as normas legais sobre a distribuição do ônus probatório se mostrem manifestamente insuficientes para propiciar uma adequada distribuição no caso concreto. O ônus deve recair sobre a parte que está em melhores condições profissionais, técnicas e fáticas para produzir a prova respectiva. Deve-se entretanto, dedicar especial e estrito cuidado na valoração dessa prova uma vez que a parte que se encontra em melhor situação para produzi-la pode, da mesma forma, estar em condições de desvirtuar ou desnaturalizar a prova em seu próprio benefício.

A terceira recomenda a regulamentação legal dos ideais e objetivos da doutrina das cargas probatórias dinâmicas naqueles países que ainda não possuem referida normatização. Sem resultar, entretanto, no inconveniente de sua incorporação legislativa por meio de disposições taxativas, demasiadamente casuísticas e que possam se interpretar de maneira inflexível, dificultando assim o necessário ajuste da decisão respectiva às circunstâncias do caso concreto.

A quarta implementa que a invocação judicial oficiosa da teoria apenas no momento de sentenciar acarreta, *prima facie*, violação às garantias de defesa em juízo. Portanto, o ideal seria consagrar a possibilidade de sua realização, não apenas no momento da valoração, em sede de decisão, mas, sim, da adoção da teoria, de forma clara, na oportunidade anterior à realização das provas, quando as partes estivessem pugnando por sua realização, a fim de propiciar uma correta conduta das partes durante a instrução probatória, não sendo elas surpreendidas pelos efeitos da aplicação da teoria apenas quando do julgamento. Isso eliminaria o risco indicado, com relação à violação do direito de defesa e mesmo do devido processo legal. O devido é formalizar, necessariamente e de forma prudente, a

---

<sup>976</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ: REsp 1364707-PE. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª Turma. j. 25.02.2014; p. DJe 10.03.2014. Disponível a partir de [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 25.01.2017.



possibilidade de adoção da teoria, no momento do saneamento e, excepcionalmente, durante a instrução probatória.

Já é hora de os processualistas, legisladores e tribunais prestarem mais atenção nesse novo enfoque destinado à distribuição da carga probatória que responde mais à realidade e a aplicação da justiça e resulta não apenas em defesa doutrinária e jurisprudencial, mas também em consagração normativa expressa.

É certo que os jurisdicionados e operadores do direito buscam previsibilidade e segurança, pelo que todas as coisas exigem eficácia e fundamentalmente justiça. Mas, ao se preservar a fictícia segurança jurídica, pretende-se também desnaturalizar a atividade jurisdicional cuja finalidade suprema é materializar a justiça fundada na verdade, o que não se pode admitir.

As regras tradicionais vigentes acerca da distribuição dos ônus probatórios – que não obstam a iniciativa probatória do julgador – devem ser preservadas como vigas mestras da matéria, sem prejuízo de sua prudente flexibilização para melhor se adaptarem às circunstâncias do caso concreto. Não se trata de formular uma regra rígida de distribuição do ônus probatório de forma dinâmica, especialmente às partes que concorrem na relação processual em igualdade de condições e de acordo com os parâmetros legalmente estipulados, mas, sim, em formular uma possibilidade excepcional que só deve ser aplicada quando as regras gerais se manifestem em operação deficiente, tendo em vista que foram formuladas para supostos casos normais e corriqueiros, e não àquele caso concreto, cujas especificidades não correspondem, na verdade, à intenção primeva da norma.

Só o dever do juiz de buscar autonomamente a verdade o torna verdadeiramente independente das partes, pois sua passividade traz ínsita essa dependência, tornando-o um instrumento das partes, afastando-o do interesse superior que lhe cumpre salvaguardar.

A palavra dinâmica se aproxima, portanto, do solidarismo e ativismo processual, pois só um juiz ativista se incumbirá de adotar a teoria das cargas dinâmicas.

A atividade do juiz ao determinar, em atendimentos às partes ou de ofício, essa dinamização do ônus da prova tem por base os mesmos fundamentos de

seus poderes instrutórios e compreende uma manifestação do ativismo judicial no âmbito processual, contribuindo para efetivação de um sistema cooperativo, que em nada fere a imparcialidade do julgador, eis esse não sabe qual será o conteúdo da prova dinamizada.

## CAPÍTULO VII – O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA CONTRAPOSIÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A ideia básica de imparcialidade<sup>977</sup> indica que o terceiro que atua na qualidade de autoridade para processar e sentenciar o litígio deve ostentar claramente esse atributo. Não há de estar colocado em posição de parte (imparcialidade), já que em um sistema não inquisitivo, ninguém deve ou pode ser parte e julgador ao mesmo tempo; deve carecer de todo e qualquer interesse subjetivo na solução do litígio (imparcialidade em sentido estrito) e deve poder atuar sem subordinação hierárquica no que toca às partes (independência). A imparcialidade significa, pois, várias coisas diferentes como a falta de interesse que comumente se menciona como vetor a definir a atuação cotidiana do juiz<sup>978</sup>.

Para Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora<sup>979</sup>, na relação processual civil, existe entre as partes e o juiz um verdadeiro nexo de subordinação, que explica a força vinculativa especial de que gozam as decisões judiciais. Nessa relação, o juiz exerce uma função típica de soberania, que é a função jurisdicional, razão pela qual surge a necessidade de sua imparcialidade. Na esteira desse posicionamento, segundo os ensinamentos de José Alberto dos Reis<sup>980</sup>, ainda que o Estado, ao organizar o recrutamento dos magistrados,

---

<sup>977</sup> Sobre o tema, vide BÁRBARA GOMES LUPETTI BAPTISTA, *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013; ANDRÉ MACHADO MAYA, *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014; JOSÉ ANTÔNIO MOURAZ LOPES, *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; JOSÉ ANTÔNIO DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Editorial Comares, 1996; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A imparcialidade da administração como princípio*. Boletim da Faculdade de Direito. v.50. Coimbra: 1974, pp. 219-246; e ARTUR ANTÔNIO GRANDO, *O princípio da imparcialidade como limite ao exercício do poder discricionário*. Polis: revista de estudos jurídico-políticos. n. 18/21. Lisboa: 2012, pp. 31-55.

<sup>978</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO. *O garantismo processual*. Ob. cit., p. 17.

<sup>979</sup> Ob. cit., p. 9.

<sup>980</sup> *Comentário ao Código de Processo Civil*. v.l. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1960, p. 388. Analisando a garantia da imparcialidade sob a égide do Código de Processo Civil português de 1939, em especial as normas contidas nos artigos 122º a 137º, vide obra do mesmo autor intitulada *Código de Processo Civil anotado*. v.l. 3.ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 255-267. Ainda procedendo anotações sobre as garantias de imparcialidade relativas a disposições afetas à legislação portuguesa anterior a 1939 e realizando comparações com outros

procure obter a máxima qualificação moral e técnica daqueles aos quais será confiada a delicada função de administrar a justiça, torna-se imprescindível que o juiz, além da cultura jurídica e capacidade intelectual necessárias para interpretar e aplicar adequadamente a lei, encontre-se fora e acima das paixões e interesses que no pleito se agitam e podem perturbar a retidão de seu juízo. A imparcialidade apresenta-se, pois, como condição essencial para o exercício da atividade judicante, segundo os ditames da própria justiça.

Na realidade, os magistrados, particularmente, subentendem tacitamente o conceito de imparcialidade, mas ninguém afirma em que consiste com precisão e sem dúvidas. O magistrado inicialmente vislumbra a palavra imparcialidade a partir de uma ótica puramente pessoal<sup>981</sup>, e nunca a partir da ótica funcional, que é a perspectiva correta de enxergá-la. O juiz pode não ter interesse pessoal em que alguém saia vitorioso ou derrotado da demanda. Mas é obvio que o desinteresse deve ser funcional, da mesma forma que deve tê-lo o Ministério Público quando acusador, em relação a quem, inclusive, já foi afirmado ser parte imparcial mesmo no processo penal<sup>982</sup>.

Assim, para Glauco Gumerato Ramos<sup>983</sup>, a imparcialidade judicial pode ser vislumbrada em uma dupla dimensão: subjetiva e funcional. A manutenção da imparcialidade subjetiva é utópica e não há terapêutica processual a contorná-la; cada um de nós tem seus “pré conceitos” a respeito dos fatos da vida, sua ideologia, suas preferências e, por certo, o juiz, ao se deparar com o julgamento do caso concreto, já imagina como poderá resolver o mérito. Por outro lado, a imparcialidade funcional<sup>984</sup> deve ser garantida e a terapêutica está prevista no sistema processual por meio das exceções de impedimento ou suspeição.

---

ordenamentos jurídicos, vide, novamente, *Comentário ao Código de Processo Civil*. v.I., Ob. cit., pp. 387- 468.

<sup>981</sup> A perspectiva psicológica é analisada pelo autor espanhol ARTURO MUÑOZ ARANGUEREN, *La influencia de los sesgos cognitivos em las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. Indret. Revista para el análisis del Derecho, n.1, 2011.

<sup>982</sup> ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *O garantismo processual*. Ob. cit., p. 18.

<sup>983</sup> *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual*. Ob. cit., p. 263.

<sup>984</sup> Tratando a imparcialidade do juiz como pressuposto processual, vide MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.1. 20.ed.; São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 337-341.

O juiz não deve ter interesse pessoal nem funcional no resultado do processo. A tarefa de ser imparcial é assaz difícil já que se exige absoluta e asséptica, devendo ser praticada na atividade judicante com todas as qualidades que envolvem o vocábulo. E a consequência natural dessa concepção mais completa de imparcialidade fomenta o já estudado princípio da isonomia das partes, que terá vigência plenamente conforme seja o juiz devidamente imparcial.

No âmbito da doutrina processual penal brasileira<sup>985</sup>, também aplicável ao processo civil, a imparcialidade – denominada por alguns de “alheabilidade” – é traduzida como atributo essencial do magistrado consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe retirar a necessária isenção para condução do feito. Trata-se de decorrência imediata da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que veda o juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente (artigo 5º, LIII), representando exigência indeclinável do Estado Democrático de Direito.

Cabe notar que a imparcialidade deve ser indicativa da honestidade, moralidade e probidade. É cediço que o julgador leva consigo os valores de sua formação, que influenciam na construção de entendimentos distintos em relação a uma pluralidade de situações fáticas, o que não significa, a princípio, que seja parcial. Deveras, o ideal do juiz imparcial há de ser concebido aproximativamente. Vale dizer, a isenção preconizada pelo ordenamento jurídico implica a postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas. Não basta, aqui, o respeito ao princípio do juiz natural. Demanda-se igualmente o juiz imparcial, motivo pela qual o legislador coloca à disposição dos interessados as exceções de suspeição e impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento.

Por tal razão, entre os argumentos utilizados pela doutrina tradicional contra as iniciativas do juiz na produção probatória, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. Defendem que,

---

<sup>985</sup> NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR, Ob. cit., p. 57.

caso fosse conferido ao juiz a possibilidade de determinar a realização de uma prova cujo resultado favorecesse uma das partes, haveria quebra da imparcialidade<sup>986</sup>.

Sem razão, todavia, a doutrina tradicional. Quando o juiz determina a realização de alguma prova, ele não tem condições de saber, de antemão, seu resultado e, conseqüentemente, a quem a prova aproveita. Por conseguinte, não se pode afirmar que o aumento do poder instrutório do juiz ou de sua atuação no que diz respeito às modificações do ônus da prova favoreça alguma das partes. Ao contrário, apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam correta e coerentemente aplicadas.

Para Gustavo Gonçalves Gomes<sup>987</sup>, a imparcialidade do juiz é um componente do próprio direito de acesso à justiça, ou seja, a demanda submetida ao Poder Judiciário deve ser apreciada por um sujeito equidistante das partes e sem qualquer interesse no julgamento da causa.

Na doutrina espanhola, Montero Aroca<sup>988</sup>, utilizando-se dos ensinamentos de Wach<sup>989</sup>, esclarece que a verdadeira concepção de imparcialidade exige que o magistrado não utilize a sua atividade para favorecer, ainda que subjetivamente, qualquer uma das partes. Exige-se, portanto, que a condução do processo seja pautada exclusivamente em observância aos aspectos objetivos e jurídicos, de modo que questões subjetivas não possam influenciar a decisão.

A segunda corrente doutrinária sobre o tema, mais progressista, ganhou impulso em virtude de vários estudos realizados acerca da efetividade do processo e, também, sobre as concepções instrumentalistas e participativas da atividade jurisdicional. Dessa feita, permite-se uma atuação mais dinâmica do magistrado durante a fase instrutória, de forma que possa adotar iniciativas próprias para a reunião dos elementos necessários à formação do seu

---

<sup>986</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., pp. 111-146.

<sup>987</sup> *Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil*. Ob. cit., pp. 389- 411.

<sup>988</sup> *Sobre la imparcialidade del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 187.

<sup>989</sup> Referindo-se a Adolph Wach, jurista alemão do século XIX.

convencimento. É essa corrente, inclusive, que inspirou e motivou o legislador na elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Afinal, não seria imparcial o juiz que, observando que a produção de certa prova, determinada de ofício ou por meio de alteração do ônus probatório, poderia possibilitar o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que pode não ter razão. Para o juiz não deve importar quem sai vencedor ou perdedor. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquela parte cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se poderá falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.

Sem sombra de dúvidas, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório, impondo-lhe o dever de fundamentar suas decisões<sup>990</sup>. Dessa forma, pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução do processo a ser apreciado. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes.

Para que o juiz mantenha isenção diante de uma prova por ele determinada, ou advinda da alteração dos ônus processuais, mostra-se suficiente que permita que as partes sobre ela se manifestem. O perfeito funcionamento do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. A concessão dos poderes instrutórios do juiz ou a flexibilização do ônus probatório encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da discricionariedade do julgador em arbitrariedade ou despotismo. O juiz ativo quanto à determinação da prova, mas submetido às restrições determinadas pelas garantias das partes no processo, especialmente a ampla defesa e o contraditório, é perfeitamente compatível com o modelo processual democrático e seguro a que aspiramos. Juiz ativo não se confunde, portanto, com juiz autoritário.

---

<sup>990</sup> Sobre o tema, na ótica do Código de Processo Civil de 2015, vide obra de nossa autoria: *O artigo 489 do novo CPC e o direito à fundamentação das decisões judiciais*. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 314-348.

A esse respeito, pertinente a lição de Cássio Scarpinella Bueno<sup>991</sup> ao defender que “O conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado um mito da neutralidade do juiz, mero aplicador automático da lei, e passa-se a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero aplicador da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa. É ele, isto não tem porque ser negado, criador de norma jurídica”.

Nessa seara, e contrariando a tese da manutenção da imparcialidade quando da atuação instrutória do magistrado, parte da doutrina apresenta um dos dogmas históricos do processo - a imediação e a conseqüente identidade física do juiz, as quais tornaram-se verdadeiros princípios processuais. A imediação assenta-se no imperativo de que a observação *ictu oculi* na colheita da prova oral é mais eficiente para que o juiz perceba a sinceridade, o vacilo, os temores, daqueles que diante dele se apresentam para tal fim. Por sua vez, a identidade física impõe ao mesmo juiz – pessoa física – que acompanhe todas as suas etapas procedimentais até a prolação da sentença de mérito.

Na doutrina processualista de mais alto impacto, Chiovenda<sup>992</sup> já lecionara que a *técnica da imediação* surgiu como conseqüência natural do processo civil romano, que era de caráter eminentemente oral. Assevera que é oriunda dessa época a recomendação do Imperador Adriano para que os juízes interrogassem diretamente as testemunhas, pois “o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costumam ler” (fr. 3, §3º, Dig. De test.).

O juiz, devido à sua elementar condição humana, e como sujeito integrante da oralidade própria do procedimento probatório, invariavelmente vai sendo tocado pelas impressões subjetivas que as atitudes dos depoentes lhe sugerem. E como reflexo da inquisitividade que marca sua atuação no curso da colheita da prova, suas impressões pessoais influirão no modo como ele conduzirá a etapa de confirmação dos fatos (instrução) e conseqüentemente no julgamento do mérito

---

<sup>991</sup> *Curso sistematizado de direito processual civil*. v.1. Ob. cit., p. 110.

<sup>992</sup> *Instituições de direito processual civil*. v.1. Ob. cit., p. 160.



que, imediatamente, esse mesmo juiz deverá prolatar. Por isso, para parcela da doutrina, a prova de ofício, a imediação e a identidade física do juiz da instrução e do juiz da sentença, atentam contra a lógica da imparcialidade que deve orientar o produto da atuação do Poder Judiciário<sup>993</sup>.

Na tentativa de resumir as consequências da realização da prova, diante do poder instrutório do juiz, Hugo Botto Oakley<sup>994</sup> aduz as seguintes situações, em regra: i) se os fundamentos fáticos da ação encontram-se devidamente provados, o juiz deve decidir pela procedência do pedido e, caso não estejam, deve decidir pela improcedência. Assim, nunca terá sua imparcialidade afetada; ii) se determinadas as medidas probatórias de ofício para melhor decidir poderá ocorrer resultados diversos: a) não cumpridas dentro do prazo legal, o resultado do processo não se alterará, não sendo afetada a imparcialidade; b) se a prova nada apontar de novo ao processo, o resultado também será o mesmo e nada afetará a imparcialidade; c) se o resultado da prova for ainda mais favorável àquele que cumpriu seu ônus probatório, o resultado do processo permanecerá o mesmo e a imparcialidade não será atingida; d) se o resultado favorece a parte que não se desincumbiu de seu ônus probatório, haverá favorecimento a esta parte, prejudicando-se, contrapartida, a parte contrária. Nesse caso, defende o citado autor que a imparcialidade restou afetada, bem como violado o princípio da igualdade.

Em que pese o posicionamento explanado, não concordamos com essa corrente doutrinária, tendo em vista que o juiz que decreta a prova de ofício ou flexibiliza o ônus probatório original, em regra, não virá a perder a exigência da imparcialidade que o devido processo exige, oferece e garante. E, para tanto, apresentam-se as seguintes justificativas, ainda com fulcro na explanação versada por Hugo Botto Oakley<sup>995</sup>: i) deve-se garantir confiança ao juiz uma vez que ele sempre desempenha sua função processual de maneira equidistante e igualitária em relação às partes, de modo que deve e pode subsidiar a iniciativa probatória deficiente; ii) o juiz deve buscar a verdade e, portanto, não deve ficar

---

<sup>993</sup> GLAUCO GUMERATO RAMOS, *Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual*. Ob. cit., p. 266.

<sup>994</sup> *O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico?* Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 304-305.

<sup>995</sup> Ob. cit., pp. 309-311.

limitado às provas aportadas pelas partes; iii) o juiz não conhece o resultado da prova, no momento em que a determina de ofício, embora possa saber de antemão qual das partes potencialmente a prova pode favorecer; iv) vários países têm defendido o aumento dos poderes instrutórios do juiz em matéria civil, mas como o esquecimento de que na grande maioria isso decorreu de modificações legais parciais, e não sistemáticas, da totalidade do ordenamento processual.

Nos dizeres de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>996</sup>, a “imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição”. Se o juiz encontra-se entre as partes e acima delas, a imparcialidade apresenta-se como pressuposto essencial para que a relação processual se instaure validamente. De acordo com os eminentes processualistas, nesta acepção, a imparcialidade encontra-se diretamente ligada ao princípio do juiz natural, o qual apresenta um duplo significado: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição e, no segundo, impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para julgamento de causas penais ou civis.

A imparcialidade é garantia de julgamento justo e devido para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um magistrado imparcial para apreciação do feito. Neste íterim, o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas. Como só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que “dê a cada um o que é seu”, somente por meio da garantia de um juiz imparcial o processo pode mostrar-se um instrumento não apenas técnico, mas também ético para a solução dos conflitos de interesse. Assim, o moderno direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem, nem relegar a eficácia dos sistemas de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada país. Exatamente por isso, independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana; entre eles, o direito ao juiz imparcial.

---

<sup>996</sup> Ob. cit., pp. 51-53.

Portanto, em uma perspectiva jurídica, o princípio da imparcialidade encontra fundamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas reunida em Paris, em 1948, que estabelece em seu artigo 10: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”. Norma similar encontra-se disposta no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Também o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), especialmente no artigo 14.1, contém norma sobre o assunto ao determinar que: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e cortes de justiça. Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, em relação a qualquer acusação de caráter penal que contra ela se formule ou para a determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil”.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), igualmente conhecida por *Pacto de San José da Costa Rica*, dispõe em seu artigo 8º: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido previamente por lei, em relação a qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, laboral, fiscal ou de qualquer outro caráter.”

Para Guilherme de Souza Nucci<sup>997</sup>, no Brasil, esse princípio da imparcialidade é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita. Ingressa no sistema pela porta do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte ou signatária. Assevera o autor que não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do

---

<sup>997</sup> Ob. cit., p. 92.

*Pacto de San José da Costa Rica* (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), firmado pelo Brasil e aprovado, pelo Decreto 678, em vigor, desde 1992.

Em que pese a contradição entre os posicionamentos jurídicos acima referida, para melhor entendimento do assunto, especialmente no que se refere à atuação ativa do magistrado na instrução da relação processual, torna-se necessário mostrar a distinção entre imparcialidade e neutralidade. A figura da neutralidade está associada a uma espécie de assepsia do magistrado, que estaria obrigado a despir-se de qualquer vestígio de subjetividade quando fosse proferir uma decisão, tendo em vista que o julgamento deveria se pautar, exclusivamente, por critérios técnicos extraídos do ordenamento jurídico. O magistrado neutro seria totalmente alheio ao litígio, mostrando-se indiferente ao seu desfecho e às consequências do veredicto, que não lhe seriam atribuíveis, mas, sim, à legislação em vigor. Já a figura da imparcialidade é corolário do princípio do contraditório, estabelecida como pressuposto para que a relação jurídica processual se instaure e se desenvolva validamente. Trata-se do imprescindível distanciamento que o juiz deve ter quanto aos interesses em litígio. Em contraposição a ideia, o magistrado parcial concederia maiores oportunidades de defesa a uma das partes, em prejuízo da outra, e interpretaria a lei em favor de uma delas, por estar pessoalmente interessado na questão<sup>998</sup>.

Ainda sobre a distinção, pontua Lídia Reis de Almeida Prado<sup>999</sup> que a imparcialidade, bem como a suspeição do juiz, estão reguladas pela lei processual civil, possuindo contornos bem traçados pelo Direito. Dessa forma, constituem figuras cuja existência é desejável no universo jurídico por garantir a igualdade dos demandantes durante a resolução judicial dos conflitos, o que, aliás, é previsto pela Constituição Federal do Brasil, no artigo 5º, *caput*<sup>1000</sup>. Já o dogma da neutralidade, herança do Iluminismo, relaciona-se com a ideia do magistrado formalista, exageradamente amordaçado às leis e afastado dos anseios da comunidade e das características de seu próprio psiquismo. A adoção desse

---

<sup>998</sup> TÂNIA MARA AHUALLI e JAQUELINE SENA, Ob. cit., pp. 329-350.

<sup>999</sup> *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4.ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 37.

<sup>1000</sup> Registre-se que a Constituição da República Portuguesa de 1982 expressa o princípio da imparcialidade em seu art. 266º.

dogma, portanto, constitui um desserviço ao principal objetivo da sentença, qual seja, a realização da justiça.

Portanto, não se pode confundir o conceito de imparcialidade com o de neutralidade, o que não se espera do julgador, sob pena de reduzi-lo à função de mero burocrata<sup>1001</sup>. O poder dispositivo assegurado pelo legislador é o da inércia do Judiciário em relação à iniciativa do direito de ação, pois ninguém pode ser compelido a demandar. Contudo, uma vez iniciada a ação por movimentação da parte, está essa sujeita ao poder-dever do Estado-juiz de assegurar, pelo processo, a realização da justiça, o que se dá, entre outros mecanismos, pela atuação do juiz no campo probatório, desenvolvendo esforços para que a verdade processual seja alcançada. Cabe, porém, às partes delimitar os limites da demanda, o que significa dizer que qualquer iniciativa probatória do juiz não poderá superar o quanto estabelecido por elas em relação ao objeto em discussão.

Lado outro, não se pode perder de vista que as regras de distribuição do ônus probatório nada mais são do que mecanismos adotados pelo legislador para estabelecer a igualdade material entre as partes ou diminuir as desigualdades, o que não afasta a atuação do magistrado para a busca da igualdade no processo, assegurando a paridade de armas a que se referiu Cândido Rangel Dinamarco<sup>1002</sup>.

Em suma, o juiz tem o poder-dever de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil, ou de flexibilizar o ônus probatório inicialmente disposto, especialmente para (i) assegurar o equilíbrio processual e a igualdade entre as partes; (ii) coibir abusos e fraudes processuais; (iii) garantir um resultado justo e célere ao processo, decorrência dos princípios da igualdade, boa-fé objetiva e da celeridade processual.

Essa intervenção judicial não compromete a imparcialidade do juiz, porque não pretende beneficiar qualquer das partes, senão a verdade. Também não viola o princípio dispositivo porque sempre será preservada a liberdade da parte na produção de determinada prova, aplicando-se a distribuição do ônus dinâmico da

---

<sup>1001</sup> MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM e MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA, Ob. cit., pp. 477-488.

<sup>1002</sup> *A instrumentalidade do processo*. 8.ed.; revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 191.

prova. Tal intervenção visa conciliar o tempo necessário a uma decisão justa, mais próxima da verdade possível e da celeridade imposta pelo interesse público, conferindo a cada princípio constitucional a devida importância segundo o valor maior enunciado. Demonstra a necessidade de se equilibrar o anseio social e até mesmo do Poder Judiciário em uma rápida resposta aos conflitos postos em juízo com a busca da verdade para a solução mais justa à lide.

Para José Renato Nalini<sup>1003</sup>, a equidistância do juiz em relação às partes, graficamente celebrizada no clássico triângulo chiovendiano, gera o dever de imparcialidade como elemento essencial à jurisdição. Mas a imparcialidade não significa distanciamento das partes. Ao contrário, sua relação com elas, a vivência profunda do caso, a assimilação interior de cada drama judicial são fatores valiosos na conduta do juiz que tem seu funcionamento no princípio da imediação.

Consoante os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>1004</sup>, para além dos interesses privados das partes, existe outro, muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional. É evidente que as partes desejam a satisfação de suas pretensões. Mas a esse interesse, sem embargo, antepõe-se o do próprio Estado na realização da justiça. Para o citado autor, o juiz não pode figurar como mero expectador da disputa travada entre as partes, porque, no momento da realização do Direito por meio do processo, não estão em jogo apenas os interesses individuais disponíveis ou indisponíveis em litígio, mas também o interesse público na fiel concretização do ordenamento jurídico. Assim, o processo deve ter o desfecho que melhor reflita o direito material, fato que impõe ao magistrado uma postura proativa na condução do processo, tendente a realizar os interesses públicos que justificam a própria existência da jurisdição. O processo somente cumprirá sua função social se houver coincidência entre a ordem jurídica estabelecida e o seu resultado, eliminando ou atenuando algumas consequências do chamado princípio do dispositivo. Não se pode olvidar que o processo é tido hoje como uma atividade cooperativa, ordenada à realização da justiça.

---

<sup>1003</sup> *Ética da Magistratura – Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

<sup>1004</sup> *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., pp. 128-130.

Portanto, em um cenário de profunda desigualdade que assola a sociedade brasileira, assim como as promessas da Constituição Federal que traz a igualdade como um de seus valores supremos (artigo 5º, *caput*) e a redução das desigualdades como um de seus objetivos fundamentais (artigo 3º, III), exige-se que o magistrado liberte-se do invólucro da neutralidade. O juiz contemporâneo no Brasil necessita e deve ter a coragem de posicionar-se perante os conflitos que lhe são apresentados no afã de compensar o desequilíbrio que, muitas vezes, se observa entre as partes de um processo, por intermédio de uma tutela específica e mais atenta às condições de quem se encontra materialmente em posição inferior. Se a lei não funciona como meio de aperfeiçoamento da igualdade, mediante eliminação das desigualdades fáticas, o juiz não está impedido de fazê-lo, no caso concreto, ao exercer a jurisdição. É ele, assim como os demais Poderes do Estado, incumbido de fazer cumprir as promessas do constituinte. Não se apresenta como um organismo supraestatal ou extraestatal. Integra o Estado e é destinatário nas normas fundantes que preveem, no futuro, uma pátria justa, fraterna e solidária<sup>1005</sup>.

Devemos, pois, ser cautelosos em não permitir que a atuação dos magistrados seja pautada por total falta de iniciativa na instrução probatória, sob a justificativa de envergar a bandeira do respeito ao princípio da imparcialidade. O que se percebe, muitas vezes, é que muitos magistrados se acomodam com esse falso rótulo principiológico para justificar a falta de criatividade e a inexistência de iniciativas com o escopo de buscar a verdade objetiva.

Uma coisa é o respeito ao princípio da imparcialidade. Outra é a atuação burocrática e pouco ousada de determinados juízes para a otimização do processo. Estes últimos, erguendo a falsa bandeira de defesa dos princípios do dispositivo, isonomia e imparcialidade, acomodam-se em seus gabinetes e se esquivam de exercer a função para a qual foram investidos pela sociedade e à qual, por tal razão, deveriam ter vocação.

Em clássico trabalho sobre o assunto, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>1006</sup> confirma que a concessão de poderes instrutórios mais amplos aos

---

<sup>1005</sup> JOSÉ RENATO NALINI, *Ética da magistratura – Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional - CNJ*. Ob. cit., p. 71.

<sup>1006</sup> *Poderes instrutórios do juiz*. Ob. cit., pp. 154-155.

magistrados é uma tendência moderna e de cunho internacional. Nesse sentido, sustenta que os magistrados representam o próprio interesse estatal no exercício de suas funções e, por tal razão, devem atuar de forma mais ativa em busca da verdade real, sempre que entenderem ser necessária a produção ou a complementação das provas trazidas aos autos, pelas partes.

A esse respeito e consoante as concepções de Chiovenda, é imperioso observar que o juiz, na qualidade de executor da vontade estatal, deverá ater-se à função pública que exerce, desenvolvendo a sua atuação de acordo com suas convicções e com foco na prolação de decisões efetivamente fundamentadas. Essa é a real expectativa do Estado com relação à função exercida pelos magistrados, sendo certo que há nítido interesse da sociedade em se garantir a existência de um Poder Judiciário que demonstre atuar com qualidade e que seja acreditável.

Diante da nobreza de sua função e da expectativa dos jurisdicionados, não poderá o magistrado considerar o processo civil como um método de estratégia das partes, mas, sim, como um instrumento real e eficaz para outorga da justa prestação jurisdicional, cuja busca pela verdade real se torna um meio insuperável para o atingimento da finalidade última do processo – a justiça. Os magistrados representam diretamente o interesse do Estado e da sociedade e, subsidiariamente, os interesses das partes. Há, portanto, um compromisso maior com a busca da verdade e com a correta aplicação da lei do que com as formalidades exacerbadas na forma de condução do processo. É exatamente esse espírito que o novo Código de Processo Civil brasileiro procura trazer a todos nós.

Vivemos em um Estado ativo, no qual, os entes envolvidos também devem ter comportamentos ativos. Dessa forma, resta evidente que os magistrados, em vista do nosso modelo constitucional de processo civil, não poderão deixar de realizar a atividade probatória, ainda que de ofício, caso essa seja de relevância para a obtenção de um julgamento justo e qualitativo. Por tal razão, exige-se amplo reconhecimento dos poderes (deveres) instrutórios dos magistrados para que haja o atingimento da missão estatal e constitucional inerente ao Poder Judiciário. Por outro lado, uma vez legitimados esses poderes, é preciso que o



poder-dever dos magistrados seja executado com genialidade e criatividade, e que não falte disposição dos juízes na condução do processo.

Em remate, parece-nos possível afirmar que, apesar da efetiva manifestação de imparcialidade no processo de tomada da decisão, o juiz não é e nem pode ser neutro. Primeiro porque não se pode negar a influência das características subjetivas do magistrado sobre o ato de julgar; e, segundo, porque ao interpretar o Direito, contribui para a dação de seu sentido, construindo linguisticamente o objeto com o qual lida.

Não obstante, nessa seara, existem ponderadas críticas ao ativismo judicial no âmbito processual, especialmente no que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz e à dinamização do ônus da prova, sob a justificativa de que esta postura proativa do magistrado frente aos conflitos que lhe são apresentados acaba por favorecer a parte que inicialmente não se desincumbiria de seu encargo probatório, violando assim, a garantia constitucional da imparcialidade. A superação jurídica a essas críticas é exatamente o que se pretende demonstrar, na sequência da presente discussão.

## **CAPÍTULO VIII – SUGESTÕES JURÍDICAS PARA A SUPERAÇÃO DA SUPOSTA CONTRADIÇÃO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

### **8.1. O fenômeno da constitucionalização do processo e os escopos da jurisdição**

Todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, razão pela qual não se deve deixar apenas nas mãos das partes a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que o juiz também exerça atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral do Estado e da sociedade, na devida prestação jurisdicional. Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social, pois aquele que não vê reconhecido seu direito em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado.

Sabe-se que, no processo liberal, o destino da causa ficava na dependência pura e simples do desempenho das partes na defesa de seus interesses e na produção dos elementos de prova. O juiz exercia seus poderes máximos no momento de julgar e, como mero aferidor do resultado do duelo entre os litigantes, ditava autoritariamente e solitariamente o seu veredito. Analisava e valorava a prova de cuja formação não participava e aplicava a lei com frieza, fazendo incidir, até mesmo de ofício, regras de ordem pública, sem garantia de qualquer debate prévio com os sujeitos interessados no processo.

A partir da socialização processual, fase típica do século XX, que se inicia no final do século XIX e ganha força a partir do delineamento do paradigma do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), com a decorrente ruptura da

perspectiva liberal, ocorre um agigantamento da atuação estatal com: a) enorme preocupação com questões sociais; b) fortalecimento do executivo no quadro da tripartição de funções; c) defesa de um perfil clientelista do cidadão (cidadão hipossuficiente); d) ingerência demasiada do Estado nas relações jurídicas<sup>1007</sup>.

Consoante os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior<sup>1008</sup>, por meio da percepção das últimas décadas do século XIX, a socialização processual começa a ganhar corpo pela doutrina austro-germânica, que se preocupava com os problemas que o modelo liberal de processo gerava. Essa perspectiva teórica, idealizada e sistematizada por autores como Menger, Klein e Bülow, tendeu, a partir desse momento, a enfraquecer o papel das partes e a reforçar o papel dos magistrados, de forma que a tensão jurídica interna idealizada com a formação de um novo modelo processual (socialização processual) surge na busca de um novo horizonte interpretativo, de modo a suplantar as deficiências do anterior, mas conduzindo a novos equívocos. Tais autores assumiram uma postura estatalista e de estatolatria, que fazia crer que o Estado (em especial o Estado-juiz) teria a potencialidade de resolver todas as dificuldades econômicas e sociais do cidadão.

E, a partir da segunda metade do século XX, a evolução do constitucionalismo mostrou-se decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual. Contemporaneamente, o processo constitui instrumento imprescindível à tutela dos direitos e, por tal razão, revela-se inegável sua natureza de direito fundamental. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positiva, em seu catálogo de direitos fundamentais, inúmeros direitos processuais, a exemplo do que ocorre com o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput*) à prova (artigo 5º, LVI), ao devido processo legal (artigo 5º, LIV), dentre outros. Mesmo que não estivessem expressamente positivados no catálogo dos direitos fundamentais, a singela constatação de que o processo constitui ferramenta indispensável para a tutela dos direitos já bastaria para evidenciar sua vinculação com a tutela da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, evidenciar sua natureza de autêntico direito fundamental<sup>1009</sup>.

---

<sup>1007</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, Ob. cit., pp. 62-63.

<sup>1008</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>1009</sup> ARTHUR THOMPSEN CARPES, Ob. cit., pp. 197-209.

Nessa seara, a jurisdição, como atividade estatal diretamente ligada ao Poder Judiciário, possui diferentes escopos, os quais, segundo a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>1010</sup>, podem ser entendidos como os principais objetivos perseguidos com o exercício da função jurisdicional. Numa visão moderna de jurisdição, amparada no princípio da instrumentalidade das formas, é possível verificar a existência de três ou quatro escopos, quais sejam: jurídico, social, educacional (que parcela doutrinária estuda como aspecto do escopo social) e político.

O escopo jurídico consiste no emprego concreto da vontade do direito, por meio da criação da norma jurídica, resolvendo-se a chamada “lide jurídica”. Diante de uma ofensa ou ameaça ao direito objetivo, a jurisdição, sempre que afasta essa violação concreta ou iminente, faz valer o direito objetivo no caso concreto, resolvendo o conflito existente entre as partes, do ponto de vista jurídico. Por muito tempo, acreditou-se que seria esse o único escopo da jurisdição, entendendo-se que ela cumpria a sua missão toda vez que se aplicasse a vontade concreta do direito objetivo. Entretanto, no estágio atual da ciência processual, seria uma penúria indesejável limitar os objetivos da jurisdição somente ao escopo jurídico. Referido escopo tem grande relevância, mas certamente não é o único.

O escopo social da jurisdição versa em resolver o conflito de interesses atingindo a pacificação social, ou seja, resolver a “lide sociológica”<sup>1011</sup>. De nada adianta a resolução do conflito no aspecto jurídico se no aspecto fático persevera a insatisfação das partes, o que naturalmente fomenta a manutenção do estado beligerante entre elas. A solução jurídica da demanda deve necessariamente gerar a pacificação dos demandantes no plano fático, em que os efeitos da jurisdição são suportados pelos jurisdicionados. Daí a visão de que a conciliação ou a transação são excelentes formas de por fim a “lide sociológica”, porque o conflito se resolve sem a necessidade de decisão impositiva de um terceiro. Não obstante, mesmo a decisão impositiva mostra-se capaz de gerar a pacificação social, desde que seja realizada em processo célere, acessível, com amplo acesso de participação e com decisão justa.

---

<sup>1010</sup> *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 21-22.

<sup>1011</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*. 4.ed.; São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 189-190.

O escopo educacional faz alusão à função da jurisdição de ensinar aos jurisdicionados em geral – e não somente aos litigantes envolvidos no processo – seus direitos e deveres. Com a popularização do Poder Judiciário, ampliou-se significativamente o contato entre ele e o jurisdicionado, de forma a serem importantes os ensinamentos transmitidos por suas decisões a respeito dos deveres e direitos de todos<sup>1012</sup>.

O escopo político, por sua vez, é analisado sob três diferentes vertentes: (i) Se presta a fortalecer o Estado. Funcionando a contento a jurisdição, o Estado aumenta a sua credibilidade perante seus cidadãos, fortalecendo-se junto a eles. Politicamente, portanto, é importante uma jurisdição que apresente eficaz funcionamento como forma de afirmar o poder estatal; (ii) A jurisdição é o último recurso em termos de proteção às liberdades públicas e aos direitos fundamentais, valores essencialmente políticos em nossa sociedade<sup>1013</sup>. Na realidade, o Estado como um todo deve se preocupar com tais valores, mas, quando ocorre a concreta agressão ou ameaça, mesmo provenientes do próprio Estado, é a jurisdição que garante o respeito a tais valores; (iii) Incentiva a participação democrática por meio do processo, de forma que o autor de uma demanda judicial, ou ainda o titular do direito debatido possa participar, por meio do processo, dos destinos da nação e do Estado. Por meio da ação popular qualquer cidadão pode postular em juízo o desfazimento de ato administrativo lesivo ao erário público, bem como a condenação dos responsáveis ao ressarcimento, o que se apresenta como um bom exemplo de participação democrática. É o cidadão, por meio do processo, interferindo na administração pública<sup>1014</sup>.

Na persecução de atingimento dos mencionados escopos, o Poder Judiciário deve interpretar e aplicar devidamente as normas do ordenamento jurídico ao caso concreto. Mas, para isso, torna-se necessária uma eficiente descoberta da verdade sobre esses fatos, a qual só é atingida por meio das provas realizadas no seio de cada processo. Daí a importância de que o magistrado tenha um posicionamento mais ativo, influenciando diretamente no

---

<sup>1012</sup> CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*. Ob. cit., pp. 128-129.

<sup>1013</sup> *Ibid.*, pp. 130-131.

<sup>1014</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novas linhas do processo civil*. Ob. cit., pp. 193-194.

desenvolver da instrução probatória, inclusive no que se refere à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

## **8.2. As relações entre a verdade e a prova sob a ótica do convencimento judicial**

Na ótica do direito processual, inserido no sistema do livre convencimento motivado, as discussões abrangendo a prova encontram-se intimamente ligadas à ideia de sua função, intuitivamente revelada pela tese de que a prova busca investigar a verdade<sup>1015</sup> dos fatos, sobre os quais será aplicada a norma jurídica abstratamente prevista, atingindo-se a solução do litígio. Não há dúvidas de que a comprovação dos fatos é absolutamente essencial, eis que pressuposto para a aplicação do direito e, por consequência, para a realização do escopo da jurisdição.

Durante o desenrolar de um litígio judicial, as partes dissentem sobre os fatos, sobre o direito aplicável ou sobre ambos. Para solucionar os temas puramente jurídicos, aplica-se a “Ciência do Direito”<sup>1016</sup> e, para esclarecer os fatos, utiliza-se da prova, que foi definida por Castro Mendes<sup>1017</sup> como “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular do fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”.

Na doutrina italiana, Ferrajoli<sup>1018</sup> definiu provas como “eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados”. Já nos dizeres de Lombardo<sup>1019</sup>, na íntima essência, o conceito de prova “não é somente um meio do qual se serve

---

<sup>1015</sup> Sobre o tema, vide VITOR GONÇALVES MACHADO, *A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro*. Revista Portuguesa de Filosofia. t.70. fasc.4. Braga: 2014, pp. 811-832; CLÁUDIA TRINDADE, *Prova, justificação e convicção racional: a propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. EDUARDO PAZ FERREIRA, et al. Orgs. v.3. Palma/Coimbra: Almedina, 2013, pp. 149-185; RODRIGO RIVERA MORALES, Ob. cit., pp. 79-126; e LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *A prova por presunção no direito civil*. Ob. cit., pp. 127-133. Analisando a aplicação da teoria da correspondência e da teoria da coerência no tratamento da verdade, vide CLÁUDIA SOFIA ALVES TRINDADE, Ob. cit., pp. 12-44.

<sup>1016</sup> ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*. Ob. cit., p. 459.

<sup>1017</sup> Ob. cit., p. 741.

<sup>1018</sup> *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Ob. cit., p. 98.

<sup>1019</sup> *La prova giudiziale (contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo)*. Milão, 1999, p. 11.

o juiz para atingir os dados de fato úteis aos fins do juízo, mas um raciocínio probatório que concorre para a formação do juízo sobre o *factum probandum*”.

Como já discutido, a semântica do termo prova pode também ser verificada, consoante a lição de Paulo Mendes de Sousa<sup>1020</sup>, em três sentidos, quais sejam: atividade probatória, meio de prova e ainda resultado da atividade probatória. No primeiro sentido, como atividade probatória, defende o autor que a prova “é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes”. No segundo, como meio de prova, pode ser definida como “elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados”. Finalmente, no terceiro sentido, como resultado da atividade probatória, revela “a motivação da convicção da entidade decidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica”.

Nesse contexto, a descoberta da verdade<sup>1021</sup> sempre foi indispensável para o processo, sendo um de seus principais objetivos. Somente por meio da descoberta da verdade dos fatos pode o julgador aplicar devidamente a norma apropriada, adequando o caso à ideia do conhecido “juízo de subsunção”<sup>1022</sup>. A esse propósito, Liebman<sup>1023</sup> já conceituava o termo “julgar” como o ato consistente em valorar um determinado fato ocorrido no passado, com base no direito vigente, determinando, via de consequência, a norma jurídica que regerá o caso concreto.

Como cabe ao Poder Judiciário, na divisão de funções estatais, aplicar o direito objetivo aos casos concretos revelados pelos litígios, a adequada reconstrução dos fatos torna-se imprescindível para a devida aplicação da norma abstrata à hipótese concreta. A esse respeito, após defender que o processo é um trabalho, Carnelutti<sup>1024</sup> asseverou que “aquilo que é necessário saber, antes de

---

<sup>1020</sup> *As proibições de prova no processo penal*. Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

<sup>1021</sup> Sobre o tema verdade em matéria de processo, vide GETÚLIO MARCOS PEREIRA NEVES, *Ob. cit.*

<sup>1022</sup> Representado pela ideia de que o julgador toma o fato ocorrido no mundo físico e a ele aplica a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico.

<sup>1023</sup> *Manual de direito processual civil*. *Ob. cit.*, p. 4.

<sup>1024</sup> *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 124.

mais nada, é que o trabalho é união do *homo* com a *res*, sendo que esta coisa vimos estar em torno de um *homo*: que o *homo iudicans* trabalhe sobre o *homo iudicandus* significa, no fundo, que deve unir-se com ele; somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (*come sono andate le cose*) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra, a sua verdade”.

A verdade pode ainda ser vista como um fator de legitimação para o direito processual. Em sendo as decisões judiciais o resultado da aplicação do direito ao caso concreto e considerando-se que o direito positivo, ao menos em tese, deriva da vontade popular, eis que emanado dos representantes do povo, a subsunção dos fatos devidamente comprovados à norma atenderia aos anseios populares. Nessa perspectiva, a atividade do magistrado seria realizada apenas na aplicação do direito abstrato ao caso concreto, sem o desenvolvimento de atividade interpretativa. Bem expressando o espírito desses entendimentos à sua época, ao analisar a questão da interpretação, Chiovenda<sup>1025</sup> já defendeu que o juiz nada mais faz do que aplicar o direito, sendo a interpretação obra da doutrina, a qual, se considerada como fonte do direito, não foi feita, mas apenas formulada pelo julgador.

Apesar de já não concordarmos com a posição de Chiovenda, eis que a atividade interpretativa também é realizada pelo Judiciário e, embora a verdade não consista um fim em si mesma, sua busca apresenta-se como condição imprescindível para a garantia de uma justa composição da lide e da qualidade da prestação jurisdicional.

O ideal seria estabelecer a verdade dos direitos postos em litígio como aquela determinada, tomando-se por base os meios de prova relevantes e admissíveis, como forma a lograr a realização de uma das metas fundamentais da administração da justiça, qual seja, o estabelecimento da verdade para a apreciação do caso concreto<sup>1026</sup>.

---

<sup>1025</sup> *Principios de derecho processual civil*. v.1. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922, pp. 90-91.

<sup>1026</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., p. 20.



A melhor solução para o conflito de interesses entre as partes é uma decisão adequada e correta, que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos direitos controvertidos existentes no caso concreto. A solução da lide não é necessariamente boa apenas porque põe fim ao conflito de interesses do caso concreto. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no Estado de Direito, só se alcança uma boa solução se esta for obtida por meio de uma decisão judicial legítima.

Sobre esse ponto de vista, como já afirmado, a verdade dos direitos em litígio não se apresenta como um objetivo em si mesma, ou como o propósito final do processo, mas, sim, um instrumento ou condição necessária para uma decisão justa e legítima que, por consequência, apresenta uma solução adequada e correta para a controvérsia existente entre as partes<sup>1027</sup>.

A verdade que pode ser alcançada dentro do contexto do processo é definida como formal ou convencional e se apresenta, por várias vezes e razões, como uma verdade bastante diferente da real. Isso se dá porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial no qual as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio que possibilite a busca da verdade e também por abandonarem essa busca quando a necessidade de alcançar uma solução final se impõe sobre a necessidade de reconstituir os fatos por intermédio de meios de prova adicionais<sup>1028</sup>.

Na realidade, conforme defendido por Taruffo<sup>1029</sup>, em todo o contexto do conhecimento científico ou empírico, incluindo os processos judiciais, a verdade é relativa. Desenvolvendo a mesma linha de pensamento, Remédio Marques<sup>1030</sup> leciona que o processo civil não é o mecanismo adequado para lograr uma certeza absoluta em torno das alegações sobre os fatos controvertidos, como pode ocorrer com outros discursos e práticas, a exemplo do discurso religioso ou político. A verdade no âmbito deste processo tem um caráter relativo e contextual, apresentando uma postura relativista – pois, embora se acredite que o

---

<sup>1027</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 22-23.

<sup>1028</sup> Ibid., p. 24.

<sup>1029</sup> Ibid., p. 26.

<sup>1030</sup> *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controle do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit., pp. 763-770.

conhecimento e sua certeza são possíveis, entende-se que não existe uma só verdade, mas uma pluralidade de verdades, no sentido de que, em cada época histórica ou ciclo cultural civilizacional, ou cada âmbito do contexto exhibe o seu próprio sistema de verdade -, e ainda contextualizada – eis que está condicionada pela situação no âmago da qual é perseguida, designadamente pelos conhecimentos ou informações disponíveis. A afirmação significa, portanto, que a verdade nunca é absoluta e apenas pode ser predicada com base nas provas disponíveis. A verdade no processo civil seria, assim, uma verdade relativa, contextualizada, dependente da quantidade e da qualidade dos dados ou informações que os meios de prova introduzirem nos autos. Via de consequência, quanto menores forem as regras de exclusão no direito probatório e maiores forem as possibilidades de instrução e valoração probatória, maior será a possibilidade de maximização da verdade dos fatos.

É usual assumir que a teoria da verdade judicial é baseada na correspondência de uma premissa, no objetivo de se afirmar que a decisão judicial sobre os direitos deve ser adequada à verdade, para que possa ser justa e correta. Entretanto, o conteúdo de uma decisão apenas é verdadeiro quando coincidente e correspondente com os fatos que realmente ocorreram na situação concreta que deu base à controvérsia judicial. A função da prova é justamente fornecer ao julgador conhecimentos fundados empírica e racionalmente acerca dos direitos da causa, reconstruindo os fatos ocorridos e demonstrando se as alegações formuladas pelas partes são verdadeiras ou falsas<sup>1031</sup>.

Na ótica do contemporâneo sistema processual, apesar do dever de colaboração das partes para elucidação da verdade, o magistrado poderá e talvez mesmo deverá, de forma justificada, determinar a realização das provas que entender necessárias à adequada solução da lide. Saliente-se que as partes poderão participar na produção e na interpretação de tais provas, podendo atuar desde sua formação e ainda manifestarem-se após seus resultados.

Entretanto, uma vez realizados todos os meios de prova admissíveis e relevantes<sup>1032</sup> no processo, chega o momento de se tomar a decisão, ocasião na

---

<sup>1031</sup> MICHELE TARUFFO, *La prueba*. Ob. cit., pp. 28-29.

<sup>1032</sup> Sobre o tema, vide MICHELE TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*. Ob. cit.

qual o julgador deve assumir que as provas são um ponto de partida de um raciocínio que o leve à conclusão do litígio e que estabeleça se os direitos demonstrados pelas partes são ou não verdadeiros.

Por conseguinte, a valoração da prova tem por objeto estabelecer uma conexão final entre os meios de prova produzidos e a verdade ou falsidade dos argumentos formulados pelas partes sobre o direito em litígio, possibilitando ao julgador elementos essenciais para elaboração de sua decisão.

Prova e verdade são, assim, conceitos fundamentais no direito processual civil moderno. Sem medo de exagerar, pode-se dizer que atualmente a busca da verdade material é tão importante para o processo civil quanto a luta por uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Verdade e justiça caminham lado a lado. Da existência de uma depende a outra. Não há justiça com base em prova falsa, tampouco verdade processual sem uma adequada prestação jurisdicional<sup>1033</sup>.

Uma concepção de processo civil preocupada com a busca da verdade deve priorizar e valorizar a produção de prova. “A prova tem a função interna de servir de instrumento de cognição dos fatos e a função externa de buscar a legitimação social do exercício do poder jurisdicional”<sup>1034</sup>. Por mais técnica que seja a prestação jurisdicional, sem a prova eficiente ela dificilmente alcançará a verdade e, com esta, a consequente legitimação.

A busca da verdade e a participação do juiz na produção da prova são elementos que acabam por dar legitimação às decisões judiciais<sup>1035</sup>. Em que pese a exigência do processo civil moderno de um magistrado mais ativo, sua atuação probatória não pode violar o princípio da imparcialidade. Assim, justamente para que o processo não a ignore por um lado e não deixe de pretender alcançar a

---

<sup>1033</sup> ROGÉRIA DOTTI DORIA, *O direito à prova e a busca da verdade material*. Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, p. 323.

<sup>1034</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*. Ob. cit., p. 192.

<sup>1035</sup> Sobre o tema, vide LUIZ GUILHERME MARINONI, *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Ob. cit., pp. 255-268; e JOSÉ MARIA TESHEINER, *Direitos fundamentais, verdade e processo*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 59-90.

verdade por outro, é que se estabelecem critérios para a iniciativa judicial sobre a prova.

A atuação do magistrado constitui uma atividade decisória destinada a estabelecer a verdade ou a falsidade dos fatos controvertidos<sup>1036</sup>. Essa atividade do julgador na busca da verdade sempre mostrou-se intimamente ligada aos sistemas inquisitivo e dispositivo. A esse respeito, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>1037</sup> apresenta crítica no sentido de que excluir completamente o princípio dispositivo da produção da prova e atribuir ilimitadamente poderes ao juiz na instrução, tornando absoluto o princípio da oficialidade em nome da ampla investigação da verdade real e objetiva, como aconteceu no mundo socialista, o que acarretaria um enfraquecimento das garantias e liberdades individuais constitucionalmente consagradas, além de causar prejuízo aos princípios da igualdade substancial das partes e da certeza jurídica. O que ocorre é que o exagero de poderes do órgão jurisdicional, com excessiva valorização do princípio inquisitivo, poderia resultar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da segurança jurídica, além do eventual desprezo ao nexo entre o direito material e o processual.

Contemporaneamente, o desenvolvimento do sistema misto ou cooperativo tem se mostrado como uma boa solução ao problema. Cabe à parte, via de regra, a iniciativa de instauração do processo, incidindo o princípio do dispositivo. No que concerne ao impulso processual, a regra é a observância do princípio inquisitivo. Assim, o andamento do processo deve ser promovido pelo juiz, independentemente de provocação dos interessados. Quanto à produção de provas, nota-se uma crescente valorização do princípio inquisitivo, ao autorizar a participação efetiva do juiz na atividade probatória, e um declínio do princípio dispositivo<sup>1038</sup>. Tal posição, na verdade, fomenta o que defendemos ser um sistema processual cooperativo.

---

<sup>1036</sup> JOAO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit., p. 763.

<sup>1037</sup> *Do formalismo no processo civil*. 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 135-136 e 138.

<sup>1038</sup> BRUNO FREIRE E SILVA e CARLOS MANOEL LEITE GOMES FLORENTINO, Ob. cit., p. 70.

### 8.3. A verdade substancial e a verdade formal

No intuito de garantir a correta revelação dos fatos atinentes à causa de pedir, desenvolveu-se, na teoria processual, o princípio da verdade substancial, ou real, que, nos dizeres de Mittermaier<sup>1039</sup>, expressa a verdade como concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele. Essa típica visão, embora tenha a maioria de seus pressupostos já superados pela filosofia contemporânea, ainda continua a orientar grande parte dos processualistas modernos e dos aplicadores do direito<sup>1040</sup>, que se preocupam em garantir que o fato ocorrido no mundo físico guarde consonância com o fato que se obtém na relação processual, decorrente da dilação probatória.

Com fins a viabilizar a descoberta da verdade material<sup>1041</sup>, substancial ou real, foram desenvolvidos diversos dos mais importantes institutos do direito processual, dentre eles a prova. Observe-se que, ao conceituar a prova, Lent<sup>1042</sup> ressaltou sua função de convencimento do juiz a respeito da verdade ou falsidade de uma afirmação. Outro instituto processual de grande relevância era a coisa julgada, fundada na presunção de verdade sobre os fatos versados na sentença, obtida por intermédio do silogismo judicial<sup>1043</sup>.

A reconstrução dos fatos no processo, com fins a viabilizar a decisão judicial, apresenta-se como pressuposto da legitimação das decisões judiciais, eis que tornar-se-ia difícil fazer com que a população tivesse crença em decisões que não declarassem a realidade da hipótese sobre a qual se aplicou a norma. Sobre essa raiz, funda-se a doutrina processual da verdade substancial.

Essa posição, sempre aplicada com maior força no direito penal, foi desenvolvida desde a Roma antiga, quando era possível ao *iudex* (julgador) abster-se de decidir a questão que lhe era posta, desde que declarasse, sob

---

<sup>1039</sup> Ob. cit., p. 78.

<sup>1040</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, Ob. cit., p. 28.

<sup>1041</sup> CARLOS EDUARDO DA SILVA SERRA, *O problema da verdade material e a investigação judicial no âmbito da valoração das provas*. Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2010.

<sup>1042</sup> *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano, 1962, p. 197.

<sup>1043</sup> MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.3. 15.ed.; São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

juramento, que os fatos não estavam suficientemente aclarados<sup>1044</sup>. Atualmente, semelhante papel é desempenhado pelo regime de ônus da prova, mitigado, entretanto, pela atuação mais efetiva do juiz no processo, a fim de permitir-lhe uma posição mais ativa na colheita da prova, com fins a viabilizar a descoberta da verdade real, necessária à devida prestação jurisdicional.

Não obstante, desde já é importante frisar que a obtenção da verdade absoluta apresenta-se como algo meramente utópico e ideal, e, no processo, a participação de diferentes sujeitos contribui para que o conteúdo probatório não reproduza exatamente os fatos passados, como efetivamente ocorreram<sup>1045</sup>.

Durante algum tempo, a doutrina processual procedeu a uma distinção entre as formas em que o processo penal e o processo civil deveriam analisar a questão da verdade. Nesse ínterim, sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial e o processo civil se satisfazia com a verdade formal. A distinção foi bem definida por Arruda Alvim<sup>1046</sup>, ao lecionar que a verdade formal, ao contrário da verdade substancial, é aquela refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial.

Diversamente da noção de verdade real, a verdade formal não pretende a identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto, habituando-se mais a uma verdadeira ficção da verdade. A aplicação do princípio da verdade formal ao processo civil baseia-se na premissa de que esse ramo do Direito lida com bens menos relevantes que o processo penal, podendo, portanto, contentar-se com um menor grau de segurança e satisfazendo-se com um grau de certeza aquém daquele necessário para a aplicação do direito penal.

Contemporaneamente, tal distinção perdeu parte de seu brilho, sendo corretamente rechaçada de forma sistemática por boa parte da doutrina, tendo em vista que os interesses, objeto da relação jurídica processual penal, não possuem qualquer particularidade que autorize a utilização de um método de reconstrução dos fatos que seja diverso do adotado no processo civil. Afinal, se o processo penal está intimamente ligado à liberdade do indivíduo e à proteção de interesses

---

<sup>1044</sup> MARINONI e ARENHART, Ob. cit., p. 31.

<sup>1045</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*. Ob. cit., p. 407.

<sup>1046</sup> *Dogmática jurídica e o novo código de processo civil*. repro. n.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1976, p. 99.

juridicamente de acentuada relevância, o processo civil também atua com direitos fundamentais da pessoa humana como as relações familiares, capacidade jurídica, personalidade, interesses difusos, coletivos e metaindividuais, dentre outros.

Devido a essa inconsistência, a verdade formal foi paulatinamente perdendo seu prestígio no seio do processo civil. Falar-se em aplicação da verdade formal significa dizer que a decisão judicial fundou-se em uma verdade que pode expressar uma não verdade. Conforme a lição de Villey<sup>1047</sup>, a verdade apresenta-se como um conceito absoluto, ou é ou não é; a verdade formal apresenta-se como verdade parcial, imperfeita ou incompleta, por simples questão de lógica, não podendo ser considerada no conceito, o qual apenas é atingido na base da verdade substancial. Assim, a doutrina moderna critica tal distinção, defendendo que a aplicação da verdade formal já não demonstra utilidade prática ao processo civil, apresentando-se como um mero argumento a sustentar uma posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos, o que não mais tem fundamento no atual objetivo de realização da justiça.

Sob o escólio de Humberto Theodoro Júnior<sup>1048</sup>, o sistema não quer dizer que o magistrado possa desenvolver sua atividade de forma arbitrária, uma vez que a finalidade do processo é a justa composição do litígio, a qual só pode ser alcançada quando se baseia em uma verdade real ou material e não na presumida por padrões de avaliação da prova, previamente dispostos.

No ordenamento jurídico brasileiro, aparentemente, a interpretação meramente gramatical do artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015, ao autorizar o juiz a se utilizar de todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, pode levar ao entendimento de que a lei contentou-se com a existência da verdade formal para o processo civil. Entretanto, não se olvide que a interpretação da referida norma legal há de ser realizada de forma sistemática, em conjunto com a norma do artigo 370, do mesmo diploma legislativo, no qual se ordena que o juiz, de forma oficiosa, determine as provas necessárias à instrução do feito, postura esta que repete a

---

<sup>1047</sup> *Réflexions sur la philosophie et le droit: lês carnets*. Paris: PUF, 1995, p. 1.

<sup>1048</sup> *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 26.

tendência manifestada no artigo 156 do Código de Processo Penal, que outorga ao magistrado poderes para determinar de ofício diligências referentes a dúvidas existentes sobre pontos relevantes à causa<sup>1049</sup>.

Embora a moderna teoria processual esteja calcada no ideal de verdade como único caminho a conduzir a justiça, como pressuposto para aplicação da lei ao caso concreto, não se pode olvidar que a ideia de atingir a verdade absolutamente real sobre determinados acontecimentos, por meio da dilação probatória no processo, apresenta-se como uma inegável utopia, eis que a essência da verdade mostra-se como intangível. Assim já afirmava Voltaire<sup>1050</sup>, ao lecionar que “lês vérités historiques ne sont que dês probabilités”<sup>1051</sup>, conceito reafirmado por Miguel Reale<sup>1052</sup> ao desenvolver a definição de “quase-verdade”.

Realmente não se acredita em uma absoluta reconstrução dos fatos ocorridos no passado, eis que na produção das provas estes sempre virão influenciados por aspectos subjetivos das pessoas que a eles assistiram, ou ainda do juiz, que procede à valoração da prova. Apesar de se exigir do magistrado uma ativa atuação na busca da verdade, certo é que esse também não pode ser considerado um ser divino, ante a falibilidade humana, à observância da produção das provas apenas pelos meios legalmente permitidos e, ainda, à própria divergência de manifestações e apresentações realizadas pelas partes e demais envolvidos no feito, cada uma sob sua própria perspectiva.

Nessa análise, uma das grandes soluções ao problema foi idealizada por Calamandrei<sup>1053</sup>, no sentido de que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento encontra-se limitado pela relatividade própria da natureza humana, fundando sua decisão não na descoberta da verdade, mas, sim, da verossimilhança, ou seja, da aparência de verdade atingida de acordo com as provas colacionadas ao processo e da aplicação das máximas da experiência.

---

<sup>1049</sup> MANUEL GALDINO DA PAIXÃO JÚNIOR, *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249.

<sup>1050</sup> *Apud* MARINONI e ARENHART, Ob. cit., p. 36.

<sup>1051</sup> Tradução livre: As verdades históricas não são mais que hipóteses.

<sup>1052</sup> *Verdade e conjectura*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, pp. 17-18.

<sup>1053</sup> *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1955, pp. 169-170.



As máximas de experiência<sup>1054</sup> são regras que expressam o que acontece na maioria dos casos, ou seja, regras extraídas de casos similares. A experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre os fatos com base no qual emerge o raciocínio de que, em casos similares, existem idênticos comportamentos humanos. Nesses casos, o juiz aplica um raciocínio do tipo indutivo quando examina casos análogos e formula uma regra de experiência. Sucessivamente, o juiz aplica um raciocínio dedutivo, aplicando ao caso em exame a regra geral anteriormente obtida.

O conceito clássico de máximas da experiência (*Ehrfahrung-satz*) foi formulado, pela primeira vez, pelo doutrinador alemão Friedrich Stein<sup>1055</sup>, em 1893, em memorial trabalho intitulado *El Conocimiento Privado del Juez*, no qual se afirmou tratar-se de *definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral*, desligados dos fatos concretos julgados no processo, advindos da experiência, independentes dos casos particulares tratados, mas que, por meio deles, pretende ter validade para outros casos novos. Seriam, portanto, de certa forma, um conjunto de juízos de valor, formado a partir da observação do que ordinariamente acontece, por meio do método indutivo, elaborado em abstrato pelo magistrado, guardando tal convencimento para si.

Entretanto, com acerto, a doutrina processual dominante ainda insiste em defender a aplicação do conceito de verdade, eis que apenas um fato pretérito

---

<sup>1054</sup> Sobre o tema, vide FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA, *Máximas de experiência no processo civil*. Aracaju: Evocati, 2006; e LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 301-304. JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controle do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit., pp. 783-784 e 795, ao abordar a definição, funções e limites das máximas de experiência, leciona que as máximas ou regras de experiência constituem proposições gerais e hipotéticas fundadas sobre o *quod plurimumque accidit*, que, enquanto tais, operam como regras de inferência, garantindo a “passagem” de um fato ou dado ao resultado probatório do fato controvertido, inicialmente desconhecido. As máximas seriam assim um meio de prova (a prova, através do meio próprio, v.g., documentos testemunhos) que traduz a revelação de um fato e de um raciocínio, os quais conduzem à conclusão de que outro fato, estreitamente ligado àquele, também ocorreu. Em continuidade, assevera que embora não sejam as máximas um meio de prova propriamente dito, como os demais previstos na lei, na presunção judicial existe a prova de um fato (indiciário) e o raciocínio que conduz à conclusão de que outro fato, ligado àquele, também ocorreu. A homogeneidade, a constância ou a uniformização de eventos ocorrida num certo número de situações implica na formação de juízos constitutivos da experiência interindividual ao nível do senso comum. As máximas de experiência seriam, assim, o resultado de uma inferência indutiva do particular/singular para o geral/abstrato, por meio da medição de um ou conceito: a semelhança.

<sup>1055</sup> *El conocimiento provado del juez*. Trad. André de La Oliva Santos. 2.ed.; Bogotá: Temis, 1988, p. 27.

devidamente ocorrido poderá gerar a aplicação da norma abstrata e a consequência prevista no ordenamento jurídico. Permitir que o juiz aplicasse a norma e as eventuais sanções dela decorrentes, baseado apenas em uma realidade fundada na verossimilhança, enseja a perda de legitimidade da atuação jurisdicional, já que o fato poderia ter ocorrido de forma diversa, ensejando decisão em sentido diferente.

Apesar do respeito à tese de Calamandrei, não se concorda com a posição de que, para a decisão do processo, basta a presença da verossimilhança como demonstração de uma simples verdade possível. Apesar de a verdade absoluta mostrar-se como inatingível, deve-se sempre buscar a melhor verdade possível<sup>1056</sup> dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesma, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade.

A solução talvez cabível seja a aplicação, em sede processual, de um fundamento oriundo de outras áreas do conhecimento, capaz de se adequar às necessidades da ciência e às possibilidades da cognição humana, como a teoria da verdade, desenvolvida pelo filósofo Jurgen Habermas<sup>1057</sup>, a qual a compreende como um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes – *a verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação*, no caso dos litigantes.

Partindo-se dessa lógica, a construção da verdade deve ser desenvolvida por intermédio de um procedimento de argumentação e colaboração entre os litigantes e a atuação do magistrado na tentativa de se atingir a essência da

---

<sup>1056</sup> Por verdade possível entenda-se a verdade alcançável no processo, que coloque o magistrado o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, a qual se dará pela ampla produção das provas, inclusive as determinadas de ofício, com respeito aos limites legais. Sobre o tema, vide LIANE TERESA ANDRADE COSTA, *A simples e provável verdade processual: contornos, perfil e expressões de uma verdade «possível»*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013; e MANUEL TOMÉ SOARES GOMES, *Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*. Revista do CEJ. n.3. Lisboa: 2º sem., 2005, pp. 127-168.

<sup>1057</sup> *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. v.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

verdade processual possível, que guiará a aplicação da lei ao caso concreto e à realização da justiça.

Não obstante termos conhecimento da tese de que a verdade processual é efetivamente uma verdade formal, que pode ser ou não a verdade historicamente verificada<sup>1058</sup>, entendemos que não se trata de construir no processo uma verdade fictícia, ou uma verdade processual que procure superar o binômio verdade formal/verdade material, mas apenas em proceder à possibilidade de constatação pelo julgador no sentido de que esse possa fundar-se, dentro de suas limitações humanas, nos fatos e direitos efetivamente ocorridos da maneira pela qual foram demonstrados no processo. Este é justamente o objetivo da valoração da prova: averiguar a verdade na medida do que seja humana e juridicamente possível<sup>1059</sup>.

Portanto, ainda que se admita que as restrições no processo civil sejam em maior número e com maior intensidade do que as presentes no processo penal, em ambos só se revela possível a existência de uma única verdade, manifestada como aquela processualmente alcançável, e o diferente tratamento tradicionalmente dado a essas duas áreas do Direito, falando-se em verdade real para o processo penal e em verdade formal para o processo civil, já se demonstra ultrapassado.

Para Jorge de Figueiredo Dias<sup>1060</sup>, a verdade formal e a verdade material são dois conceitos operativos ou instrumentais do próprio conceito de verdade processual, ou seja, daquela que se logra atingir durante o tramitar de um processo, concretizando, desse modo, uma única verdade. E conclui o citado autor pela inexigência de verificação de uma verdade absoluta ou ontológica, mas antes de uma verdade judicial, prática e, sobretudo, obtida de forma processualmente válida.

Especificamente no âmbito do processo civil, Remédio Marques<sup>1061</sup>, defende não ser esse processo o mecanismo adequado para obter uma certeza absoluta em torno das alegações sobre os fatos controvertidos, asseverando que

---

<sup>1058</sup> PAULO SARAGOÇA DA MATTA, Ob. cit., p. 233.

<sup>1059</sup> JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., pp. 23-24.

<sup>1060</sup> Ob. cit., p. 194.

<sup>1061</sup> *Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes*. Ob. cit., p. 817.

a “verdade processual” (que é um valor essencial, já que nenhuma decisão pode ser justa se for baseada numa reconstrução errada ou falseada) é uma verdade contextualizada e relativa, em função dos conhecimentos ou informações disponíveis pelo julgador, cujos resultados probatórios e juízos que dele resultam, ao invés de serem verdadeiros, podem ser tidos e aceitos como verdadeiros. Afinal, só desse modo, a função instrumental da prova pode melhor servir a função teleológica da verdade.

Assim, verdade, por óbvio, é uma só. A utilização dos termos verdade material ou verdade formal nada mais é do que uma tentativa de justificar as limitações impostas ao magistrado ou tribunal, na busca da verdade dos fatos. Por conseguinte, em um sistema puramente dispositivo, o magistrado estaria adstrito à verdade trazida à discussão processual pelas partes, enquanto que em um sistema misto, integrado pelo princípio da cooperação, o julgador tem poderes mais amplos na busca da realização de provas para atingir a almejada verdade.

#### **8.4. O dever de colaboração das partes e do juiz para a elucidação da verdade**

Já se defendeu que o juiz deveria ser considerado como único destinatário da prova no processo civil. Entretanto, a visão ceticista de interpretação do direito, ao enfrentar o tema do direito à prova, vai bem além do julgador como seu único destinatário, aspecto que privilegia o processo de corte cooperativo, segundo aquilo idealizado pelo Estado Constitucional de Direito, pois assegura o respeito às alegações das partes. Dizendo de outro modo, considerando que não há confusão entre texto e norma, a democracia, no Estado Constitucional, só é plena se as partes puderem influenciar diretamente no sentido a ser atribuído ao texto, ou seja, na própria reconstrução da norma<sup>1062</sup>.

---

<sup>1062</sup> JULIO CÉSAR GOULART LANES e FABRÍCIO COSTA POZATTI, *O juiz como o único destinatário da prova (?)*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 96.

Conforme se refere Alexandre Mário Pessoa Vaz<sup>1063</sup>, o ativismo judiciário constitui o ponto de viragem para as reformas processuais ocorridas durante o século XX, sendo sob essa luz que se deve analisar a clássica problemática da delimitação dos poderes do juiz e das partes – um dos temas mais complexos e transcendentais da atual Teoria Geral do Processo Civil.

No Brasil, a interpretação de que o juiz é o único destinatário da prova encontra-se com seus dias contados com o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro. Os artigos 370 e 371, correspondentes aos revogados artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973, apresentam algumas alterações. As regras para a admissibilidade da prova e para a valoração passam a ser diversas e não se confundem. O artigo 370 trata da admissibilidade da prova, enquanto o artigo 371, exclusivamente, da valoração da prova produzida. Assim, não poderá o julgador indeferir determinada prova por já se encontrar convencido a respeito da alegação de fato a provar, aproximando o texto processual do texto constitucional, que outorga direito fundamental à prova admissível, não a condicionando à prévia valoração judicial.

Tal perspectiva contribui para a compreensão do princípio da colaboração e para a sua aplicabilidade relativamente ao tema do direito à prova. A regra prevista no artigo 378 do Código de Processo Civil de 2015, a qual, embora se limite a repetir o texto do artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973, ganha ainda, na nova sistemática processual, uma maior relevância. Diz referido dispositivo legal que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Portanto, todo cidadão, todas as pessoas, sejam ou não partes, têm o dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo-lhe ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que lhes forem determinados<sup>1064</sup>, sujeitando-se, inclusive, a sanções processuais e até criminais, em caso de descumprimento deste dever<sup>1065</sup>.

---

<sup>1063</sup> Ob. cit., pp. 298-299.

<sup>1064</sup> FERNANDO SILVA PEREIRA, Ob. cit., p. 240.

<sup>1065</sup> Na legislação brasileira são exemplos de sanção a busca e apreensão (art. 403, parágrafo único, do Código de Processo Civil) e o crime de desobediência (art. 330, do Código Penal).

Afinal, o modelo processual civil consagrado no século XX não substituiu o monopólio das partes pelo monopólio do juiz, quanto à delimitação dos poderes processuais. Ao invés, influenciado pelo princípio da boa-fé objetiva, procedeu a afirmação de um princípio de cooperação entre aqueles sujeitos, por entender que esse sistema é aquele que melhor favorece a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio<sup>1066</sup>.

Quer dizer que a participação do julgador, assim como a das partes, está diretamente relacionada à busca da verdade<sup>1067</sup>, ainda que seja ela a “processual possível”. Nesse exato sentido, importante a contribuição de Daniel Mitidiero<sup>1068</sup> que, ao apresentar o modelo processual de corte cooperativo, indica que “a verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la”.

Com efeito, a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, independentemente, como sabido, da existência de outras finalidades. Não se está tratando de uma verdade absoluta – a qual, embora sedutora, configura-se inatingível -, mas da busca da verdade possível, a qual, no Estado Constitucional, deve servir como norte ao processo, uma vez que transcende o individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo jurisdicionado em litígio, senão que pelo coletivo, ou seja, pela sociedade. Busca-se, pois, a prolação de uma decisão justa para as partes no processo e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo<sup>1069</sup>.

Importa, assim, apreciar o dever de colaboração das partes instituído pelo princípio da colaboração. É cediço que o Estado deve solucionar os conflitos de interesses com a finalidade de aplicar o direito. Para tanto, a sociedade deve

---

<sup>1066</sup> FERNANDO SILVA PEREIRA, Ob. cit., p. 112. Analisando o art. 524º, do Código de Processo Civil português de 1939, com relação ao dever de cooperação das partes para averiguação da verdade, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Ob. cit., pp. 319-331 já ensinava que todos tinham o dever de prestar cooperação para a descoberta da verdade e a boa administração da justiça, sob pena de aplicação de sanções.

<sup>1067</sup> Sobre o dever de colaboração da parte com a descoberta da verdade, vide ISABEL ALEXANDRE, Ob. cit., pp. 83-87.

<sup>1068</sup> *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Ob. cit., p. 114.

<sup>1069</sup> JULIO CÉSAR GOULART LANES e FABRÍCIO COSTA POZATTI, Ob. cit., p. 100.

também ministrar meios para que a decisão judicial seja proferida de forma mais adequada. Daí resulta que o dever de colaboração das partes decorre da própria sujeição de todos ao poder estatal. Os poderes de instrução, de disciplina e de direção da causa atribuídos ao juiz de pouco valeriam, na prática, para a boa decisão do pleito, se não fossem acompanhados da imposição de um dever jurídico correspondente às partes e aos terceiros – a cooperação. É exatamente com o fim de assegurar a conveniente eficácia dos poderes do juiz, ligados à concepção publicística do processo, que a lei impõe às partes o dever de colaboração na descoberta da verdade<sup>1070</sup>.

A parte tem o ônus de provar e não a necessidade de produzir provas para obter um resultado favorável. Desse modo, a ideia de ônus da prova significa apenas que a não produção da prova pode, ainda que com probabilidade, apenas eventualmente resultar em julgamento desfavorável<sup>1071</sup>. A regra do ônus configura, assim, um indicativo à parte de que a produção da prova lhe confere maiores chances de obter um julgamento favorável. Segundo a doutrina de Menezes Cordeiro<sup>1072</sup>, esse ônus permitirá ao julgador decidir quando nada se apure, de definitivo, quanto aos fatos discutidos no processo, demonstrando quem perde, na hipótese de falta de provas.

Antes de qualquer manifestação judicial, o ordenamento jurídico sempre oferece à parte a oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade de fatos relevantes à acolhida de sua pretensão ou defesa. Somente após a parte não fazer uso dos meios processuais e probatórios que lhe foram oportunizados, é que o magistrado aplicará a determinação da realização de provas de ofício, ou mesmo o emprego de mecanismos relativos ao ônus da prova.

Se é certo que o juiz deve buscar se convencer da verdade, também é correto que sua convicção se faz com base na argumentação das partes e nas provas produzidas nos autos, inclusive aquelas cuja produção foi determinada de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima essa decisão judicial, ou mesmo a coisa julgada eventualmente dela decorrente, é a

---

<sup>1070</sup> V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., p. 477.

<sup>1071</sup> MARINONI e ARENHART, Ob. cit., p. 187.

<sup>1072</sup> *Tratado de direito civil*. Ob. cit., p. 465.

devida participação dos sujeitos processuais por meio do contraditório e da colaboração, e a atuação conjunta do juiz.

Sob essa ótica, no plano probatório, o princípio do contraditório exige a garantia às partes, de forma igualitária, da faculdade de propor e realizar todos os meios de prova que se mostrem potencialmente relevantes para a apuração da realidade dos fatos ligados à causa, bem como na possibilidade de pronunciamento dos litigantes sobre todas as provas produzidas no processo. Já no plano das questões de direito, o contraditório exige que, antes da decisão judicial, seja facultada aos litigantes a discussão efetiva dos fundamentos jurídicos em que a decisão possa se basear.

De outra senda, no que se refere ao princípio da cooperação, saliente-se que os litigantes devem cooperar entre si e com o magistrado para que se possa apurar a verdade dentro do processo, propiciando a este realizar sua função, inclusive em um prazo razoável, realizando essa colaboração nos planos material e formal, conforme defendido por José Lebre de Freitas<sup>1073</sup>. Esse dever de cooperação para a descoberta da verdade, radicado pelas próprias partes, constitui emanação do dever geral de cooperação, consagrado no artigo 266º, do Código de Processo Civil português de 1961<sup>1074</sup>, bem como no artigo 7º, do novo Código de Processo Civil português – Lei nº. 41, de 26 de junho de 2013. No Brasil, referido princípio encontra-se atualmente disposto no artigo 6º, do novo Código de Processo Civil – Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde um ano a partir da data de sua publicação.

Apenas sob a ótica de realização da verdade por intermédio da prova, decorrente do desenvolvimento de uma relação processual dialética, na qual, além do respeito ao contraditório, as partes procurem agir de forma a cooperar entre si e com o julgador, poder-se-á atingir uma decisão pertinente e adequada, que realize os objetivos de aplicação da justiça.

Como realça Antunes Varela<sup>1075</sup>, existe uma responsabilidade especial do juiz no que tange ao julgamento da matéria de fato, a qual poderá determinar uma responsabilidade social específica do julgador, tendo em vista que, por mais

---

<sup>1073</sup> *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. Ob. cit., pp. 164-167.

<sup>1074</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *et all*, *Código de processo civil anotado*. v.2. Ob. cit., p. 439.

<sup>1075</sup> *A responsabilidade pessoal dos juízes*. Revista de legislação e jurisprudência, n.3874, pp. 10-11.



correta que seja a interpretação das normas examinadas pelo magistrado, e por mais completo e exato que seja o conhecimento do sistema revelado pelo julgador, a sentença será sempre injusta se ela der como verificado o fato essencial que na verdade não se verificou.

Diante da análise realizada, pode-se afirmar, indubitavelmente, que o juiz não é e não pode ser considerado como o único destinatário da prova. O processo, no Estado Constitucional de Direito, ultrapassa a amplitude individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo demandante, mas por toda a sociedade. A verdade, ainda que relativa, tem que ser concebida como uma finalidade essencial do processo, sendo uma condição imprescindível para a concretização de um processo justo. Por tal razão a existência de um contraditório forte, que enseje um direito à prova, baseado em um processo de corte cooperativo, mostra-se indispensável.

### **8.5. Poderes instrutórios do juiz e ônus da prova**

Um dos mais importantes princípios que domina o direito probatório é o da livre iniciativa do juiz em matéria probatória. Se por um lado, o tribunal tem sempre que cingir-se apenas aos fatos fundamentais alegados pelas partes, ante ao respeito ao princípio dispositivo – que determina o ônus da afirmação -, por outro, em relação aos fatos fundamentais alegados, o magistrado goza do poder de realizar diretamente ou ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade. Por consequência, dentro da área delimitada pelas alegações das partes, vigora o princípio fundamental correspondente ao sistema inquisitório<sup>1076</sup>. Tal interpretação leva à consagração de um sistema processual misto, com viés, nitidamente, cooperativo.

Diz-se que as regras referentes ao ônus da prova implicam limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova. Tais poderes somente seriam aplicados, portanto, se, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em

---

<sup>1076</sup> V. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, Ob. cit., p. 474.

estado de dúvida, impossibilitando-o de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre ônus da prova.

O poder instrutório do juiz não se encontra subordinado às regras sobre o ônus da prova e não as afeta, visto que são questões a serem resolvidas em momentos diversos. A rigor, a incidência das normas de distribuição do ônus da prova se dá exatamente em situações de insuficiência de provas.

Verifica-se, portanto, o equívoco cometido por aqueles que defendem a exclusividade das partes sobre a instrução probatória, sob o argumento de que a concessão de poderes instrutórios ao magistrado implicaria eliminação das regras do ônus da prova ou violação da imparcialidade<sup>1077</sup>. Se o resultado da atividade probatória desenvolvida no feito se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelos litigantes, irá ele decidir de acordo com as provas trazidas para os autos, sem se importar com quem as produziu. Quando porém, o resultado for negativo, ainda que os integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, tenham esgotado os esforços probatórios, incidirão as normas que disciplinam o ônus da prova. Tal preocupação o juiz terá somente no momento de julgar.

Não há dúvidas de que a atividade probatória do juiz<sup>1078</sup> pode diminuir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição do ônus da prova, em decorrência da obscuridade dos fatos. Se, além das partes, também o magistrado desenvolve esforços para obtenção da prova, aumenta a possibilidade de esclarecimentos dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de utilização da distribuição dos encargos probatórios. Na verdade, amplia a possibilidade de um julgamento correto, conforme a vontade do legislador. As regras sobre o ônus constituem a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir – princípio do *non liquet*. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os

---

<sup>1077</sup> Tratando do tema no direito italiano, vide LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*. Ob. cit., pp. 136-149. No direito espanhol, vide RODRIGO RIVERA MORALES, Ob. cit., pp. 137-139.

<sup>1078</sup> Sobre o tema, vide ARRUDA ALVIM, *Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova*. Ob. cit., pp. 97-110.

provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a relação existente entre o ônus da prova e o poder instrutório do juiz<sup>1079</sup>.

Deve-se ressaltar, porém, que os poderes instrutórios do juiz de maneira alguma importam em retirar das partes o ônus de deduzir os fatos com que pretendem demonstrar o seu direito. Cabe às partes a exposição da fonte de prova e a comprovação dos fatos com os quais o juiz vai decidir. Diversa é atividade desenvolvida pelo juiz para que seu provimento se aproxime o máximo possível da verdade, para que sua decisão seja justa.

Poder-se-ia argumentar que, se os demandantes mantiveram-se silentes, não houve interesse no cumprimento do encargo probatório. Esse argumento impressiona, mas não convence. Entre as funções do juiz está o respeito e estímulo da participação das partes, inclusive quanto à conciliação em relação ao mérito do processo, não sendo crível entender que a distribuição do ônus da prova não possa ser decidida de modo compartilhado. Além disso, vem sendo construída toda uma argumentação principiológica para demonstrar a necessidade de um modelo cooperativo de processo, com uma atuação paritária do juiz e das partes, o que é adequado também para a administração das regras sobre ônus probatório.

Os contornos do modelo processual cooperativo decorrem do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, em que se inclui o juiz no diálogo processual - a condução do processo não se mantém ao livre arbítrio das partes e muito menos se outorga um papel inquisitorial ao juiz. O processo mantém-se simétrico até a prolação da sentença, quando, por se tratar de ato exclusivo da autoridade estatal, incide uma função eminentemente assimétrica, mas que está submetida igualmente a deveres decorrentes do devido processo legal.

A omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz resulta em influência negativa no resultado do julgamento, aprofundando as desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões

---

<sup>1079</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., pp. 111-146.

decisórios que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal<sup>1080</sup>. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico compromisso com a fundamentação.

Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrolo do critério judicial é absoluto e o arbítrio será contestado; se for considerado um dever ou um poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão de que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse intrigante tema, revelando como o maquiagem é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisa ser debatida e refletida.

A respeito, Leonardo Greco<sup>1081</sup> observa que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material discutido em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre os litigantes e à paridade de armas, para que um deles, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação ao outro quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; c) à preservação da

---

<sup>1080</sup> ROBSON RENAULT GODINHO, *A autonomia das partes e os poderes do juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. Ob. cit., p. 596.

<sup>1081</sup> *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. MEDINA, José Miguel Garcia, *et all.* Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 292.

observância dos princípios e garantias fundamentais inerentes ao processo no Estado Democrático de Direito.

Nessa mesma seara, novamente surge a questão da contraposição entre o ativismo judicial na dinamização do ônus probatório – o qual encontra semelhantes raízes aos poderes instrutórios do juiz – e a manutenção da imparcialidade do julgador ao determinar uma flexibilização da carga probatória, que poderá vir a favorecer um dos litigantes.

#### **8.6. Superação da antinomia entre princípios - razoabilidade/proporcionalidade, ponderação de valores e interpretações sistemática, teleológica e criativa do direito**

Segundo os ensinamentos de Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora<sup>1082</sup>, não há, na lei processual civil, nenhuma disposição que estabeleça critérios especiais para a interpretação do direito adjetivo, ou mesmo a natureza específica da relação processual impõe quaisquer desvios aos princípios gerais por meio dos quais deve reger-se a interpretação das leis. Nesse ínterim, analisando um ordenamento jurídico resta claro que, em certas situações, os princípios podem entrar em choque, precisando o intérprete ter elementos para harmonizá-los no conflito, afastando-se o risco de cair-se em meros decisionismos. Isso é efetivamente o que ocorre quando se contrapõem o ativismo judicial utilizado na dinamização do ônus da prova e o princípio da imparcialidade do magistrado.

De modo geral, pode-se dizer que princípio é o que está no início de algo, o que dá origem a alguma coisa, aquilo que fundamenta uma estrutura. Ou como versa Nicola Abbagnano<sup>1083</sup>, um “elemento constitutivo das coisas”, cujo vocábulo na filosofia moderna tende a ser substituído por axioma ou postulado.

---

<sup>1082</sup> Ob. cit., p. 42.

<sup>1083</sup> *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 792-793.

O princípio jurídico, numa visão inicial, é o alicerce do Direito. No entanto, o que significa isso, como o princípio deve ser entendido e qual a extensão de sua aplicação, não têm sido compreendidos de maneira uniforme<sup>1084</sup>.

Um princípio contido na Constituição tem mais peso que o encampado por uma norma infraconstitucional pelo simples fato de que, na hierarquia normativa, a Constituição vale mais que a lei<sup>1085</sup>. Assim, num eventual conflito, naturalmente, a regra constitucional prevalece sobre a legal. Entretanto, inexistindo esse conflito, o princípio legal tem tanto valor como o constitucional, devendo ambos ser respeitados. Não existirá conflito entre princípio constitucional e legal, quando cada um tratar de matérias diferentes, ou quando um regular o tema de maneira mais geral, e o outro a desenvolver de maneira mais específica<sup>1086</sup>.

Mas, ocorrendo um conflito entre princípios, a técnica da ponderação de valores mostra-se, quase sempre, como a melhor alternativa para a sua resolução. Pode ocorrer conflito entre princípios e, neste caso, o intérprete deve balancear os valores em causa, para ver qual deles deve prevalecer no caso analisado.

Consoante a lição de Robert Alexy<sup>1087</sup>, a principal diferença entre os princípios e as regras jurídicas está na forma de tratamento dos conflitos entre as espécies de normas. Segundo esse entendimento, enquanto princípios conflitantes (e os valores neles expressos) podem coexistir em um mesmo ordenamento jurídico, por meio de juízos de ponderação, as regras colidentes se excluem, ou seja, é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

O que aqui importa salientar é que, no conflito entre princípios, um não faz desaparecer o outro, que poderá ter aplicação a outro caso em que os mesmos valores da situação precedente não estejam em disputa. Essa ponderação para a verificação do princípio que prevalece sobre o outro, sem o invalidar, é que se mostra tarefa difícil, que conta com auxílio dos postulados.

---

<sup>1084</sup> JORGE EUSTÁCIO DA SILVA FRIAS, Ob. cit., p. 157.

<sup>1085</sup> Pensamento embasado na pirâmide normativa de HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. Ob. cit.

<sup>1086</sup> JORGE EUSTÁCIO DA SILVA FRIAS, Ob. cit., pp. 159-160.

<sup>1087</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 88-92.

Nesse diapasão, não se pode desprezar a advertência procedida por Hans Kelsen<sup>1088</sup>, ao lecionar sobre a interpretação das normas jurídicas, no sentido de que a interpretação jurídico-científica procura evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica compreenda apenas uma interpretação correta, aplicada a todos os casos. E continua o renomado autor austríaco, ao defender que essa ficção, da qual serve-se a jurisprudência tradicional para consolidar a segurança jurídica, deve ser realizada apenas de forma aproximada, tendo em vista a plurificação interpretativa da maioria das normas jurídicas.

Para garantir a resolução dos casos que envolvem conflitos de regras ou colisão de princípios, surgiu a hermenêutica, que pode ser entendida como a ciência da interpretação, ou o estudo de métodos usados pelos juristas na interpretação e aplicação de normas jurídicas, objetivando resolver as antinomias existentes entre elas.

Cumprе salientar que, apesar da distinção existente entre hermenêutica, interpretação e aplicação do direito, defendida por respeitáveis doutrinadores, as três definições demonstram-se extremamente correlatas quando da análise de questão envolvendo normas jurídicas, sendo impossível sua dissociação, sob pena de não atingir-se um resultado que garanta a efetivação da lúdima justiça. A esse respeito, célebre é a lição de Vicente Ráo<sup>1089</sup> quando explana que a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar, por meio de um método sistemático, os princípios científicos e leis que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas, além da restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação tem por objeto realizar, por meio de regras e processos especiais, esses princípios e essas leis científicas; a aplicação consiste na técnica de adaptação dos preceitos às situações de fato que se subordinam. Em substância, existe uma unidade conceitual e uma continuidade entre a hermenêutica, a interpretação e a aplicação, que devem ser devidamente consideradas, pois o direito, teórico, normativo ou aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência.

---

<sup>1088</sup> Ob. cit., p. 396.

<sup>1089</sup> *O direito e a vida dos direitos*. v.I. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 413.

Segundo regra elementar de hermenêutica, quando nos deparamos com duas normas constitucionais aparentemente em conflito, cabe ao intérprete compatibilizá-las, ao invés de simplesmente desconsiderar uma delas.

O método teleológico também deve ser utilizado para a conclusão sobre o aparente conflito de normas. A ideia básica da Escola Teleológica é a noção de fim, de finalidade ou utilidade social do Direito para servir à sociedade. O Direito seria, portanto, uma organização da utilidade do social, uma necessidade ou finalidade socialmente útil, a exigir consagração e proteção. Logo, o critério de interpretação aprofunda-se na busca ou pesquisa dessa utilidade, como princípio norteador<sup>1090</sup>.

Como é cediço, os instrumentos e critérios destinados à solução de conflitos de regras muitas vezes são insuficientes para resolução das antinomias envolvendo princípios, sobretudo porque nenhum princípio, ainda que constitucional, tem caráter absoluto. Essa colisão é matéria de extrema importância ao Direito Constitucional, devendo ser analisada com o máximo cuidado. Segundo Alexy<sup>1091</sup>, as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados, eis que enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como especialidade, hierarquia ou anterioridade, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.

Nesses casos, a utilização da técnica de ponderação de valores ou interesses é um método que se demonstra como um dos mais adequados à solução da questão. A ascendência de certos valores sobre outros resolveria a antinomia, por meio da identificação do bem jurídico tutelado das normas em contradição, da conjugação a determinados valores e da preferência à norma que consagre o valor dos princípios fundamentais<sup>1092</sup>.

---

<sup>1090</sup> DILVANIR JOSÉ DA COSTA, *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 100-101.

<sup>1091</sup> *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Revista de direito administrativo, nº.217: I-VI. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.,1999, p. 73.

<sup>1092</sup> AURÉLIO AGOSTINHO VERDADE VIETO, *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.



Assim, na colisão entre o princípio da imparcialidade e as normas constitucionais que fundamentam a atuação ativista do juiz na dinamização do ônus da prova, a utilização da ponderação dos valores demonstra-se como eficiente alternativa à solução do conflito.

Segundo a moderna doutrina, o resultado da interpretação constitucional deve ainda estar conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia. Deve existir uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são tidos como vanguardistas no âmbito da hermenêutica jurídica. Apesar da correlação existente entre eles, alguns teóricos e práticos do Direito procuram distingui-los sob o argumento inicial de que a razoabilidade desenvolveu-se no Direito norte-americano e a proporcionalidade, no Direito alemão, bem como justificando que seus modos de aplicação são diversos. Não obstante, observa-se que durante muito tempo, razoabilidade e proporcionalidade foram utilizadas no Supremo Tribunal Federal brasileiro de maneira indistinta.

No caso específico da proporcionalidade, pode ela ser entendida não como um mero princípio jurídico, mas como um instrumento metodológico para resolução de colisão entre princípios<sup>1093</sup>.

Impende salientar que, no ordenamento jurídico pátrio, o fundamento normativo da proporcionalidade pode ser demonstrado por intermédio dos princípios do Estado de Direito, do devido processo legal substantivo, bem como na noção de unidade da constituição, figurando como uma solução ótima para o problema da colisão. Ao contrário, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes<sup>1094</sup>, no Direito Português, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da não proibição de excesso, foi erigido a princípio constitucional expresso, consagrando-se no artigo 18º, nº. 2, da Carta Magna Portuguesa que dispõe: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

---

<sup>1093</sup> PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 14.ed.; São Paulo: Malheiros, 2004, p. 425.

<sup>1094</sup> O *princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogos Jurídicos. v.1, n.5. Salvador: agosto, 2001.

Ademais, para a correta aplicação da proporcionalidade, necessária se faz a observação de seus elementos, testes ou subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é entendida como a medida apta a promover a finalidade visada. A necessidade, como a verificação da existência ou não de outros meios disponíveis que menos restrinjam o princípio sobreposto. A proporcionalidade em sentido estrito, garante a observação sobre a pertinência da compensação entre a promoção do princípio que se sobrepõe e a restrição causada ao princípio afetado<sup>1095</sup>.

Por conseguinte, entende-se que a utilização da proporcionalidade pode gerar uma adequada solução à colisão dos princípios, também com relação à questão proposta no presente item, uma vez que sua aplicação, coligada à técnica da ponderação de valores, resulta em uma decisão mais justa e congruente com o contemporâneo sistema de interpretação constitucional, fundado nas novas técnicas da hermenêutica jurídica.

Nessa seara, afirma-se que a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas não atinge a imparcialidade do julgador, mediante uma interpretação realizada com base da ponderação de valores que objetiva um justo processo. Ao revés, é a solução que melhor realiza os ditames da hermenêutica constitucional, com a preservação da igualdade das partes, paridade de armas e do próprio devido processo legal.

Nesse íterim, Canaris<sup>1096</sup> leciona que a interpretação a partir do sistema externo apenas traduz, em certa medida, um prolongamento da interpretação gramatical, enquanto a argumentação baseada no sistema interno exprime um verdadeiro prolongamento da interpretação teleológica, em um grau que progrida da *ratio legis* à *ratio iuris*, colocando-se no mais alto nível entre os meios de interpretação.

Além da aplicação da técnica da ponderação de valores e do princípio da proporcionalidade, os métodos de interpretação sistêmico e teleológico também ensejam o mesmo resultado para o deslinde da questão. Essa interpretação

---

<sup>1095</sup> HUMBERTO ÁVILA, Ob. cit., pp. 165-170-173.

<sup>1096</sup> Ob. cit., p. 159.

sistemática é também tida por Canaris<sup>1097</sup> como um meio auxiliar metodológico, por intermédio do qual se podem evitar contradições de valores, na medida em que se interprete o teor dos diferentes preceitos em conformidade com o sistema, de modo unitário.

A utilização conjunta dos métodos sistemático e teleológico levam a uma “interpretação criativa do direito” também defendida por Canaris<sup>1098</sup>, na qual reconhecem-se os graus de obtenção do Direito por meio da complementação de lacunas e realização da adequação valorativa das diferentes normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Na eventual colisão de princípios, cabe ao magistrado aplicar o princípio da proporcionalidade, juízo de ponderação, para determinar qual valor, naquele caso concreto, deverá prevalecer. Não será por isso que o princípio posto de lado ficará comprometido em tese, pois sua incidência pode ter lugar em um outro caso, que apresente particularidades diversas<sup>1099</sup>.

Diante dessas considerações, poder-se-ia concluir que o juiz sempre pode exercer juízo de ponderação entre o valor da imparcialidade e o valor da melhor possibilidade de descoberta da verdade mediante a dinamização do ônus probatório, que denota tendência ao fortalecimento de seus poderes.

O que se espera da atuação probatória do magistrado, portanto, é o equilíbrio: não pode ser mero observador, mas não pode também converter-se em investigador de fatos não alegados, suprimindo a atividade da parte negligente e omissa.

Não há dúvidas de que, diante da tendência de aumento dos poderes probatórios do juiz, a melhor maneira de preservar a sua imparcialidade é submeter sua atividade probatória ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões.

---

<sup>1097</sup> CLAUS-WIHELM CANARIS, Ob. cit., pp. 208-209.

<sup>1098</sup> Ibid., pp. 212-216.

<sup>1099</sup> TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Nulidades do processo e da sentença*. 5.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 476.

## **8.7. A hermenêutica como solução à contraposição entre o ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e a imparcialidade do julgador – adoção do modelo processual cooperativo**

Perante tudo que já foi exposto no presente estudo, parece-nos que o tema discutido pode ser problematizado a partir da chamada “Nova Hermenêutica”. Isso porque, a partir dos atuais desenvolvimentos nessa área, percebeu-se que a atividade criativa-criadora do juiz sempre existirá, pois, mesmo nos tipos mais fechados haverá sempre abertura à interpretação, dada à inexistência de univocidade nas leis<sup>1100</sup>.

A aplicação do ativismo judicial na seara processual, especialmente no fomento à realização de um conjunto probatório mais efetivo deve ser aceita. Um ativismo processual movido não por um mero arbítrio, mas pela vontade de conferir às normas existentes a sua concretude constitucional, o que somente se mostra possível a partir da realização de uma hermenêutica que respeite a tradição, no sentido do termo empregado pelo filósofo alemão Hans-George Gadamer<sup>1101</sup> - “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto de maneira mais obstinada e conseqüente possível (...) O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais”.

O déficit democrático, em razão do qual as leis nem sempre espelham a vontade popular, bem como o flagrante descompasso que, muitas vezes, verifica-se entre as normas positivadas e o estado atual das relações e conflitos intersubjetivos, são fatores que contribuíram fortemente para o surgimento do ativismo judicial no Brasil.

Não obstante as críticas que se façam ao ativismo judicial, é importante perceber que o diagnóstico desse fenômeno exige a compreensão de dois outros

---

<sup>1100</sup> TÂNIA MARA AHUALLI e JAQUELINE SENA, Ob. cit., pp. 329-350.

<sup>1101</sup> *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7.ed.; Petrópolis: Vozes, 2005, p. 38.

fenômenos a ele subjacentes. Em primeiro lugar, é necessário assumir que a atividade interpretativa exercida pelo magistrado é eminentemente criativa, isto é, o juiz não descobre o sentido das normas, mas lhe atribui significação. Em segundo lugar, impõe-se o reconhecimento de que não há – e nem pode haver – neutralidade na prestação jurisdicional, seja porque o ato de interpretar não é neutro; porque o magistrado como ser historicamente situado, não pode permanecer inerte, como “convidado de pedra”, diante de normas que se mostrem descompassadas com a realidade social; ou porque o julgador não pode conduzir o processo como juiz “asséptico”, despreocupado com as assimetrias que muitas vezes se verificam entre as partes.

Defendendo o subjetivismo na interpretação ou na condução do processo, Kaufmann<sup>1102</sup> lecionara que a compreensão do sentido linguístico não é um processo puramente receptivo, mas sempre também, e antes de mais, uma autocompreensão do sujeito interpretante. Este se insere necessariamente no horizonte da compreensão e o seu conhecimento dependerá sempre também de quão credível ele próprio seja. Assim, qualquer tentativa de separar, nas ciências da compreensão, racionalidade e personalidade interpretante, está fadada ao fracasso. Só no processo pode haver direito justo o que é totalmente diferente da defesa de um infundado subjetivismo.

O ativismo deve assim ser compreendido como um agir proativo do magistrado, avesso a legalismos que possam provocar injustiças, atento à possibilidade de descompasso entre as expectativas sociais e o direito positivado, que conduz o processo de forma a atenuar as assimetrias existentes entre as partes e que está, sobretudo, atento ao fato de conferir concretude à ordem constitucional. Significa interpretar as normas legais e até mesmo as normas constitucionais pautado pelo sistema de valores positivados na norma fundamental, sobretudo com vistas à realização da dignidade da pessoa humana.

A atuação ativa do magistrado no âmbito processual reflete uma posição de agente mais efetivo na realização das provas, bem como quando de sua valoração. Para além da determinação oficiosa de provas, baseada em seus poderes instrutórios, o julgador deverá também, quando cabível e necessário,

---

<sup>1102</sup> *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.132.

dinamizar o ônus probatório, com fins a garantir a efetiva paridade de armas no desenvolvimento da relação processual, bem como a possibilidade de realização de um conjunto probatório que possa melhor demonstrar a verdade dos fatos. Não obstante, o juiz jamais poderá perder sua imparcialidade<sup>1103</sup> durante a tomada de tais providências.

Consoante os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>1104</sup>, “o direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber como e porque obedecemos, porque mandamos, porque nos indignamos, porque aspiramos mudar em nome de ideais, porque em nome de ideais conservamos as coisas como estão. (...). Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. (...)”.

Nesse diapasão, David Zimerman<sup>1105</sup> propõe interessante indagação: É possível que dois ou mais magistrados, igualmente sérios e capazes, ao confrontarem uma mesma situação, possam julgá-la de formas diferentes, em razão das distintas interpretações que conferirem ao texto frio da lei? Para responder a esta questão, faz-se preciso averiguar as causas e extensão do subjetivismo próprias às decisões judiciais. Verificar o verdadeiro papel a ser desempenhado pelo magistrado no constitucionalismo contemporâneo e os limites próprios à função judicial.

Na ciência psicanalítica, desenvolvida há cerca de um século, a partir de Sigmund Freud<sup>1106</sup> (1856-1939), foi desenvolvido o estudo dos fenômenos psíquicos e do comportamento humano no plano da normalidade (fisiologia) e da patologia. De maneira bastante simplificada, diz-se que no *id* encontra-se a parte sentida da vida (sentimentos); no *ego*, a parte racionada (razão); no *superego*, a parte apreendida da vida (memória).

---

<sup>1103</sup> Tratando da valoração de provas e da conservação da imparcialidade, discorrendo ainda sobre os cinco enfoques da prova (estritamente jurídico, epistemológico ou gnosiológico, psicológico, probalístico matemático e sociológico) e seus resultados, vide JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., pp. 95-149 e 165-178.

<sup>1104</sup> *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 21.

<sup>1105</sup> *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – A crise do Magistrado*. Aspectos psicológicos na prática jurídica. ZIMERMAN, David/COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Coords. Campinas: Millenium, 2008, p. 135.

<sup>1106</sup> *O Eu e o Id, “Autobiografia” e outros textos. [1923-1925]*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

De modo semelhante, a filosofia hermenêutica preconizada por Gadamer<sup>1107</sup> nos ensina que o intérprete sempre trabalha com conceitos prévios a respeito do objeto da interpretação. Não tem uma “mente em branco”, como uma “tábula rasa”, mas guarda, desde sempre, certa compreensão das coisas e do mundo. Aliás, somente é capaz de interpretar porque mantém um patrimônio prévio de ideias que lhe permite compreender as coisas postas à compreensão.

Assim, a absoluta neutralidade no processo interpretativo é, portanto, impossível de ser atingida. Como bem pontuou Eros Roberto Grau<sup>1108</sup>, a “neutralidade do intérprete só existe nos livros”. A falta dessa neutralidade não encerra, contudo, um mal odioso. Não se confunde com a parcialidade e não indica que o julgador será tendencioso na defesa dos interesses de uma das partes litigantes<sup>1109</sup>. Eros Grau<sup>1110</sup> explica que a norma existe em estado de potência na disposição normativa e o intérprete confere-lhe vida por ocasião de sua aplicação em um caso concreto. Isso porque, ao conjugar elementos do texto normativo, isto é, do mundo do “dever ser”, com elementos da realidade e de historicidade, isto é, mundo do “ser”, o intérprete “cria” o direito segundo sua capacidade e estado de alma.

Ainda a esse respeito, Gadamer<sup>1111</sup> pontua que o intérprete não precisa guardar uma neutralidade absoluta ou despir-se de todo o juízo prévio a respeito do tema posto a debate ou mesmo de suas convicções pessoais, o que seria, no plano prático, impossível. Basta guardar um espírito crítico suficientemente desenvolvido e de autoconhecimento.

Impende ressaltar que Fábio Konder Comparato<sup>1112</sup> bem colocou que se exige do julgador um *esprit de finesse*, de que falou Pascal. É preciso guardar a fina sintonia da consciência individual com as exigências éticas objetivamente expressas nas normas, além do aprimoramento das instituições.

---

<sup>1107</sup> Citado por LÊNIO LUIZ STRECK, *Hermenêutica jurídica em crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 210.

<sup>1108</sup> *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

<sup>1109</sup> ALESSANDRA LOPES SANTANA DE MELLO, Ob. cit., p. 43.

<sup>1110</sup> *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Ob. cit., p. 82.

<sup>1111</sup> Ob. cit., p. 43.

<sup>1112</sup> *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

A conjunção das manifestações supra acabam por revelar o desenvolvimento de uma “hermenêutica produtiva”, nos dizeres de Alessandra Lopes Santana de Mello<sup>1113</sup>.

Nesse diapasão, necessário ainda se torna salientar que norma jurídica e texto normativo não são sinônimos. A norma jurídica é construída a partir de elementos normativos e elementos da realidade. A norma não tem existência sem a realidade, conforme afirmado por Konrad Hesse<sup>1114</sup>. Para ele, a essência da norma reside em sua vigência, ou seja, sua pretensão em ser concretizada. Essa “pretensão de eficácia” (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.

Ao tratar da estrutura da norma, Friedrich Müller<sup>1115</sup> designa ser ela composta pelo programa e pelo âmbito, elementos estruturais que atuam conjuntamente e de forma dinâmica. O primeiro, programa normativo, consiste no dever a ser inserido no texto normativo. Já o segundo, o âmbito normativo, encerra o contexto do texto normativo, isto é, circunstâncias reais da vida humana que servem de pontos de referência, tais como os fatos e o ambiente social e histórico em que a norma deverá ser concretizada. A norma jurídica é, para ele, algo mais do que o texto de uma regra normativa. A normatividade é uma qualidade dinâmica da norma, no sentido de que tanto ordena a realidade que lhe subjaz (normatividade concreta), como é condicionada e estruturada por esta realidade (normatividade material). Por conseguinte, Direito e realidade estão verdadeiramente imbricados de maneira dinâmica e encerram a estrutura da norma.

Mas essa concretização da norma não se confunde com o arbítrio judicial. Ao lecionar sobre a discricionariedade judicial, Hans Kelsen<sup>1116</sup> já reconheceu que a determinação provinda de um texto normativo nunca é completa, mesmo se tratando de uma norma de escalão superior. Isso porque uma norma jurídica nunca pode ou consegue vincular seu emprego em todas as direções ou regulamentar todos os aspectos de sua aplicação. Tem sempre que ficar à

---

<sup>1113</sup> Ob. cit., pp. 44-52.

<sup>1114</sup> Ob. cit., p. 15.

<sup>1115</sup> *Teoria estruturante do direito*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

<sup>1116</sup> Ob. cit., p. 388.



margem, ora maior ora menor, da livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, um caráter de quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem, por mais pormenorizada que seja, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Assim, verifica-se que mesmo sobre a ótica de Hans Kelsen<sup>1117</sup>, reconhecido como juspositivista por excelência, a discricionariedade judicial é inevitável, na medida em que o juiz, ao proferir uma decisão, realiza verdadeiro ato de escolha. Para ele a interpretação não encerra mero ato intelectual de clarificação e de compreensão, mas ato de vontade e de justificação. O texto normativo a ser aplicado constitui assim, uma verdadeira moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de interpretação/aplicação e não uma única solução a ser extraída no processo de concretização da norma.

Na esteira desse entendimento, Norberto Bobbio<sup>1118</sup>, ao discorrer sobre os critérios de valoração das normas jurídicas, afirma que é perfeitamente possível encontrarmos normas jurídicas válidas no ordenamento, com conotação de injustas. Mesmo assim, o fato de uma norma ser aparentemente injusta não significa que o jurisdicionado e o Judiciário tenham de deixar de aplicá-la, pois uma norma pode ser válida sem ser justa.

A participação judicial na proposição e admissão dos meios de prova apresenta, portanto, posições que são atualmente enfrentadas supostamente por motivos ideológicos. Sem dúvida, o tema é polêmico em qualquer processo. No processo civil, destaca-se, na modernidade, uma maior implicação do juiz na proposição da prova. De fato, a tendência se baseia nas disposições do Código processual austríaco inspirado por Klein, cujas ideias, por sua vez, advinham da luta pela superação das provas legais em processo civil.

Mas a possibilidade de implicação do juiz na proposição da prova a fim de averiguar a verdade vem de muito mais atrás. O artigo 340, da Ley espanhola de Enjuiciamiento Civil, de 1881, introduziu as antigas diligências para melhor prover o processo civil para que o juiz, de ofício, antes de ditar a sentença, pudesse trazer à colação algum elemento probatório que observasse que não

---

<sup>1117</sup> Ob. cit., pp. 390-394

<sup>1118</sup> *Teoria da norma jurídica*. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 49.

havia sido aportado pelas partes. Essa faculdade datava de uma prática muito mais remota, baseada nas admissões para averiguar a verdade que se realizavam nas “Partidas”. E, portanto, ao menos esta concreta prática não era fruto das correntes de pensamento germânicas do século XIX<sup>1119</sup>.

Fora as questões ideológicas, Jordi Nieva Fenoll<sup>1120</sup> afirma que, para afrontar devidamente o tema da posição ativista do juiz na produção probatória - utilizada por analogia à dinamização da carga probatória - há de se resolver três pontos prévios: em primeiro lugar, há de se ver se esta atividade de proposição contribui para uma melhor valoração da prova; em segundo lugar, haveria de se resolver se esta proposição rompe realmente a necessária imparcialidade judicial; em terceiro, também haveria de dar resposta a uma questão sobre determinar se a atividade que desempenha o juiz na hora de proposição da prova *ex officio* é substancialmente diferente da que leva a cabo quando realiza a admissão da prova, o que leva a conduzir e reflexionar sobre o significado e sentido do conceito de pertinência.

Para o referido autor, a primeira questão é de fácil resposta. Evidentemente que a prova, se é proposta de ofício, ou mesmo a dinamização do ônus, contribui para um mais eficaz trabalho jurisdicional, pois sempre que o juiz está devidamente informado de quais são os fatos cujas existências se desconhecem e que são essenciais para determinar o que realmente se sucedeu, mais precisa será sua decisão.

Especificamente, quanto ao rompimento da garantia de imparcialidade, segunda questão, existe um grupo de autores que defende que a proposição da prova de ofício realmente seria incompatível com a imparcialidade. Sustentam seu pensamento em um único argumento: se o juiz propõe a prova, está ajudando inevitavelmente uma das partes. Sem embargo, os autores que entendem que a prova de ofício e a imparcialidade são compatíveis, dizem um elenco de argumentos que, sem dúvida, resultam no mais variado para descartar que os poderes do juiz afetem a imparcialidade. Argumentam que o juiz desconhece o resultado da prova que propõe, pois não sabe se beneficiará uma ou outra parte ou ambas. Portanto, a perda da imparcialidade só se produziria se o juiz

---

<sup>1119</sup> JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., pp. 182-183.

<sup>1120</sup> Ob. cit., pp. 184-189.

exercitasse os poderes probatórios de forma parcial, não conservando sua objetividade e neutralidade, realizando a prova para favorecer *a priori* a versão de um ou de outro litigante. Do contrário, determinando a realização da prova apenas para reforçar o conjunto probatório e formar sua devida convicção, sem favorecimentos, a atuação do juiz é pertinente, pois mostra-se incluso o argumento de que o juiz não pode tolerar que o interesse das partes se eleve tanto para permitir um julgamento injusto em razão da insuficiência de provas.

Essa união entre a imparcialidade e prova de ofício não é mais que uma seqüela de uma discussão travada desde o século XIX, que hoje já não é desejada por completo. Não há dúvidas de que, atualmente, as faculdades do juiz na gestão do processo, a exemplo em matéria de impulso oficial, são diferentes do impulso da parte que regia o processo antigamente. Parece óbvio que não é incompatível entender a prova como uma oportunidade de defesa das partes, como também como uma atividade destinada a gerar a convicção do juiz. E, sendo assim, parece razoável que todos os atores implicados com a prova, o juiz e as partes, possam participar de sua produção. Diferente seria o caso em que o poder do juiz anulasse os poderes probatórios das partes, pelo que seria um juiz parcial, porque produziria um menoscabo do direito de defesa, inconciliável com as garantias que dizem respeito ao devido processo. Tais argumentos são aplicáveis de forma analógica à utilização da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Com relação à terceira questão, parece-nos razoável aceitar a definição de Montero Aroca<sup>1121</sup>, segundo a qual a admissão é o ato do tribunal, pelo qual, mediante o prévio exame dos requisitos necessários, determina os meios de prova que, dentre os propostos pelas partes, devem praticar-se no processo. É certo que, quando o juiz decide, na prática, de ofício, sobre certos meios de prova, de fato vai exercer exatamente o mesmo - observará no caso os que foram propostos pelas partes, apreciará sua pertinência e utilidade, e proporá outros, valorando também em seu ato a pertinência e utilidade dos que ele mesmo propõe, logicamente antes de produzi-los ou determiná-los.

---

<sup>1121</sup> *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 179.

Ao propor os meios de prova, o juiz valora sua pertinência e utilidade. Ao decidir, valora que se relacionem com o objeto do processo e se foi útil para determinar a verdade dos fatos. Portanto, a atividade de admissão e de proposição oficial não se distingue conceitualmente da atividade de deferimento das provas ofertadas pelas partes, a não ser que se trate de um juiz parcial, que haja dolosamente. No mais, as atividades são idênticas.

Mas, para que o juiz não incorra em um excesso de confiança no juízo emitido, é pertinente e conveniente que, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não dinamize ou proponha provas nas fases iniciais do processo e que não desprestigie os meios propostos pelas partes. Sucede que, a fim de evitar que sua atividade seja desproporcional, o melhor é que somente proceda a sua atividade probatória ou a dinamização do ônus, já na fase de saneamento ou durante a instrução probatória, quando as partes já tenham exercido sua atividade probatória primeva, agindo o magistrado com mero complemento para que se proceda a um justo julgamento, quando existam falta de dados para realizá-lo.

Portanto, em que pesem aqueles que defendem ofensa à imparcialidade, é óbvio que, estando dirigida a prova ao convencimento judicial, parece que o mais normal é que o julgador possa consultar suas dúvidas junto as partes e demais intervenientes no processo, durante a prática da prova, a fim de entender melhor o resultado dos meios praticados. O juiz não pode incorrer em abusos ou excessos, mas o regular labor judicial relacionado com a prática da prova otimizará suas possibilidades de esclarecer a realidade dos fatos<sup>1122</sup>.

Tendo em vista que os fundamentos principiológicos que alicerçam os poderes instrutórios do juiz são idênticos aos que justificam o ativismo judicial na dinamização do ônus da prova, os mesmos posicionamentos devem ser considerados para fins de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Partindo-se da ideia de boa-fé processual e cooperação, mostra-se adequado que se possa concluir como um comportamento censurável aquele que impedisse seu adversário processual de ter acesso a um determinado elemento de prova, uma vez que, no processo, não se defende apenas o interesse das

---

<sup>1122</sup> JORDI NIEVA FENOLL, Ob. cit., p. 192.

partes no litígio, mas o interesse estatal na descoberta da verdade e, conseqüentemente, na emissão de uma decisão justa e efetiva. Ao se atribuir ao magistrado o poder-dever de contribuir efetivamente com a descoberta da verdade, torna-se imperativo a sujeição das partes ao dever de contribuir com essa descoberta, sob pena de tornar-se desprovido o conteúdo útil de atuação daquele dever jurídico imposto ao próprio Estado.

Para boa parte da doutrina, o discurso processual brasileiro sempre foi inspirado tecnicamente pelo modelo reformista português<sup>1123</sup>. Defende-se que desde as reformas dos anos 1990 e no novo Código de Processo Civil português, houve um afastamento em parte das tendências reformistas de caráter social, ou seja, de submissão do processo ao controle judicial como forma de apartar os inconvenientes do processo liberal. Além de implementar o ativismo judicial, procurou-se estabelecer uma repartição da direção do processo entre as partes e o juiz, mediante aplicação técnica da denominada “cooperação intersubjetiva”<sup>1124</sup>, que se propõe a uma autorresponsabilização de todos os sujeitos processuais, seguindo o exemplo alemão<sup>1125</sup>. A imposição de tal proposta, enormemente inspirada pela reforma alemã de 1976, criou para o magistrado os deveres de prevenção, esclarecimento, assistência das partes e, principalmente, consulta aos demandantes sobre pontos fáticos e jurídicos que cercam a demanda.

O dever de esclarecimento possui visivelmente um duplo sentido vetorial: de um lado, permite ao magistrado esclarecer fatos e situações jurídicas, dentro da premissa do máximo aproveitamento e da primazia do mérito; do outro, viabiliza às partes a potencialidade de obter do magistrado decisões que sejam fruto do debate em contraditório, desprovidas de dúvidas e obscuridades<sup>1126</sup>.

A comissão de juristas que redigiu o anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, na sua exposição de motivos, advertiu que um dos objetivos do novo texto seria a constitucionalização do processo, ou seja, a

---

<sup>1123</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, Ob. cit., p. 73.

<sup>1124</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo. n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 1997, pp. 174-184.

<sup>1125</sup> RUDOLF WASSERMAN, Ob. cit., p. 87.

<sup>1126</sup> Sobre o tema, vide FREDIE DIDIER JÚNIOR, *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, embasado nos ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa.

elaboração de um novo diploma normativo em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1988.

A aproximação entre os estudos do processo e da Constituição, intensificada sobremaneira a partir da segunda metade do século XX, gerou o surgimento do Direito Processo Constitucional, ou simplesmente, processo constitucional, em costumeira referência doutrinária da atualidade. A rigor, ao se falar em processo constitucional, não se cogita de um ramo autônomo do Direito, mas de uma visão técnica e científica, que se acentuou com a tendência de constitucionalização do ordenamento jurídico, surgida pós a segunda guerra mundial, ao se configurar constitucionalmente o Estado Democrático de Direito<sup>1127</sup>. Por conseguinte, em noção ampla, pode-se considerar o processo constitucional um estudo metodológico e sistemático pelo qual o processo é observado em suas relações diretas com as normas da Constituição, formatando a principiologia normativa do devido processo constitucional (ou modelo constitucional do processo), o que abrange o processo constitucional jurisdicional, o processo constitucional legislativo e o processo constitucional administrativo<sup>1128</sup>.

Em suma, as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro recomendam a ordenação, a disciplina do processo e a interpretação das normas que o regem segundo as garantias constitucionais da inafastabilidade da atividade jurisdicional exercida pelo Estado (a jurisdição), da razoável duração do processo, do respeito à dignidade da pessoa humana, da legalidade, do efetivo contraditório, da publicidade e da eficiência.

O processo constitucional, compreendido como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais do povo, revela-se importante na construção do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza política e institucionalmente como o Estado que respeita os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, incentiva e concretiza a indispensável participação do povo na solução das questões que importam ao próprio Estado e à sociedade.

---

<sup>1127</sup> RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, *A constitucionalização do novo Código de Processo Civil*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 59-74.

<sup>1128</sup> JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 125-126.

Nesse diapasão, a cooperação das partes com o juiz, e deste com aquelas, em realidade, significa a possibilidade concreta de os litigantes exercerem influência na construção do pronunciamento decisório almejado, pelo que o juiz deverá ter postura receptiva a tanto, mantendo permanente diálogo com eles, a fim de lhes assegurar a garantia fundamental ao moderno princípio do contraditório como poder de influência.

A opção normativa mostra que, mediante o novo texto, não é mais possível cogitar em centralidade do juiz ou das partes. Assim, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 apresenta-se como um código de todos os sujeitos processuais, portanto, policêntrico. Não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado ao segundo plano. Impera agora a visão de que o processo deve se desgarrar da concepção de mecanismo de dominação, passando a ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem às atividades equivocadas das partes, advogados, juízes e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões a serem formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente dos fundamentais<sup>1129</sup>.

Insta salientar que o Código de Processo Civil de 2015 veio substituir o Código Buzaid, o qual, com apenas 41 anos de vigência, não poderia se chamado de velho e que passou por diversas alterações, com uma profunda modificação de sua filosofia originária, o que pode ter gerado, em certos casos, a perda de sua coerência. Entretanto o novo diploma processual civil brasileiro mantém muito das disposições do revogado estatuto de 1973 e, como se trata de uma nova lei, tudo o que se acha hoje assentado poderá vir a ser objeto de novos debates.

Ainda que o novo código não tenha o condão de resolver todos os problemas processuais, inclusive aqueles decorrentes do exacerbado volume de feitos que tramitam no Poder Judiciário, já assoberbado e exercendo suas funções muito além de suas forças, ele já é uma realidade a qual deve se procurar seja bem aplicada. A nova legislação parte de princípios, que agora vêm expressos no

---

<sup>1129</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *et all*, Ob. cit., p. 81.

próprio texto legal. A compreensão, portanto, de muitas de suas disposições, deve partir do sentido que esses princípios por ela adotados devem ter.

Ao analisar o conteúdo probatório disciplinado neste novel estatuto processual, pode-se afirmar que o provar sempre despertou grande interesse na doutrina. Isso porque é tema de alta sensibilidade, ligado intimamente à ideia da verdade e da justiça. Pontes de Miranda<sup>1130</sup> bem esclarece esse sentido quando ensina que a prova refere-se a fatos. Direitos, pretensões, ações e exceções são, portanto, efeitos de fatos jurídicos, sendo preciso que se provem tais fatos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos.

Em que pese não se constituir em um sistema perfeito, o ordenamento jurídico brasileiro confere especial relevância ao instituto das provas, como referido, pois compreende e reconhece a sua proeminência para a manutenção de uma sociedade equânime, pelo menos no âmbito processual. Para que os tribunais possam dar soluções de acordo com a ética de um processo justo e colaborativo, é preciso conferir uma ampla atividade probatória. Tanto é assim que se confere um largo espectro para que todos os envolvidos no processo (partes e juiz) tenham possibilidade de produção de provas, com o manifesto propósito de clarear, ao máximo, os fatos postos em debate<sup>1131</sup>.

O fato é que não há como se buscar uma efetiva justiça sem a possibilidade de ampla produção de provas no processo. Tal conclusão parece se impor a qualquer um que se detenha ao estudo desse assunto.

É preciso dar conhecimento ao julgador para que ele possa decidir. O fornecimento de elementos para o exercício da jurisdição nada mais é do que um corolário lógico de um processo minimamente razoável e que se preocupe com a busca pela realização do direito. Toda pretensão é digna de tutela. No entanto, para que seja levada adiante com possibilidade de sucesso, é imperativo uma produção probatória eficiente, advindo das partes ou por determinação do próprio juízo.

Evidentemente a versão que restar melhor demonstrada, que possuir maior consistência, é que deverá ser acolhida pelo juízo, pois a este não bastam as

---

<sup>1130</sup> *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 485.

<sup>1131</sup> GUILHERME ATHAYDE PORTO, *Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC*. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DÍDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 137-138.



meras afirmações exaradas pelas partes, não lhe sendo isso suficiente para que solucione o conflito adequadamente. A demonstração consistente da existência dos fatos asseverados ou a comprovação de sua inexistência é que autorizam o julgamento para este ou para aquele lado.

Mas não apenas em virtude de outros valores e princípios constitucionalmente protegidos é que o direito à prova pode ser relativizado. A ideia de dinamização do ônus da prova, de flexibilização dos encargos probatórios, apresenta-se também como uma forma de relativizar o direito fundamental à prova, não retirando-o, mas redistribuindo-o. Trata-se de uma questão de isonomia dentro do processo, pois tratar igualmente as partes não significa necessariamente uma igualdade formal, mas, sim, substancial, não onerando uma parte em detrimento da outra.

A esse respeito, Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu<sup>1132</sup> leciona que “A estrutura nítida, entretanto, de relação de igualdade com o direito probatório está na sistemática de distribuição dos encargos probatórios e dos riscos inerentes à (não) produção da prova. O processo tem como pressuposto um sistema de distribuição equitativa dos riscos. Tratar igualmente significa não submeter nenhum dos litigantes a um risco maior de erro em comparação a outro. Ocorre que determinadas situações não comportam uma igualdade estática, sendo necessária a composição de um equilíbrio dinâmico. Essa exigência diz respeito diretamente ao tema do ônus da prova. A repartição dos encargos probatórios tem como escopo conferir igualdade às partes no processo”.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 373, §1º, permite expressamente a possibilidade de alteração do ônus da prova, de dinamização deste. A visão clássica, de um sistema estático do ônus da prova não mais se coaduna ao compreendido por processo justo, colaborativo e correto. Logo, a alteração importa e é relevante uma vez que consagra expressamente uma teoria que vinha ganhando força ao longo do tempo por melhor se adaptar ao processo contemporâneo.

A ideia de um ônus estático já não corresponde ao que se entende por processo justo e adequado, aplicável a todos os casos concretos. Para

---

<sup>1132</sup> *O direito à igualdade no novo código de processo civil*. Ob. cit., pp. 141-174.

atendimento da ideia de busca da verdade e de um processo justo, foi preciso alterar a visão que havia sido consagrada no Código de Processo Civil de 1973. Naturalmente que a ideia de dinamização do ônus da prova veio galgando espaço e seguidores junto da natural evolução do processo. A concepção de Artur Thompsem Carpes<sup>1133</sup> bem reflete que havia uma necessidade de evolução do sistema probatório para adequação a um Estado Constitucional que eleva o acesso à ordem jurídica justa à condição de direito fundamental.

A dinamização do ônus da prova apresenta-se, pois, em certa medida, mais uma das facetas da constitucionalização do direito processual. É, verdadeiramente, tratar o processo de forma constitucional, valorizando-se todos os escopos da jurisdição.

Em verdade, o processo, além de instrumento de realização do direito material, além de um espaço democrático para o debate, é também meio de realização dos princípios e valores constitucionais. Quando se admite que, em certas situações, seja possível escapar do ônus estático, está se permitindo que a Constituição atinja seu máximo potencial, uma vez que permite ao direito se adequar à situação concreta, tratando de forma verdadeiramente isonômica as partes, e não apenas por uma igualdade formal.

Além da alteração do *standard*<sup>1134</sup> na distribuição do ônus da prova, foi agregado também ao instituto das provas o caráter ideológico buscado pelo novo Código de Processo Civil, em especial a cooperação processual, insculpida expressamente no seu artigo 6º.

Evidenciado está que o legislador compreendeu que, para conseguir uma efetiva remodelação processual, para lograr as mudanças buscadas e as melhorias pela qual clama toda a sociedade, foi necessário agregar também ao instituto em debate as ideias de cooperação e defesa da celeridade, bem como

---

<sup>1133</sup> *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 69-70.

<sup>1134</sup> Sobre o tema, registre-se que, para LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *A prova por presunção no direito civil*. Ob. cit., p. 141, o *standard* de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, ou seja, possa ser aceite como verdadeira. Um *standard* deve ser capaz de responder a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fático como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação.

dar maior flexibilidade ao julgador para ser o real administrador do processo, pelo menos no que tange ao direito probatório.

Frise-se que o artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015 mantém a possibilidade da produção de provas típicas e atípicas. Aí novidades não há. Contudo, a expressão “para provar a verdade dos fatos” demonstra que há um caráter ideológico evidente no código – o de não se satisfazer com a mera solução dos conflitos, mas, sim, de buscar a solução mais próxima da verdade possível. Assim, quando se diz que o processo busca a verdade, trata-se daquela necessária para dar certeza ao julgador do que está decidindo.

Não que a busca da verdade tenha deixado de ser, em algum momento, um objetivo do processo, mas agora passa a ser uma de suas raízes ideológicas. Não à toa são conferidos poderes instrutórios fortíssimos ao juízo, pois deverá sim buscar a solução que esteja de acordo com a verdade, pois, ao assim proceder, aproximar-se-á da decisão justa.

Segundo a lição de Michele Taruffo<sup>1135</sup>, “Naturalmente, a verificação da verdade dos fatos que dizem respeito ao caso concreto constitui apenas uma das condições para a justiça da decisão, que, para ser justa, pressupõe também que tenha sido desenvolvido de modo correto e legítimo o processo da qual constitui o resultado final e – obviamente – também venha interpretada corretamente a norma que o juiz adota como regra de juízo. Pois, trata-se de condição por si só insuficiente, mas ainda assim necessária para a justiça da decisão: se os fatos não vêm apurados de maneira verdadeira, isso basta para que a decisão seja injusta, ainda que o processo tenha se desenvolvido corretamente e a norma de direito tenha sido interpretada de modo válido”.

Mostra-se necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo, razão pela qual cada vez mais a verdade configura-se como um fim. O elo entre a prova e a verdade se constitui em imperativo. Assim deve ser, pois, se a busca do processo é pela verdade, essa só se atingirá por intermédio do esclarecimento dos fatos que são fundamentos da lide. Para que se possa exercer plenamente sua atividade jurisdicional, cujo escopo, além de pacificar os conflitos presentes na sociedade, é também o da

---

<sup>1135</sup> *Processo civil comparado: ensaios – verdade e processo*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 36.

busca da verdade, pela justiça, o magistrado precisa ter elementos suficientes, pois apenas assim sua decisão, seja para que lado for, logrará a legitimação social necessária para que possa atingir a justiça.

A verdade no processo se alcança, mais das vezes, por meio da prova, de um amplo e completo processo instrutório. Surge também da colaboração das partes com o juízo e da possibilidade de dinamização do ônus da prova. E essa possibilidade de o juiz buscar uma melhor produção de provas em nada interfere na sua imparcialidade, eis que ele nem mesmo pode antecipar qual o conteúdo da prova a ser produzida. Mais do que isso, é um poder-dever do juiz buscar o melhor esclarecimento dos fatos, objetivando a eficiência da prestação jurisdicional<sup>1136</sup>.

Consoante a dicção do artigo 373 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil de 2015, parece evidente a busca por uma maior atividade judicial, sobretudo na administração do processo, tendo por objetivo uma melhor solução judicial, especialmente da colaboração das partes para com o juiz. Ao comentar sobre o artigo, José Miguel Garcia Medina<sup>1137</sup> leciona que “A sociedade e o direito material encontram-se em intensa transformação, razão pela qual a regra geral disposta no artigo 373 (distribuição estática do ônus de provar) não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese. Excepciona-se a regra geral e permite-se a distribuição dinâmica do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhor condição de produzir a prova que a outra”.

A adoção de uma atitude puramente passiva, pela parte que não está sujeita ao ônus de alegação e prova, pode ser ilógica e inoportuna. Isso na precisa medida em que o comportamento lógico e esperado é o de que o litigante que disponha de contra-afirmações ou provas infirmadoras não se omita quando da oportunidade de as exibir. A circunstância de recair sobre uma das partes o ônus da alegação e prova já não permite que a contraparte se refugie num ensurdecido silêncio sistemático, o que consubstanciaria uma falta de

---

<sup>1136</sup> Sobre o tema, vide LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, *O princípio da eficiência no novo código de processo civil*. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 365 –384.

<sup>1137</sup> *Novo código de processo civil comentado*. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp 629-630.

colaboração com a justiça bem como uma violação ao princípio da boa-fé. Afinal, no processo civil não existe um direito à passividade<sup>1138</sup>.

A ideia de reequilibrar o ônus da prova ganha em lógica quando se admite a existência de um necessário diálogo entre as partes e o juiz, em que um busca demonstrar seu direito e outro busca demonstrar a inexistência deste mesmo direito. Isso porque sendo o magistrado um dos envolvidos e o responsável por ditar a solução da lide, não parece fora de propósito dinamizar o ônus probatório a fim de buscar uma qualificação maior nos elementos que utilizará para resolução do conflito.

Por uma parte do ônus recair exclusivamente sobre o juiz (ônus objetivo), é que parece acertado conferir a este a possibilidade de ter maior poder na distribuição do *onus probandi*, escapando da noção clássica de distribuição. Apesar de aparentemente conferir maior complexidade ao instituto, é, em verdade, uma forma de viabilizar a ideia de colaboração, pois quem possuir as melhores condições terá o maior encargo, auxiliando na solução da demanda.

Impende lembrar que o novo estatuto processual só admite a hipótese de dinamização do ônus da prova desde que respeitada a paridade de armas e o direito fundamental à prova, ou seja, que não se imponha à parte onerada o cumprimento de encargo impossível ou excessivamente difícil e que ela tenha oportunidade para se desincumbir de seu novo ônus.

A razoabilidade utilizada na perspectiva da equidade age em função de adaptar a norma geral ao caso individual. Em outras palavras, exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que este é desconsiderado pela generalização, porque, para determinados casos em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por tratar-se de caso anormal<sup>1139</sup>.

Não por acaso se autoriza a dinamização do ônus da prova como fundamento de observância da igualdade entre as partes. A aplicação das regras que disciplinam o ônus probatório devem conduzir, em última análise, à promoção de suas próprias finalidades, quais sejam, a de realizar a paridade de armas e

---

<sup>1138</sup> LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *A prova por presunção no direito civil*. Ob. cit., p. 36.

<sup>1139</sup> HUMBERTO ÁVILA, Ob. cit., p. 154.

inibir restrições indevidas ao direito à prova. Esses são os critérios objetivos que pautam a dinamização do ônus da prova no novel diploma processual legislativo.

Conforme a lição de Arthur Thompsem Carpes<sup>1140</sup>, “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”.

Recorde-se ainda que o acesso à justiça vem sendo percebido em diversas facetas. O que começou como um movimento para propiciar o alcance do processo judicial às pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes para arcar com os custos de uma demanda, ensejou debates que resultaram no atual consenso de que não basta que o cidadão chegue às portas do judiciário, mas que encontre na prestação jurisdicional a ordem jurídica justa<sup>1141</sup>.

Com efeito, o acesso à justiça assegura o direito ao processo justo e à ordem jurídica justa. É inegável que a atividade instrutória consubstancia o principal meio de participação e influência na prestação jurisdicional. Por consectário, esse direito fundamental, em seu viés de direito à “construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais”, quando vulnerado pela dificuldade de produção de provas no caso concreto, precisa ser garantido pelo magistrado, o que o autoriza a empregar a técnica da dinamização do ônus da prova. O expediente se faz à luz de realização de um processo justo, capaz de – mediante a intensificação da busca pela verdade, pela dinamização do ônus probatório – tutelar adequadamente o direito material.

Vale dizer, a adequação do processo pela teoria das cargas probatórias dinâmicas é concreção do direito à ordem jurídica justa. Tendo por base esse direito, tem-se o estabelecimento da paridade de armas, garantindo que os

---

<sup>1140</sup> *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008.

<sup>1141</sup> KAZUO WATANABE, *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Participação e processo. GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido/ WATANABE, Kazuo. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.

litigantes tenham substanciais chances de influir no juízo decisório, não por meios de abusos processuais ou superioridade técnica ou informativa, mas por um ônus probatório devidamente estruturado e justo.

A instrumentalidade que se pretende garantir contemporaneamente ao processo revela que quanto mais a tutela jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira pacificação social. Nesse ínterim, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas históricos, hoje não mais compatíveis com a realidade, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, especialmente nos casos em que a iniciativa probatória por ele desenvolvida possa contribuir para melhor compreensão da matéria fática controvertida<sup>1142</sup>.

Trata-se de uma verdadeira função social do processo, cuja eficácia está diretamente relacionada à sua efetividade, como instrumento de solução de controvérsias<sup>1143</sup> e, conseqüentemente, de pacificação social.

Para tanto, com o objetivo de desenvolvimento do presente trabalho científico, deve-se abandonar a visão estática do processo. Com a emancipação do Direito Processual, o princípio dispositivo passa a ter novo conteúdo interpretativo, na qual é adotado integralmente. O processo deixa de ser visto como coisa exclusiva das partes, passando a ser entendido como instrumento Estatal a serviço da jurisdição, com natureza eminentemente pública, não se confundindo com o direito privado das partes nele discutido<sup>1144</sup>.

Diante disso, não se olvida que a disponibilidade das partes encontra guarida no poder de deduzir uma pretensão em juízo, ou seja, na conveniência da demanda (poder de decisão sobre o ajuizamento ou não de uma ação), como também na limitação do objeto do processo, por meio dos limites impostos por sua ação (poder de alegação dos fatos que fundamentam a pretensão por parte do autor e dos fatos que sustentam a resistência por parte do réu), estando o juízo obrigatoriamente vinculado aos fatos alegados pelas partes e à necessária congruência do provimento jurisdicional ao pedido formulado. Também existe manifestação do princípio dispositivo por meio dos poderes de renúncia do direito

---

<sup>1142</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Juiz, processo e justiça*. Ob. cit., pp. 111-146.

<sup>1143</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>1144</sup> LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, Ob. cit., pp. 164-170.

controvertido como, por exemplo, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido. São todas matérias tratadas no âmbito do direito material, de fundo, em que o juiz está vinculado à vontade das partes.

Entretanto, modernamente, a disponibilidade das partes não alcança a função jurisdicional no tocante ao modo e ao impulso do processo, que estão sujeitos à direção do juiz, principalmente no tocante aos poderes instrutórios e a possibilidade de dinamização da carga probatória.

Ou seja, no aspecto eminentemente processual, enquanto instrumento Estatal destinado à realização do Direito com predomínio da verdade material ou processual possível, em que se busca a realização da justiça, o princípio dispositivo perde força para permitir um comportamento ativo do juiz na condução do processo, de forma dinâmica, atento aos primados do Direito Público, limitado pela obediência às regras legais pré-estabelecidas, ao contraditório, boa-fé, cooperação, igualdade de tratamento entre as partes, em suma, ao devido processo legal.

No âmbito da atividade típica jurisdicional<sup>1145</sup>, provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado previamente por qualquer das partes para influenciar na formação da convicção do juiz para a solução do caso concreto e, dessa forma, ver atendida a pretensão ou a resistência formulada em juízo.

A jurisdição tem como campo de atuação o processo, entendido como instrumento estatal a serviço da jurisdição, com natureza eminentemente pública. Diante disso, a disponibilidade<sup>1146</sup> das partes não alcança a função jurisdicional no

---

<sup>1145</sup> Entretanto, fora do âmbito da atividade jurisdicional típica, para o novo Código de Processo Civil brasileiro, a prova assume também outra finalidade, com a positivação da ação probatória autônoma (art. 381, inciso II e III), cujo objeto é a própria produção de um meio de prova, para fornecer aos interessados elementos que permitam uma avaliação concreta das chances e dos riscos de um futuro processo ou para viabilização de uma autocomposição.

<sup>1146</sup> A disponibilidade das partes encontra guarida, no ordenamento jurídico processual vigente, em algumas situações características, destacando-se três: a) no poder de deduzir uma pretensão em juízo, ou seja, conveniência da demanda (poder de decisão sobre o ajuizamento ou não de uma ação), nos termos do art. 2º, do NCPC; b) na limitação do objeto do processo, por meio dos limites impostos por sua ação (poder de alegação dos fatos que fundamentam a pretensão por parte do autor e dos fatos que sustentam a resistência por parte do réu), estando o juízo obrigatoriamente vinculado aos fatos alegados pelas partes e à necessária congruência do provimento jurisdicional ao pedido formulado, nos termos dos arts. 141 e 492, do NCPC, respectivamente; c) por meio dos poderes de renúncia do direito controvertido, como, por exemplo, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido (art. 487, III, “a”, “b” e “c”, do NCPC).



tocante ao modo e ao impulso do processo, que estão sujeitos à direção do juiz, principalmente no tocante aos poderes instrutórios<sup>1147</sup>.

Nesse prisma, não se concebe mais, diante de um direito processual civil moderno, a concepção passiva do magistrado no tocante à base instrutória destinada à formação de sua convicção. A prova realizada pelas partes tem como destinatário também o juiz, o qual não pode ser considerado um mero receptor do conjunto probatório. Logo, para o exercício de sua função, o magistrado pode e deve, no caso concreto, agir de modo a suplementar a atuação das partes no tocante a realização das provas necessárias para formação de sua convicção. É a função social do processo, que empreende efetividade à atuação Estatal mediante poderes instrutórios conferidos ao juiz, bem como à dinamização do ônus probatório. Ou seja, no aspecto eminentemente processual, enquanto instrumento estatal destinado à realização do Direito com predomínio da verdade, em que se busca a realização da Justiça, o princípio dispositivo e a neutralidade perdem força para permitir um comportamento ativo do juiz na condução do processo, de forma dinâmica, atento aos primados constitucionais, limitado pela obediência às regras legais pré-estabelecidas e, especialmente, aos princípios fundamentais do processo, o que não macula sua imparcialidade.

Logo, a prova está relacionada com o poder do juiz na medida em que o julgador, para esclarecimento dos fatos controvertidos, pode não apenas determinar ou indeferir as provas requeridas pelos sujeitos parciais do processo como, ainda, tomar a iniciativa de medidas de instrução<sup>1148</sup>, agindo de ofício para determinar a produção de um meio de prova que seja adequado para comprovar a alegação fática controvertida relevante para o julgamento da demanda ou dinamizando o ônus da prova abstratamente imposto, oportunizando-se, ainda, a efetiva participação dos sujeitos na produção da prova determinada e na sua posterior manifestação sobre o resultado obtido, tudo para garantir a incolumidade de sua própria imparcialidade.

Trata-se, na verdade, de atuação hermenêutica - uma interpretação sistêmica, teleológica e criativa do ordenamento jurídico, baseada na ponderação

---

<sup>1147</sup> Conforme art. 370 do NCP, “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

<sup>1148</sup> Nesse sentido, vide LUIZ FLÁVIO YARSHELL, Ob. cit., pp. 113 e ss.

de valores, na proporcionalidade e razoabilidade, a qual compatibiliza o necessário ativismo judicial na dinamização do ônus da prova, com a manutenção da imparcialidade do julgador, sempre no intuito de se proferir uma decisão mais efetiva, que garanta os princípios fundamentais do processo constitucionalizado sob o viés cooperativo e se fulcre em uma verdade processual possível, realizando os ditames da justiça e da pacificação social.

## CONCLUSÕES

Todo e qualquer Estado que se intitule e pretenda ser tido como um Estado Democrático de Direito deve ter como base pilares suficientemente fortes para tornar possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a existência dessas bases no ordenamento jurídico pátrio por meio de seus princípios, dentre os quais aqueles que versam sobre o direito processual. Somente a concretização e o respeito aos princípios constitucionais acarretam a preservação incondicional das bases do Estado Democrático de Direito.

O modelo processual brasileiro deve estar, assim, de acordo com o modelo de Estado que a Constituição Federal estabeleceu para o país, no qual a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre eles a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para tanto se impõe o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz, que fomentam, inclusive, a dinamização do ônus probatório, permitindo que este agente estatal cumpra sua missão constitucional de realizar a justiça.

O processo deve ser suficientemente dinâmico para amoldar-se às circunstâncias em que é utilizado, para se obter um maior proveito em sua utilização. Não obstante as críticas que lhe são endereçadas, o ativismo judicial tem sido um meio apto para realização desta necessária mudança de paradigma.

Nesse ínterim, cabe defender o ativismo judicial, dentro dos limites da Constituição Federal, como forma de realização dos valores sociais inseridos na ordem jurídica desde a norma constitucional. Em que pesem as críticas garantistas, não há exacerbação do magistrado ao proferir decisões ativistas, uma vez que é obrigação do Poder Judiciário fazer valer a Constituição Federal, preservando a aplicação de seus princípios e normas. Há, na verdade, necessidade de uma atitude proativa do magistrado, sob pena de retorno ao arquétipo positivista, no qual o juiz era a “boca da lei”.

Também no âmbito da relação processual, esse ativismo do Judiciário apresenta-se necessário, desenvolvendo-se, sobretudo, em sede da realização dos poderes instrutórios do juiz e de sua efetiva atuação na condução do

processo, inclusive no que se refere à devida análise sobre a distribuição do ônus da prova. Não se mostra devido, por conseguinte, que um magistrado ativo, garantidor dos direitos e liberdades fundamentais, possa se omitir ao deparar-se com uma situação concreta na qual a aplicação das tradicionais teorias de distribuição do ônus da prova possa ensejar uma violação ao contraditório como poder de influência, à igualdade substancial no âmbito do processo, à boa-fé processual e ao novo sistema cooperativo. Espera-se que o julgador, em tais casos, possa fomentar a garantia dos mencionados princípios, fundamentais à relação processual, dinamizando o ônus da prova, desde que presentes todos os elementos, necessários à sua adoção. Afinal, em obediência ao fim primordial do processo - de garantir na solução dos conflitos o interesse da ordem e da paz social - não cabe ao juiz apenas decidir, mas convencer também as partes, especialmente a parte vencida, do bom fundamento de sua decisão.

O sistema processual brasileiro era um ambiente no qual prevaleciam os interesses não cooperativos dos sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes mergulhadas no âmbito de uma litigância estratégica com a finalidade de obtenção de êxito. Essa patologia de índole fática não representava minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deveria ofertar.

Para alteração dessa postura, necessária se fez a indução de um processo como um *locus* normativamente condutor de uma “comunidade de trabalho”, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais. Não se trata da mera aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, proposta há muito defendida por correntes doutrinárias estrangeiras que ainda partem da premissa estatalista e socializadora de subserviência das partes em relação a um juiz visto como uma figura prevaiente. Nem de uma visão romântica que induziria à crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico, mesmo que tal resultado venha a prejudicar seus interesses. Essa utópica solidariedade processual não existe, pois as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho, prestando jurisdição ao maior

número possível de jurisdicionados. O problema são os custos desta atividade não cooperativa.

Assim, um caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) fomenta uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como poder influência na formação e satisfação das decisões, inibindo aqueles atos praticados em má-fé processual. A correção normativa que se extrai da participação afasta as visões estatelistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé objetiva e à lealdade processual.

O modelo cooperativo surge, pois, como uma terceira espécie que transcende os tradicionais modelos dispositivo e inquisitivo. Um modelo sob a influência do princípio da boa-fé objetiva, o qual impõe que todos os sujeitos processuais atuem no curso do procedimento absolutamente premidos de lealdade e probidade processual, também fomentado pelo princípio da igualdade substancial, o qual tem alcance por todo o ordenamento jurídico e, por consequência, sobre o direito processual.

Nesses termos, não é possível mais ler, sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a cooperação como singela colaboração. É preciso entendê-la como corolário do contraditório como garantia de influência, sob o prisma de um processo democrático e justo que elevou o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com o qual se haverá de solucionar o litígio posto em juízo.

A defesa de que, para uma melhora do sistema jurídico, deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) tão somente dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, o qual impõe uma cooperação e um esforço da importância do papel de todos que se apresentam no processo.

A evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual, a partir da segunda metade do século XX. A partir da adoção do processo cooperativo, tornou-se importante que diversos institutos clássicos ganhassem uma nova visão do operador do Direito. Consequentemente, não ficou de fora desse novo prisma a

temática do ônus da prova, rigidamente fixado pelo Código de Processo Civil de 1973, mas que já contava com diversas modalidades de flexibilização na jurisprudência e na legislação pátria e que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, passa a ser consagrada pelo legislador brasileiro.

A função probatória é demonstrar a veracidade de um fato controvertido afirmado previamente por qualquer das partes para influenciar na formação da convicção do julgador para a solução do caso concreto e assim ver atendida a pretensão ou resistência formulada no processo. Toda a atividade desenvolvida no curso da instrução processual tem como objetivo a busca da verdade para a realização da boa administração da justiça, sendo a função jurisdicional exercida a contento e legitimamente, na medida em que tenha como finalidade a busca de uma aproximação real entre o conteúdo decisório substancial extraído do processo e a verdade objetiva, processualmente possível, no caso concreto.

Assim, pode-se inferir que o princípio dispositivo, no processo civil moderno e no novo Código de Processo Civil brasileiro, não traz mais em seu bojo a ideia da verdade formal obtida com a atividade das partes. Ao contrário, prestigia o princípio da verdade objetiva ou processual possível como escopo primário do processo, restando à verdade formal uma atuação subsidiária, ou seja, apenas quando for completamente impossível atingir a verdade objetiva, seja pela atividade das partes, seja pela atuação oficiosa do juiz.

Na dinâmica processual tem-se que o ônus da prova é a faculdade que se concede às partes de provar, em seu próprio interesse, os fatos que fundamentam sua pretensão ou exceção. A consequência da falta da prova é a desconsideração pelo julgador, do fato afirmado, no momento da decisão. As regras do ônus da prova são portanto dirigidas para as partes (ônus da prova subjetivo) e para o juiz (ônus da prova objetivo).

Enquanto regra de conduta para as partes (ônus probatório subjetivo), o ônus assume importância para definir qual dos litigantes tem a incumbência ou encargo de produção da prova, sob pena de sofrer o risco de um resultado desfavorável por ausência ou insuficiência probatória. Como regra de julgamento para o juiz (ônus probatório objetivo) é a solução para o deslinde da lide nas hipóteses em que a instrução processual realizada não foi capaz de formar o convencimento do magistrado sobre a veracidade dos fatos relevantes para

solução do caso, imputando o resultado do julgamento em desfavor da parte que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

Nessa dicotomia, a teoria das cargas probatórias dinâmicas atua como ponto de equilíbrio justo na distribuição do encargo probatório. Por atuar somente sobre fato controvertido excepcional e de forma subsidiária, ambas as partes são encarregadas de demonstrar todos os esforços probatórios necessários para a comprovação dos fatos que são de interesse para a boa solução da lide. E de carrear para os autos o máximo de elementos probatórios disponíveis para a formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos.

O esforço probatório é partilhado entre os litigantes e isso representa uma conduta processual participativamente ativa, cooperativa, leal, representativa de boa-fé e que tem como objetivo a busca da verdade objetiva (processual possível) para o caso concreto apresentado e, por conseguinte, a obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva e justa.

Abandona-se a visão privada e estática do processo, que deixa de ser coisa exclusiva das partes e passa a ser instrumento público a serviço da jurisdição. Esse caráter publicista, cooperativo e solidarista do processo para a busca da verdade emerge de sua função social, na qual se empreende efetividade à atuação Estatal mediante poderes instrutórios conferidos ao juiz.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas foi elaborada com a intenção de deslocar a rigidez do ônus probando, para casos específicos e concretos que se destacam pela peculiar dificuldade de produção de provas pela parte onerada, por razões alheias à sua vontade. Logo, tem incidência nas situações em que a parte inicialmente encarregada de produzir a prova, de fato, empenhe todo o esforço necessário possível para sua realização, mas que ao cabo se mostra inútil pela dificuldade técnica ou fática apresentada. Mas, para além dessa hipossuficiência, a parte contrária deverá apresentar melhores condições de realização desta prova.

Em que pesem posicionamentos em sentido diverso, a teoria das cargas probatórias dinâmicas foi inspirada e reconhecida originariamente pela jurisprudência da Argentina. Sua sistematização dogmática ficou a cargo do processualista Jorge Walter Peyrano, que é reconhecido no meio acadêmico portenho como seu mentor.

Pode ser definida a teoria como um instrumento processual destinado a dinamizar as regras tradicionais da distribuição do ônus da prova, para casos excepcionais de difícil solução probatória em que o magistrado atua sem a formação efetiva da convicção da verdade dos fatos controversos, constituindo-se em uma pauta de valoração do julgador sobre o material probatório coletado ao longo da instrução processual, atribuindo, em desfavor da parte que tinha as melhores condições fáticas, profissionais ou técnicas, o encargo de suportar a falta da prova ou a prova deficiente, desacolhendo sua pretensão.

É a carga da prova dinâmica, portanto, o meio processual que fundamenta um juízo valorativo de deslocação e de flexibilização dos efeitos da distribuição do ônus probatório disposto de maneira rígida, na hipótese de ausência ou insuficiência da prova necessária para o esclarecimento da querela. O efeito da não realização da prova ou da sua insuficiência deixa de recair sobre a parte tradicionalmente destinada a realizar a prova, mas que assim não o fez, no curso da instrução, de forma satisfatória, por absoluta impossibilidade de fazê-lo, para incidir sobre a outra parte, que estava em melhores condições fáticas, profissionais ou técnicas para sua produção, conseqüentemente, com possibilidade de realizá-la e, entretanto, assim não o fez, por mera estratégia processual consubstanciada na inércia.

Essa teoria prega, por consequência que, diante da situação de dúvida resultante da não formação da convicção do magistrado sobre a veracidade dos fatos controvertidos alegados pelos demandantes, a valoração do encargo probatório deva recair sobre a parte que disponha das melhores condições para a realização da prova, independentemente da posição assumida na relação jurídica processual (autor ou réu) e da natureza dos fatos alegados (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). Impõe, por conseguinte, o auxílio efetivo do autor e do réu na instrução processual e na busca da verdade processual possível.

Mas, a incidência da teoria das cargas probatórias dinâmicas só tem justificativa em casos especiais, ou seja, para aquelas situações em que a repartição tradicional do ônus da prova origina conseqüências claramente inconvenientes, inútuas, injustas para a parte incumbida do encargo. Logo, é amplamente pacífico, na doutrina autorizada, que a aplicação da teoria das cargas



probatórias dinâmicas é realizada de forma excepcional, com interpretação sempre restritiva.

Apesar de gozar de certa autonomia, a teoria das cargas probatórias dinâmicas não existe por si só, não se aplicando de forma isolada. Para sua aplicabilidade, não se exclui a regra tradicional vigente no ordenamento jurídico sobre distribuição do ônus da prova. Ao contrário, a dinamização do ônus da prova convive e complementa a teoria estática da distribuição do ônus probando, sendo, na verdade, um comando subsidiário que altera a solução final empregada, fundamentada pela busca de um valor de justiça para o caso concreto e da igualdade processual entre as partes.

Para além de redistribuir o encargo probatório às partes, ela funciona, ontologicamente, como uma regra de juízo, indicativa de como deve decidir o julgador quando não encontre a prova dos fatos sobre os quais deve basear sua decisão, permitindo o julgamento do mérito e evitando o *non liquet*. Amparado em todo o conjunto probatório efetivado pelas partes durante o curso da instrução processual, e permanecendo o estado de dúvida sobre a veracidade dos fatos controvertidos expostos, o magistrado prolata sua decisão em desfavor da parte que estava em melhores condições para a realização da prova e, mesmo assim, não foi capaz de demonstrar satisfatoriamente a veracidade dos fatos discutidos em juízo.

Esse ponto é fulcral para a compreensão da teoria das cargas probatórias dinâmicas, pois impõe a efetiva contribuição das partes para a busca da verdade, exigindo um comportamento probatório ativo e cooperativo. E mais, somente serão aplicados os efeitos da teoria das cargas probatórias dinâmicas na estrita e excepcional situação de persistir dúvida sobre a veracidade de algum pressuposto fático necessário para a solução do litígio, não obstante os esforços probatórios de ambas as partes, e do magistrado, para a comprovação dos fatos. Pois, se em decorrência da atividade probatória realizada de forma cooperativa no processo, o magistrado conseguir formar adequadamente seu convencimento sobre a veracidade das alegações de fato, não haverá incidência da dinamização em sede de julgamento, prevalecendo a teoria apenas em sede do ônus da prova subjetivo.

Como os efeitos da inexistência ou insuficiência da prova dos fatos controvertidos alegados em juízo, de acordo com a referida teoria, recaem sobre a

parte que se encontre em melhores condições de provar, a questão que surge é definir qual o critério a ser utilizado para identificar qual das partes encontra-se nessa posição de superioridade probatória. Encontra-se em melhores condições de produzir a prova de um determinado fato controvertido quem dispõe da prova de tal fato por razões técnicas, profissionais ou mesmo fáticas. Quer dizer, possui melhores condições de provar quem possui os meios idôneos para realizar a prova, seja por ter o conhecimento técnico e fático necessário para o esclarecimento dos fatos, seja por ter neles intervindo de forma direta.

Desde que sua incidência seja limitada a casos especiais nos quais seja manifesta a supremacia de uma das partes no tocante à possibilidade de realização da prova dos fatos afirmados em juízo, a definição de qual dos demandantes está em melhores condições acaba por ser, normalmente, intuitiva, natural, notória e de fácil constatação. Para tanto, basta o magistrado valer-se das regras das máximas de experiência que o caso requer. Assim, a aplicabilidade da teoria no caso concreto deve ser realizada conjuntamente com a norma tradicional de distribuição do ônus da prova, sistematizando-se em duas etapas.

Instaurada a demanda, quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, cada litigante deverá alegar os fatos e produzir a prova dos pressupostos que embasam a sua pretensão em juízo (prova sobre aquilo que alega). Logo, vige a regra tradicional do ônus subjetivo da prova. No ordenamento jurídico brasileiro, ao autor caberá a prova constitutiva do seu direito e ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (sem qualquer inversão), sob pena de, aquele que não o fizer, suportar o risco de sua frustração, com o não acolhimento de seu pleito.

Havendo prova suficiente para a formação da convicção do julgador, é proferida a sentença em conformidade com a prova efetivamente produzida pelas partes. E, existindo um comportamento passivo de qualquer das partes, que meramente deixou de produzir qualquer prova dos fatos que lhe sejam favoráveis, apesar da possibilidade de realizá-la durante a instrução processual, sua pretensão não será acolhida, com base na regra tradicional do ônus da prova.

Mas, se durante a instrução do feito foi possível verificar que a parte inicialmente encarregada do ônus probatório com relação a determinado fato relevante, não se desincumbiu do encargo em razão de manifesta dificuldade ou

impossibilidade probatória e que, a parte adversa possui melhores condições de realizar essa prova, tem início a segunda etapa do procedimento de aplicabilidade da teoria para incidir no caso concreto as “cargas probatórias dinâmicas”, que consiste em flexibilizar o ônus probatório genericamente estipulado, para então dispor que a parte que possui melhores condições probatórias passe a ter o ônus da produção da prova daquele específico fato.

A grande vantagem da teoria das cargas probatórias dinâmicas é evitar que a parte que tenha as melhores condições para produção da prova, por possuir o conhecimento fático e técnico para comprovação da verdade objetiva dos fatos controvertidos, assuma, durante o transcurso da instrução processual, uma atividade passiva e inerte em termos probatórios. Isso não é incomum em determinadas lides submetidas e regidas pelo sistema tradicional do ônus da prova, em que o demandado, designadamente em melhores condições probatórias que o demandante, simples e comodamente, aguarda todo o desfecho probatório de um caso de difícil solução, sem nada contribuir para o esclarecimento da verdade, uma vez que, em princípio, o encargo probatório do fato constitutivo do direito é de incumbência do autor da ação, recaindo sobre esse as consequências da não realização da prova.

Assim, a teoria das cargas probatórias dinâmicas tem o condão de harmonizar um esforço probatório recíproco entre as partes para o esclarecimento da verdade real dos fatos. Sua base está assentada no princípio da solidariedade e da cooperação processual, bem como no contraditório como poder de influência, na igualdade substancial aplicada no âmbito da relação processual, na boa-fé e na lealdade, enfim, no desenvolvimento de um devido e justo processo.

Em um sistema democrático e constitucionalizado, as partes têm o dever processual de colaborar para demonstrar a verdade dos fatos, de cooperar com o órgão jurisdicional para que seja proferida uma sentença justa no caso concreto, influenciando na elaboração dessa decisão. Assim, a teoria está fundamentada também pela boa-fé processual que deve nortear o comportamento das partes durante todo o curso do processo. De igual forma, aproxima os litigantes para uma possível situação de igualdade processual, tornando o embate instaurado equilibrado e o processo justo e equânime, sem a desproporcionalidade de forças

originárias que seriam capazes de culminar em um processo formalmente válido, entretanto, com a produção de uma sentença materialmente injusta.

Quanto ao momento lançado pelo magistrado para o reconhecimento da aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas no caso concreto, é importante mencionar que a melhor solução ventilada é aquela em que o órgão julgador, necessariamente antes do início da fase probatória, ou, excepcionalmente, durante sua realização, dinamize o ônus, evitando a surpresa das partes quando da prolação da sentença. Essa atuação, além da finalidade de evitar qualquer surpresa para as partes com a solução final a ser proferida, implicitamente, tem o condão de convocá-las para adotarem uma conduta processual cooperativa, leal, baseada na boa-fé processual e na busca da verdade objetiva, processualmente atingível para o caso concreto, tornando a esfera ambiental do processo a mais propícia possível para um julgamento justo e equânime.

Em que pesem as posições contrárias, no atual sistema brasileiro, a dinamização deverá ser feita, preferencialmente, no momento da realização do saneamento do feito (artigo 357 do novo Código de Processo Civil), com a convocação das partes para um comportamento probatório ativo e cooperativo que busque a efetivação da melhor justiça diante do caso apresentado, propiciando ampla oportunidade ao novo onerado de se desincumbir de seu encargo probatório. Excepcionalmente, poderá ocorrer após essa fase, mas ainda durante a instrução processual, desde que seja reaberta à parte onerada com a dinamização nova oportunidade de dilação probatória, como oportunidade de se desincumbir de seu novo encargo probatório.

Como a aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas, em termos dogmáticos, tem efeitos de grande repercussão no âmbito do direito material e processual, há necessidade de limites objetivos que tenham como finalidade evitar o uso indiscriminado da solução aventada e impedir qualquer arbitrariedade por parte do órgão julgador. Por consequência, a dinamização do ônus probatório jamais poderá ser aplicada de forma indiscriminada pelo magistrado e sem critério de incidência. Sendo de aplicação restrita, somente em casos de difícil solução probatória, em que uma das partes encontra-se em posição de superioridade em termos fáticos, profissionais ou técnicos para a

produção da prova em detrimento da outra parte que demonstra menores condições para tanto, é que se legitima sua aplicabilidade pelo operador jurídico. Também seu campo de atuação é restrito para aquele caso em que a regra tradicional objetiva da distribuição do ônus da prova provoque uma situação de patente injustiça no caso concreto, diante das suas particularidades.

Ainda como elemento delimitante do uso indiscriminado da teoria, é imprescindível que o órgão julgador expressamente justifique, na decisão de dinamização, fundamentadamente, as razões fáticas e de direito que o levaram a imputar as melhores condições probatórias em desfavor da parte, que eventualmente poderá vir a ser sucumbente, caso o conjunto probatório não demonstre efetivamente a realidade fática, além de indicar claramente o fato probando com relação ao qual está sendo dinamizado o ônus e de garantir ao novo onerado a possibilidade de realização da prova. Afinal, a referida decisão deverá estar sujeita ao contraditório como poder de influência, sendo garantida à parte onerada com o novo encargo a possibilidade probatória de dele se desincumbir.

Diante de tudo o que ficou consignado, é importante mencionar ainda que a teoria das cargas probatórias dinâmicas não se confunde com a teoria da inversão do ônus da prova. É absolutamente necessário afirmar que a teoria das cargas probatórias dinâmicas não é inversão do ônus da prova. Na inversão do ônus da prova, opera-se, abstratamente e por determinação legal, uma presunção em favor da parte beneficiada consistente na veracidade, desobrigando-a do encargo de fazer qualquer prova em relação ao fato presumido ou pressuposto da norma. Dessa forma, incumbe exclusivamente à parte adversária fazer a contraprova para desconsiderar a presunção estabelecida. Já na teoria das cargas probatórias dinâmicas, o encargo de realizar a prova é partilhado entre os litigantes, sendo dinamizada apenas parte da prova com relação à qual, no caso concreto, esteja presente uma hipótese geradora da dinamização.

Toda a estrutura da teoria das cargas probatórias dinâmicas está centralizada na justiça do caso concreto. É a busca constante, portanto, de um processo justo e equitativo. Por consequência, a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra guarida no princípio constitucional do devido processo legal e no direito fundamental ao justo processo. Assim, diante da excepcionalidade do

caso concreto e da injustiça da técnica normativa prevista em lei para a solução do resultado material almejado, o juiz dimensiona o dispositivo legal inadequado de fixação do ônus probando, à luz dos direitos fundamentais, para suprimir ou atenuar sua aplicabilidade, impondo uma nova técnica que garanta às partes a observância da cooperação processual e, conseqüentemente, um justo e devido processo.

O direito fundamental ao processo justo, devido e equitativo, encontra base legal no ordenamento jurídico brasileiro a teor do disposto no artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. Aliado ao direito fundamental de acesso a um processo justo, ainda na seara constitucional, é importante destacar o valor dos direitos fundamentais do contraditório e da igualdade substancial entre as partes como supedâneo de aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas no sistema jurídico brasileiro.

Em termos infraconstitucionais, o novo sistema processual não diverge e também encontra substrato normativo apto a acolher a teoria das cargas probatórias dinâmicas. O artigo 139, inciso I, do novo Código de Processo Civil de 2015 é expresso em determinar que, no desenvolvimento do processo, compete ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. Como já exposto, um dos pilares da teoria das cargas probatórias dinâmicas é justamente a busca pela igualdade substancial entre as partes litigantes.

Da mesma forma, a paridade de tratamento entre as partes também está agora consolidada no artigo 7º, do referido diploma processual, o qual a assegura em relação ao exercício de seus direitos e faculdades processuais e, inclusive, aos ônus. Por conseqüência, o magistrado está autorizado, por força do disposto no artigo 139, inciso VI, do mesmo código, a flexibilizar o procedimento quando necessário, para conferir maior efetividade à tutela do direito, o que pode ser alcançado com a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Ainda é essencial mencionar que o novo Código de Processo Civil brasileiro consagra a cooperação entre os sujeitos do processo (artigo 6º) impondo a todo aquele que de qualquer forma participa do processo a comportar-se de acordo com a boa-fé (artigo 5º). O princípio da comunhão das provas (artigo 371) também é invocado como um amparo para o reconhecimento da teoria eis que, independente de quem a produziu, a prova consta no conjunto processual e

poderá ser utilizada para o proferimento da sentença, favorecendo ou não aquele que foi responsável por sua realização, em típica demonstração da adoção do sistema cooperativo, em sede do processo civil brasileiro.

Não se desconsidere que, dentre os deveres de cooperação do magistrado está o de auxílio e, em sede da dinamização do ônus da prova, o magistrado está auxiliando a parte hipossuficiente a se desincumbir de seu ônus original, garantindo a paridade de armas. Nesse ínterim, os fundamentos que justificam a utilização dos poderes instrutórios pelo magistrado, servem também de justificativa para aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas eis que, em ambos, objetiva-se a descoberta da verdade, propiciando, conseqüentemente, um julgamento mais justo.

Todas essas normas fundamentam a viabilidade da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas no novo sistema processual civil brasileiro, por intermédio de uma posição ativista do magistrado, no âmbito processual.

Frise-se que o anterior regime processual brasileiro em relação ao ônus da prova estava normatizado pela disposição do artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973. O modelo adotado acolhia a teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, enquanto a parte demandada tem o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Apresentava pois, uma regra estática, que nem sempre se mostrava de justa aplicação ao caso concreto.

É certo que os direitos fundamentais à igualdade e à prova constituem princípios subjacentes à origem das regras formuladas a partir do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, orientando sua aplicação em concreto, mediante a atuação do postulado da razoabilidade. Não obstante, o novo Código, além de prever a aplicação da regra estática de distribuição do ônus probatório (artigo 373, *caput*), dispõe também sobre a possibilidade excepcional de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas (art. 373, §1º). Registre-se que a aplicação das regras excepcionais que disciplinam o regime de distribuição do ônus da prova dependerá da aferição, caso a caso, de eventual prejuízo à igualdade entre as partes quanto à imposição de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, isto é, de violação ao direito fundamental à prova.

Do texto do §1º, do artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015 é possível bem dimensionar tais critérios para a aplicação da dinamização do ônus da prova. O registro na legislação, espera-se, possa inibir arbitrariedades e colaborar com maior segurança no trato de tão importante problema do atual processo civil brasileiro, ante a expressa recepção da mencionada teoria. Encerra-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Para a incidência prática da teoria, entretanto, faz-se imprescindível a presença de certos requisitos legais, quais sejam: “impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Em uma interpretação literal do §1º do artigo 373, destaca-se que a norma utilizou-se da partícula disjuntiva “ou” entre os dispositivos legais mencionados. Assim, numa primeira impressão, poder-se-ia sustentar que basta a presença de qualquer um dos requisitos citados para que seja possível a inversão do ônus da prova, isto é, a mera maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário pela parte originariamente desobrigada de tal encargo já seria suficiente para autorizar a dinamização do ônus da prova, independentemente da condição probatória da parte originalmente onerada com a produção de referida prova, ou vice-versa.

Não obstante, como o resultado da dinamização do ônus da prova é fazer presumir provado o fato que sustenta a pretensão da parte beneficiada pela flexibilização, isentando-a de qualquer encargo probatório quando a parte prejudicada não conseguir fazer a contraprova, entende-se que, para a dinamização desse ônus, os requisitos legais devem ser somados. Por conseguinte, além da excessiva dificuldade de cumprir o encargo pela parte originariamente onerada, deve também estar presente, concomitantemente, a maior facilidade de obtenção da prova do fato pela parte contrária, a ser onerada com a dinamização, sob pena de constituírem-se situações de injustiça pois, do contrário, o que se modifica é apenas a transferência dos efeitos da prova diabólica, o que inclusive resta vedado pela norma contida no §2º, do mencionado artigo 373. A mera dificuldade na produção da prova pela parte onerada ou a facilidade probatória da contraparte não podem justificar, por si só, a flexibilização



da regra estática. A medida legal é excepcional e deve ser interpretada restritivamente. Daí porque se entende que os requisitos legais mencionados devem coexistir, no caso concreto, para aplicação da teoria.

A razão para a dinamização da regra do ônus da prova subjetivo é consubstanciada na afirmação de que a regra estática legal é insuficiente para proporcionar decisões justas em determinados casos específicos, motivo pelo qual se exige a modificação do encargo probatório diante do exame do direito substancial específico a ser aplicado no caso concreto.

O fundamento da dinamização, que agora encontra amparo legal expresso, está assentado no fenômeno da constitucionalização do processo civil, que concebe o direito processual como instrumento útil à concretização de direitos, mediante solução de conflitos que representem, na prática, decisões justas e adequadas para o julgamento do caso concreto submetido à apreciação jurisdicional.

Sendo a cooperação uma das pedras de toque, uma das normas fundamentais da nova ordem processual civil, com expressa guarida no artigo 6º do novo Código de Processo Civil brasileiro, ela irradia os seus efeitos sobre todo o sistema, inclusive sobre a instrução da ação. Incumbe, portanto, que todos os sujeitos do processo cooperem entre si, a fim de que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Essa decisão de mérito justa e efetiva almejada pelo novo estatuto processual depende do correto acerto dos fatos discutidos no processo em um ambiente participativo, uma autêntica comunidade de trabalho, formada pelas partes e pelo juiz. Somente pela cooperação e pelo princípio correlato da boa-fé, a solução final da ação, consistente na aplicação da lei a uma determinada situação de fato para resolução de um litígio ou para a afirmação ou promoção de um direito ou um interesse legítimo, alcançará os predicados da justiça e da efetividade. Sempre à luz de procedimentos que definam os passos de sua construção, voltados teleologicamente à garantia de sua eficácia e da lealdade, da igualdade e da participação dos interessados.

Em um sistema de justiça que se pretende democrático, a cooperação concebida no bojo do princípio de todos os princípios, no âmbito do devido processo legal, alfa e ômega de toda a ordem processual, revela-se mais do que

essencial. Sob a ótica da cooperação, o processo, no qual a verdade será apurada e, à luz dela, prestada a tutela jurisdicional - consistente em uma resposta juridicamente fundamentada à pretensão deduzida em juízo -, integra em si os traços essenciais do método de construção conjunta da decisão. O processo ganha ares de um conjunto de atos comunicacionais, dirigidos a uma solução justa e efetiva do caso concreto.

Os fatos deduzidos em juízo são apurados por meio de regras conhecidas, que salvaguardem os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais que levarão a uma informada e correta aplicação da lei, vazada em uma decisão compreensível e fundamentada, na qual se encontrem expostas, de forma esclarecedora, as suas razões.

Na construção da decisão, o juiz tem deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com as partes, exigindo-se dele que dirija os trabalhos de forma democrática, equilibrada e dialogada. A lealdade é a tônica e o padrão de conduta. Mas a cooperação não é uma via de mão única. Assim como dela emanam deveres para o juiz, também assim o é para com as partes, as quais se obrigam, dentre outros aspectos, a colaborar para a identificação das questões de fato e de direito inerentes à solução da demanda.

O artigo 378 do novo Código de Processo Civil dá o norte para a conduta das partes. Sem prejuízo do desejo natural de um resultado exitoso, de almejem um julgamento de mérito que lhes seja favorável, é preciso que as partes também colaborem, no sistema cooperativo de processo, para a demonstração da verdade, atuando de forma honesta, não alterando ou deturpando os fatos ou suas circunstâncias.

Assim, cada parte obriga-se à apresentação e à demonstração de sua verdade. Não uma verdade meramente subjetiva, mas, sim, uma verdade com ares de objetividade, sendo-lhes vedado realizar afirmações cuja mendacidade não ignoram. A obrigação de veracidade que recai sobre as partes coaduna-se com os vetores do novo sistema processual brasileiro, no qual o processo não é somente um meio de pacificação social, mas um meio de pacificação social com justiça.

Faltando a parte com a desejada e exigida veracidade, ou seja, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, sua conduta apresenta um

padrão incompatível com o que dela se espera, sendo passível inclusive de sanção. A transgressão da obrigação de veracidade gera responsabilidade da parte, revelando-se ato atentatório à dignidade da justiça.

Como visto, o novo Código de Processo Civil brasileiro, diferentemente do anterior, prescreve, de modo expresso, diversos princípios que devem orientar na interpretação e aplicação de muitos de seus preceitos em conjugação com os princípios constitucionais. Mas, tais princípios podem, circunstancialmente, entrar em confronto, cabendo ao intérprete ter presente quais os valores que estão por trás de cada norma para, nesse processo de ponderação, constatando que não há como harmonizá-los, descobrir qual, no caso concreto, deve preponderar. Isso é tarefa difícil que não pode ser resolvida sem critério.

O processo civil moderno que implica romper com velhos moldes, sempre se resulta atraente. Mas deve-se atuar com intenso cuidado, pois a aplicação indiscriminada da teoria da dinamização do ônus da prova, em sede de ativismo judicial processual, pode levar a um outro extremo, de decisões parciais, desvaliosas e injustas, que precisamente são aquelas que se pretendem evitar.

Nesse contexto, a ideia básica do princípio da imparcialidade indica que o terceiro que atua na qualidade de autoridade para processar e sentenciar o litígio deve ostentar claramente esse atributo, não se colocando em posição de parte (imparcialidade), já que, em um sistema não inquisitivo, ninguém deve ou pode ser parte e julgador ao mesmo tempo; carecendo de todo e qualquer interesse subjetivo na solução do litígio (imparcialidade em sentido estrito); e podendo atuar sem subordinação hierárquica no que toca às partes (independência). Dentre suas diversas roupagens, a imparcialidade significa, pois, a manifesta falta de interesse que comumente se menciona como vetor a definir a atuação cotidiana do magistrado.

Exatamente por isso, a imparcialidade é o principal argumento utilizado pela doutrina tradicional contra as iniciativas do juiz na produção probatória, defendendo que deve o magistrado conduzir o processo sem qualquer favorecimento a qualquer das partes, o que poderia ocorrer quando do resultado da dinamização do ônus da prova.

Entretanto, não concordamos com essa assertiva, uma vez que, ao aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas, ou mesmo determinar a realização de

alguma prova de ofício, o juiz não tem condições de saber, de antemão, seu resultado e, conseqüentemente, a quem a prova aproveita. Por conseguinte, não se pode afirmar que o aumento do poder instrutório do juiz ou de sua atuação no que diz respeito às modificações do ônus da prova favoreça alguma das partes. Ao contrário, apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam correta e coerentemente aplicadas. Afinal, imparcialidade não se confunde com neutralidade, a qual já não é cabível em um ordenamento processual que prima pela realização de um processo justo e devido.

Diante dessa antinomia, pode-se concluir que o magistrado sempre pode exercer juízo de ponderação entre o valor da imparcialidade e o valor da melhor possibilidade de descoberta da verdade mediante a dinamização do ônus probatório, que denota tendência ao fortalecimento de seus poderes instrutórios. O que se espera da atuação probatória do magistrado é o equilíbrio, não atuando como mero observador, mas também não se convertendo em investigador de fatos, suprimindo a atividade probatória da parte negligente e omissa.

Não há dúvidas de que, diante da tendência de aumento dos poderes probatórios do juiz, a melhor maneira de preservar a sua imparcialidade é submeter sua atividade probatória ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões.

A utilização da hermenêutica perante a questão da contraposição entre o ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e a imparcialidade do julgador, por meio da adoção do modelo processual cooperativo, mostra-se como uma solução adequada.

Afinal, somente uma interpretação sistêmica, teleológica e criativa do ordenamento jurídico, baseada em uma ponderação de valores, na proporcionalidade e razoabilidade, sempre no intuito de se proferir uma decisão mais efetiva, que garanta os princípios fundamentais do processo sob o viés cooperativo e busque a verdade processual possível, poderá garantir a realização dos ditames da justiça e da pacificação social.

O que se propõe é a adoção da teoria da dinamização do ônus da prova, a ser utilizada pelo juiz para promover o reequilíbrio processual, em casos especiais

de desequilíbrio probatório entre os litigantes. Se uma das partes encontra-se em superioridade probatória com relação à outra, certamente, essa relação processual não será isonômica. A igualdade processual deve, assim, ser pautada pelo trabalho do bom magistrado – ativista processual - e com base na cooperação. Em sendo realizada dentro dos limites propostos, a teoria das cargas probatórias dinâmicas não violará a garantia da imparcialidade do julgador. Afinal, agindo como um bom gestor processual, o magistrado irá repartir o encargo probatório, conferindo-lhe à parte que possui melhores condições de cumpri-lo, com o intuito de irrigar o processo com os meios probatórios necessários ao deslinde da questão, sem favorecer, no entanto, qualquer dos litigantes.

Ao longo deste estudo, foram debatidas muitas questões e modestamente sugeridos alguns modos para sua solução. Os pontos debatidos ainda carecem de aprofundamento, mesmo que seja para corroborar as soluções propostas. Muitas outras situações haverão de merecer igual reflexão.

O objetivo desta pesquisa foi lançar novas luzes sobre essa importante temática, tendo como marco teórico o processo cooperativo, entendido como a construção de uma comunidade de trabalho, e baseada em princípios fundamentais como o devido processo legal, contraditório como poder de influência, igualdade processual e boa-fé, de modo a enfatizar a construção de uma decisão que se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos e garanta a realização da justiça.

A discussão ainda será longa, mas se torna importante fortalecê-la até que se alcance uma efetiva maturidade para a adequada utilização do ativismo judicial na dinamização do ônus da prova sem que se viole o princípio da imparcialidade. No fim, é esse o anseio do juiz e das partes no processo. E é essa a esperança que a sociedade deposita no Poder Judiciário para uma solução mais justa e devida dos litígios postos à sua apreciação.

## BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. ***La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico***. Trad. de Josep Aguiló Regla. *Cuadernos de filosofía del derecho*, nº.8. Alicante: Doxa, 1990, pp. 23-38.
- ABBAGNANO, Nicola. ***Dicionário de filosofia***. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ABEL LLUCH, Xavier/ PICÓ I JUNOY, Joan/ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. ***Dirs. La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa***. Congreso UNIJES 6 Barcelona, 2010. Las Rozas: La Ley, 2011.
- ABREU, Karine Vaz de Melo Mattos/ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. ***O ativismo judicial na execução de sentença no contexto da reforma trabalhista***. *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 361-378.
- ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. ***Igualdade e processo civil – perfis conceitual, funcional e estrutural do direito fundamental à isonomia no processo civil do Estado Constitucional***. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2014.
- \_\_\_\_\_. ***A igualdade e os negócios processuais***. *Negócios processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.1.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 193-214.
- \_\_\_\_\_. ***O direito à igualdade no novo código de processo civil***. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 141–174.
- ACOSTA, Daniel Fernando. ***Cargas probatorias dinámicas y proceso penal***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 525-540.
- AFONSO, Orlando. ***Poder jurisdiccional, independência in dependência***. Lisboa: Almedina, 2004.

- AIRASCA, Ivana María. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 125-152.

- AHUALLI, Tânia Mara/ SENA, Jaqueline. **Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 329-350.

- ALEGRE, Juan Carlos. **Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 441-454.

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas Ilícitas em processo civil.** Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **A fase da instrução e os novos meios de prova no código de processo civil de 2013.** *Revista do Ministério Público.* a.34. n.134. 2013, pp. 9-42.

- ALEXI, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático.** *Revista de direito administrativo,* nº.217: I-VI. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set.,1999.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2008.

- ALMEIDA, Vitor Luís de. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado.** *RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro.* Ano.1. n.5. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 2497-2536.

\_\_\_\_\_. **A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração.** *Revista Jurisprudência Mineira.* Ano 65, v.208. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, jan.-mar., 2014, pp. 27-33.

\_\_\_\_\_. **O artigo 489 do novo CPC e o direito à fundamentação das decisões judiciais.** *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito*

*processual brasileiro*. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 314-348.

\_\_\_\_\_. ***A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário***. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

- ALONSO, Carlos Miguel y. ***Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil***. *Boletim da Faculdade de Direito*. v.33. Coimbra: 1957, pp. 161-186.

- ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. ***Mutação constitucional na era do ativismo***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- ALVES, José Carlos Moreira. ***A parte geral do projeto de código civil brasileiro***. São Paulo: Saraiva, 1986.

- ALVIM, Eduardo Arruda, et all. ***Processo constitucional***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- ALVIM, José Manoel Arruda. ***Curso de direito processual***. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. ***Dogmática jurídica e o novo código de processo civil***. repro. n.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1976.

\_\_\_\_\_. ***Manual de direito processual civil***. v.2. 12.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. ***Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova***. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 97-110.

- AMARAL, Guilherme Rizzo. ***Comentários às alterações do novo CPC***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Coord. ***Estado de Direito e ativismo judicial***. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- AMBRÓSIO, Graziella. ***A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho***. São Paulo: LTr, 2015.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. ***A imparcialidade da administração como princípio***. *Boletim da Faculdade de Direito*. v.50. Coimbra: 1974, pp. 219-246.



- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções elementares de processo civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 1956.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Sobre prueba y motivación.** Consideraciones sobre la prueba judicial. TARUFFO, Michele/ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto/ CANDAU PÉREZ, Alfonso, 2.ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 47-96.
- ANDREWS, Neil. **The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements.** Legal Studies Research Paper Series. University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies, feb., 2014.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David/ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 9.ed.; São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil.** 3.ed.; Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ARDITO, Gianvito. **O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 271-286.
- ARIETA, Giovanni/ DE SANTIS, Francesco/ MONTESANO, Luigi. **Corso base di diritto processuale civile.** Pádua: Cedam, 2002.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Edson Bini. 2.ed.; Bauru: EDIPRO, 2007.
- ARMENTA DEU, Teresa. **La prueba ilícita (um estúdio comparado).** 2.ed.; Madri: Marcial Pons, 2011.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Coord. **Enciclopedia jurídica.** v.18. Madrid: La Ley, 2009.

- ASSIS, Carlos Augusto. **O dever de falar a verdade e o processo civil.** *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* v.6. n.32. Porto Alegre: set./out., 2009.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **A criação judicial do direito: da escola da exegese ao ativismo judicial.** *Parahyba Judiciária.* v.7. n.8. João Pessoa: 2012, pp. 489-517.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9.ed.; São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização do ônus da prova no processo civil brasileiro.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2006.
- AZEVEDO, Antônio Danilo Moura. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro.** *ADV-Advocacia Dinâmica-Seleções Jurídicas.* Rio de Janeiro: COAD, mai., 2008.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito pós-moderno e a codificação.** *Revista de direito do consumidor.* n.33. jan./mar., 2000, pp. 123-129.
- BACARIM, Maria Cristina de Almeida/ NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. **Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no processo civil brasileiro.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 477-488.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.
- BARACAT, Edgar J.. **Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba com especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la matéria juzgada.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 267-319.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBERIO, Sérgio José. **Cargas probatorias dinâmicas. Qué debe probar el que no puede probar?** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 99-107.

- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BARROS, Marco Antônio. **Jurisdição e juízo arbitral**. *Revista dos Tribunais*. nº. 738, abr., 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. *Revista Trimestral de Direito Público*. n.29. São Paulo: jan./mar., 2000.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em 05.11.2016.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Reflexões sobre o garantismo processual: será o modelo adversarial a única medida certa para essa doutrina?** *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 429-441.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.
- BAUR, Fritz. **Il Processo e le Correnti Culturali Contemporanee**. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, vol. XXVII.
- BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. **Dilemas da atuação do poder judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Juiz, processo e justiça.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 111-146.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo.** 2.ed.; São Paulo: Malheiros, 2001.

- BENABENTOS, Omar A.. **Teoría general unitária del derecho procesal.** Rosário: Editorial Juris, 2000.

- BENACCHIO, Marcelo/ VIANA, Sávio Ibrahim. **O ativismo judicial e a ordem econômica.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 147-169.

- BENTHAM, Jérémi. **Tratado de las pruebas judiciales.** v.II. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971.

- BENTO, Messias José Caldeira. **Reflectindo sobre o poder dos juízes.** *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso Costa.* Coimbra, 2003.

- BERALDO, Leonardo de Faria. **O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil.** *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 359 – 364.

- BERIZONCE, Roberto O.. **Informe al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal.** Viena: ago., 1999.

- BIAGUÉ, João. **A independência da função jurisdicional frente aos poderes inspectivos exercido pelo Conselho Superior da Magistratura sobre os magistrados judiciais.** Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2002.

- BIANCHI, Giorgio. **La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel codice civile.** Padova: CEDAM, 2009.

- BILESIO, Juliana/ GASPARINI, Marisa. **La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas em los juicios de filiación.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 507-524.

- BLOMEYER, Arwed. **Zivilprozessrecht-Erkennissverfahren.** Berlim: 1985.

- BOBBIO, Norberto. ***Principi generali di diritto. Novissimo digesto italiano.*** v.13. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.
- \_\_\_\_\_. ***Teoria da norma jurídica.*** 4.ed.; Bauru: Edipro, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. ***Curso de direito constitucional.*** 14.ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONNA, Alexandre Pereira. ***Cooperação no processo civil: a paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório.*** *Revista Brasileira de Direito Processual.* v.22, n. 85. Belo Horizonte: jan./mar., 2014, pp. 75-88.
- BORGES, José Souto Maior. ***Contraditório no processo judicial: uma visão dialética.*** São Paulo: Malheiros, 2013.
- BORGES, Ronaldo Souza. ***A convivência entre prova livre e prova legal: o sistema misto de valoração da prova.*** Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2013.
- \_\_\_\_\_. ***O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo: a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do novo CPC.*** *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.* SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 254-291.
- \_\_\_\_\_. ***A prova pela presunção na formação do convencimento judicial.*** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- \_\_\_\_\_. ***O papel do juiz na gestão das provas no processo civil: a busca pelo equilíbrio entre ativismo judicial e judicial self restraint.*** *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça.* BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 169-197.
- BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. ***Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça.*** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- BOSLY, Henry-D. ***L'institution et le statut du juge d'instruction en droit compare.*** *Revue de Droit Pénal et de Criminologie.* a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 827-847.

- BRASIL, Deilton Ribeiro. **Ativismo judicial e direitos fundamentais: leituras em Garapon e Ricoeur**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BRAY, E. **The principles and practice of discovery whit and appendix of forms included surgested forms for skating objections to discovery**. London: Reeves and Turner, 1885.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.1. 2.ed.; São Paulo: Saraiva: 2008.
- \_\_\_\_\_ . **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.2. 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2009.
- BURDEAU, Georges. **L'État**. Éditions du Seuil, 1970.
- BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. v.I. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CABRAL, Antônio do Passo. **O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição**. *Revista de Processo*. n.115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_ . **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. *Revista de Processo*. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_ . **Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal**. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. DIDIER JUNIOR, Fredie/ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Coords. Salvador: Juspodivm, 2008, pp. 99-124.
- \_\_\_\_\_ . **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- CABRAL, Thiago Colnago. **Ativismo judicial na execução penal – será mesmo?!** *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 437-450.
- CACHIMBOMBO, Hermenegildo. **A prova em processo civil**. *RAD: Revista Angolana de Direito*. a.2. n. 3. 2009, pp. 179-184.
- CADEMARTORI, Sérgio Urquhart/ ROSA, Alexandre Moris da/ /BORBA, Isabela Souza de. **O dilema da eficiência na democracia constitucional**. *Ativismo*

*judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 313-327.

- CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil**. v.II. Buenos Aires: 1945.

\_\_\_\_\_. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1955.

- CALHEIROS, Maria Clara. **Verdade, prova e narração**. *Revista do CEJ - Centro de Estudos Jurídicos*. n.10. 2º sem., 2008, pp. 281-296.

- CALVINHO, Gustavo. **Cargas probatórias dinâmicas: exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil**. *Processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. DELFINO, Lúcio, et all. Coords. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 65-78.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. v.1. 25.ed.; São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.31. São Paulo: Dialética.

- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001..

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

\_\_\_\_\_. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC**. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 247-270.

- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2.ed.; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed.; Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O ônus da prova da jurisdição das liberdades. Para uma teoria constitucional da prova**. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v.1. 1.ed. (4.ed. portuguesa); São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CANTWELL, Francisco José Pinochet. **Como se derrotó en Chile cargas probatorias dinámicas – su diferencia con el principio de facilidad dela prueba**. Revista Brasileira de Direito Processual. n.90. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun., 2015.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro / GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPELO, Maria José. **A sentença entre a autoridade e a prova em busca de traços distintivos do caso julgado civil**. Coimbra: Almedina, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPONI, Remo. **Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Accordi Parte e Processo**. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n.11. Milano: Giuffrè, 2008.
- CARBONE, Carlos Alberto. **Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción**. Cargas



*probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 197-228.

- CÁRDENAS, Héctor H.. ***Las cargas procesales dinámicas em la ineficácia concursal***. *Cargas probatorias dinámicas* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 405-417.

- CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês. ***Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil português***. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012.

- CARDOSO, Pedro Fernandes Martins/ FONSECA, Maria Fernanda Soares. ***Teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório***. *FAS@JUS: e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho*. v.6, n. 1. Montes Claros: Fundação Santo Agostinho, 2016, pp. 111-124.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. ***Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada***. *Revista de Processo*. v.81, 1996.

- CARNELUTTI, Francesco. ***Teoria general del derecho***. Trad. Francisco Javier Osset. *Revista de Derecho Privado*. Madrid: 1955.

\_\_\_\_\_. ***Diritto e processo***. Napoli: Morano, 1958.

\_\_\_\_\_. ***Instituições de direito processual civil***. São Paulo: Saraiva, 1965.

\_\_\_\_\_. ***Sistema de direito processual civil***. v.I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. ***Sistema de direito processual civil***. v.II. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_. ***A prova civil: parte geral: O conceito jurídico da prova***. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Leud, 2003.

- CARPES, Artur Thompsen. ***Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais***. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008.

\_\_\_\_\_. ***Ônus dinâmico da prova***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. ***Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo***

- Civil. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 197-209.
- CARVALHO, Caio Augusto Nunes de. **Provas ilícitas no direito brasileiro. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR., Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 159-194.
  - CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 13.ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
  - CARVALHO, Nathália Gonçalves de Macedo. **Introdução ao federal rules of evidence e os pontos de encontro com o Código de Processo Civil de 2015. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 995- 1006.
  - CARVALHO, Newton Teixeira. **O direito de família construído e democratizado pelos tribunais. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça.** BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 247-276.
  - CASANOVA, J. F. Salazar. **Provas ilícitas em processo civil sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares. Direito e Justiça.** v.18. t.1. 2004, pp. 93-130.
  - CASTRO, Arthur Anselmo de. **Direito processual civil declaratório.** v.III. Coimbra, 1982.
  - CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: Fundamentos, interpretação e dinâmica.** São Paulo: Saraiva, 2013.
  - CAVALCANTI, Caio de Oliveira. **Por uma distribuição dinâmica do ônus da prova.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.
  - CAVALLLO, Vincenzo. **La setenza penale.** v.XIV. Napoli: Casa Editrice Dott Eugênio Jovene, 1936.
  - CAVANI, Renzo. **Verosimilitud, probabilidade: da lo mismo? Um diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 941- 959.

- CAVERO, Hugo. ***El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo e bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno.*** *Revista Peruana de Derecho Procesal.* n.14. Lima: Communitas, 2009.
- CHASE, Oscar G. ***A 'excepcionalidade' americana e o direito processual comparado.*** *Revista de processo.* n.110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CHIAVARIO, Mário. ***Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria.*** *Associazione tra gli studiosi del processo penale.* Giuffrè Editore: Milano, 2002.
- CHICO FERNÁNDEZ, Tania. ***La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio em la ley de enjuiciamiento civil.*** *Objeto y carga de la prueba civil.* ABEL LLUCH, Xavier/ PICÓ I JUNOY, Joan. Coords. Barcelona: Bosch, 2007.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha, et all. ***Curso de direito constitucional.*** 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. ***Principios de derecho processual civil.*** v.1. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922.
- \_\_\_\_\_ . ***Principios de derecho procesal civil.*** v.2. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: 1925.
- \_\_\_\_\_ . ***Instituições de direito processual civil.*** v.1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- \_\_\_\_\_ . ***Instituições de direito processual civil.*** v.2. 2.ed.; Trad. Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.
- \_\_\_\_\_ . ***Instituciones de derecho procesal civil.*** v.3. Trad. E. Gomez Orbaneja y Rafael Greco Valleta. Buenos Aires: Ediciones, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. ***Modelos processuais penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória.*** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 187-197.
- CIANCI, Mirna/ QUARTIERI, Rita. ***A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da Fazenda Pública.*** *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 325-337.
- CIATTI, Alessandro. ***Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto.*** Padova: CEDAM, 2002.

- CICCONE, Stefano Maria/ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial?** *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 79-96.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo/ GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13.ed.; São Paulo: Malheiros, 1997.
- CIPRIANI, Franco. **Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità)**. *Rivista di diritto processuale*. s.2.a.50.n.4. Padova: ott./dic., 1995, pp. 969-1004.
- CIRÍACO, Patrícia Karinne de Deus. **O debate sobre a separação dos poderes: uma análise crítica do ativismo judicial**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.
- COLLIN, Jean-Pierre. **Les rapports du juge d'instruction avec le prévenu et la défense**. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*. a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 857-887.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Voce: contraddittorio (principio del)**. Enciclopedia giuridica. v. XXV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)**. *Revista de processo*. n.90. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun., 1998, pp. 95-150.
- \_\_\_\_\_. **Garantías mínimas del proceso justo em los ordenamientos hispano-latinoamericanos**. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. v.6. mai., 2003.
- \_\_\_\_\_. **Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa**. *Revista de processo*. n.116. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul./ago., 2004.
- \_\_\_\_\_. **Etica e técnica del “giusto processo”**. Torino: Giappichelli, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Le prove civili**. 3.ed.; Milanofiori/Assago: UTET, 2010.
- COMOGLIO, Luigi Paolo/ FERRI, Corrado/ TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2.ed.; Bologna: Il Mulino, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONTE, Mario. **Le prove civili**. 2.ed.; Milano: Giuffrè, 2009.

- CORDEIRO, Antônio Menezes. **O sistema lusófono de direito**. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*. ano 70, I/IV. Lisboa: jan./dez., 2010.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito civil**. v.V. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Litigância de má-fé, abuso de direito de ação e culpa “in agendo”**. 2.ed.; Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- COSTA, Liane Teresa Andrade. **A simples e provável verdade processual: contornos, perfil e expressões de uma verdade «possível»**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013.
- COUTO, Camilo José D’Ávila. **Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização – teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2016.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- CRAMER, Ronaldo. **O princípio da boa-fé objetiva no novo CPC**. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 197–211.
- CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 21.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CRISTÓBAL, Rosário Serra. **La libertad ideológica del juez**. Valencia: Tirant to Blanch, 2004.
- CRISTOFARO, Marco de. **La motivación de las decisiones judiciales**. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. n.2, dez., 2014. Disponível em [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar). Acesso em 20.01.2017.

- CRUZ, Guilherme Braga da. **A Revista de Legislação e de Jurisprudência: esboço da sua história.** v.I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Opinião 49 – princípio da primazia do julgamento do mérito.** Disponível em: <http://leonardocarneirodacunha.com.br>. Acesso em 19.01.2017.
- \_\_\_\_\_. **O princípio da eficiência no novo código de processo civil. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 365 –384.
- CUNHA, Maurício Ferreira. **Ônus da prova, dinamicização e novo CPC. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 287-324.
- CURY, Augusto. **Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil.** Curitiba: Juruá, 2015.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3.ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLI'AGNOL JR, Antônio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista dos Tribunais.** v.788. Ano 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun., 2001.
- DAMASKA, Mirjan R.. **The faces of justice and State Authority.** New Haven: Yale University Press, 1986.
- DELFINO, Lúcio. **O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. Direito processual civil: artigos e pareceres.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 29-80.
- DELFINO, Lúcio/ ROSSI, Fernando F.. **Juiz contraditor? Ativismo judicial e garantismo processual.** DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 443-463.
- DELGADO, Mário Luiz/ALVES, Jones Figueiredo. Coords. **Novo código civil: questões controvertidas.** v.5. São Paulo: Método, 2006.
- DELLA MONICA, Giuseppe. **Contributo allo studio della motivazione.** Milano: Cedam, 2002.
- DELL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** Trad. Antônio José Brandão. 5.ed.; Coimbra: Armênio Amado Editor-Sucessor, 1979.

- DENTI, Vittorio. **Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio**. *Rivista di Diritto Processuale*. v. XXIII, 1968.
- DIAS, Jean Carlos. **A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil**. *Revista do Processo*. n. 107. São Paulo: jul./set., 2002, pp. 86-96.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A constitucionalização do novo Código de Processo Civil**. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 59-74.
- DÍAZ CABIALE, José António. **Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez**. Granada: Editorial Comares, 1996.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie, **O princípio da cooperação: uma apresentação**. *Revista de Processo*. v.127. São Paulo: 2005.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: Juspodivm, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. v.1. Salvador: Juspodivm, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 207-217.
- \_\_\_\_\_. **Princípio da cooperação**. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 345–358.
- \_\_\_\_\_, et all. Coord. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- **Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile**. v.XVI. 4.ed.; Torino: UTET, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8.ed.; revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 5.ed.; São Paulo: Malheiros, 2005.

- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9.ed.; São Paulo: Saraiva, 2009.

- DIP, Ricardo. *Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismo antigos. Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 547-553.

- DORIA, Rogéria Dotti. *O direito à prova e a busca da verdade material. Provas: aspectos atuais do direito probatório*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, pp. 323-327.

- DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. t.III. 3.ed.; Paris: Fontemoing, 1927.

- DWORKIN, Ronald. *Natural law revisited*. *University of Florida Law Review*. v.34, 1982.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire [O Império da Lei]*. Harvard University Press. Cambridge: Massachusetts, 1986.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Zavalía, 1970.

\_\_\_\_\_. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Zavalía, 1981.

- EINMAHL, Matthias. *Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen*. *NJW: Neue Juristische Wochenschrift*. München: Beck. jahr.54. heft.19. 2001, pp. 1393-1395.

- EISNER, Isidoro. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

- *Enciclopedia del diritto*. v.XXXVII. Milano: Giuffrè, 1958-c.2000.



- **Enciclopédia giuridica.** v.XXV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989.
- FÁBREGA, Jorge. **Teoría general de la prueba.** 2.ed.; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.
- FACHIN, Tiago. **Ativismo judicial processual.** São Paulo: Empório do Direito, 2016.
- FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Contraditório substancial e fundamentação das decisões no Novo CPC.** Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 261 –299.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. **Da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão. Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão.** Revista da direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 102-171.
- FAURE, Miryam Balestro. **La dinámica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales.** Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 321-365.
- FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti dela dottrina.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. n.3. Milão: Giuffrè, 1958.
- \_\_\_\_\_. **La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggettto del proceso.** La sentenza in Europa – método técnica e stile. Padova: Cedam, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual.** Trad. Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Carlos Roberto Bueno. **Habermas e a democracia deliberativa da teoria à prática: reflexões sobre uma experiência com James Fishkin.** Revista Eletrônica Direito e Política. v.9, n.1. Itajaí: jan./abr., 2014, pp. 234-249.

- FERREIRA, Fernanda Portela. **Intervenção do ônus da prova e o princípio da proteção.** *Revista do Curso de Direito da UNIFACS.* v.15. Porto Alegre: 2005, pp. 189-193.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Curso de processo penal.** v.II. Coimbra: Editora Danúbio Lda., 1956.
- FERREIRA, Willian Santos. **Comentários ao art. 373.** *Breves comentários ao Novo Código de processo Civil.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 18.ed.; São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verità nel diritto.** Bologna: Società editrice il Mulino, 2004.
- \_\_\_\_\_ . **La valoración racional de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de/ REIS, Sérgio Cabral dos. **Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa.** *Revista Trabalhista Direito e Processo.* v.13, n.49. Rio de Janeiro: jan./mar., 2014.
- FLORES, Philippe. **Les procès devant le tribunal d'instance.** *Collection La Justice au Quotidien.* Paris: L'Harmattan, 2004.
- FRANÇA, Adriano Bernardo de. **Separação dos poderes, parlamento e ativismo judicial: análise jurídico-constitucional sobre a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e a atuação do parlamento na realidade brasileira.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013.
- FRANCHIMONT, Michel. **Le statut personnel et institutionnel du juge d'instruction.** *Revue de Droit Pénal et de Criminologie.* a.70. n.8/9/10. aout./sep./oct., 1990, pp. 849-856.
- FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima/ CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo código de processo civil para concursos.** 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2017.

- FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais.** 2.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. **A acção declarativa comum.** reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/ Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_, et all. **Código de processo civil anotado.** v.1. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_, et all. **Código de processo civil anotado.** v.2. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- FREUD, Sigmund. **O Eu e o Id, “Autobiografia” e outros textos. [1923-1925].** Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. **Confronto entre alguns princípios no novo código de processo civil. Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.** SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplan, 2015, pp. 156-183.
- FURNO, Carlo. **Contributo alla teoria della prova legale.** Padova: Cedam, 1940.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 3.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GADAMER, Hans-George. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. 7.ed.; Petrópolis: Vozes, 2005.
- GALINDO, Maíra Coelho Torres. **Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.
- GÁLVEZ, Juan Monroy. **Teoría general del proceso.** Lima: Palestra Editores, 2007.
- GARBERÂI LLOBREGAT, Josê. **Los medios de prueba en la Ley de enjuiciamiento Civil.** Barcelona: Bosch, 2009.
- GARCIA, André Almeida. **Prova civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARCÍA FERNANDÉZ, Manuel. **Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo.** *Revista Española de Derecho del Trabajo.* n.15. Civitas. jul./sep., 1983, pp. 375-412.

- GÁSCON ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba**. 3.ed.; Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GIANNICO, Maricé. **A prova no código civil: natureza jurídica**. Coleção Theotônio Negrão. GOUVÊA, José Roberto F.. Coord. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GIANNINI, Gennaro. **Onere della prova e responsabilità professionale medica**. *Responsabilità Civile e Previdenza*. v.57, n.2. mar./apr., 1992, pp. 177-184.
- GIORDANO, Rosaria. **L'istruzione probatoria nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 2013.
- GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova e a constituição**. *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. **A autonomia das partes e os poderes do juiz: entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 567-606.
- GÓ ES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- GOMES, Enéias Xavier. **Dos elementos subjetivos especiais e sua aferição normativa**. *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 397-406.
- GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 287-302.
- \_\_\_\_\_. **Os deveres instrutórios do juiz no Novo CPC: a necessária busca pela verdade real no processo civil**. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JR., Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 389- 411.

- GOMES, Manuel Tomé Soares. ***Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil***. Revista do CEJ. n.3. Lisboa: 2º sem., 2005, pp. 127-168.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. ***Direito à prova no processo penal***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GONÇALVES, Marco Carvalho. ***Dicionário jurisprudencial de processo civil***. v.V. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- GOUVEIA, Mariana França. ***A prova***. Themis Revista de Direito. Edição especial. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo. ***Derecho Procesal Civil***. Buenos Aires: Ediar, 1992.  
 \_\_\_\_\_ . ***Los hechos y la prueba***. Revista de Derecho Privado y Comunitario. n.13. Prueba – I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1997.  
 \_\_\_\_\_ . ***Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado***. Vol. II. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- GRANDE, Maximiliano García. ***Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad***. Rosario: Editorial Juris, 2005.
- GRANDO, Artur António. ***O princípio da imparcialidade como limite ao exercício do poder discricionário***. Polis: revista de estudos jurídico-políticos. n. 18/21. Lisboa: 2012, pp. 31-55.
- GRAU, Eros Roberto. ***O direito posto e o direito pressuposto***. São Paulo: Malheiros, 1996.  
 \_\_\_\_\_ . ***Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito***. 3.ed.; São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. ***Direito processual civil brasileiro***. v.2, 14.ed.; São Paulo: Saraiva, 2000.  
 \_\_\_\_\_ . ***Os atos de disposição processual: primeiras reflexões***. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. MEDINA, José Miguel Garcia, et all. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.  
 \_\_\_\_\_ . ***Instituições de processo civil***. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.  
 \_\_\_\_\_ . ***Instituições de direito processual civil***. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- GRECO FILHO, Vicente. ***Direito processual civil brasileiro***. v.1. 17.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.
- GREGER, Reinhard. ***Cooperação como princípio processual***. Trad. Ronaldo Kochem. *Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 301 –310.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. ***A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. A marcha do processo***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.  
\_\_\_\_\_. ***O controle jurisdicional de políticas públicas. O controle jurisdicional de políticas públicas***. GRINOVER, Ada Pellegrini/ WATANABE, Kazuo. Coords. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUASTINI, Riccardo. ***Derechos: una contribución analítica. Estudios de teoría constitucional***. Trad. de Andrea Greppi. México: Fontamara, 2001.
- GUEDES, Jefferson Carús. ***Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Ativismo judicial e garantismo processual***. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 351-381.
- GUIMARÃES, Mário. ***O juiz e a função jurisdicional***. Rio de Janeiro: Forense 1958.
- HABERMAS, Jurgen. ***Direito e democracia, entre facticidade e validade***. v.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABSCHEID, Walter J.. ***Memoires publiés par la faculté de droit Genève. Droit Judiciaire privé suisse***. nº. 48. Gêneve: Librairie de l'Université, 1975.  
\_\_\_\_\_. ***A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direcção e instrução do processo: direitos alemão e suíço***. *Scientia Iuridica*. t.41. n. 235/237. jan./jun., 1992, pp. 123-127.
- HAHN, Bernhard. ***Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*** Koeln: Carl Heymanns Verlag, 1983.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. ***O conceito de direito***. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1994.
- HARVEN, Pierre de. ***Mouvements généraux du droit belge contemporain***. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1928.
- HENKE, Albert. ***Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale austriaco***. *Rivista di Diritto Processuale*. n.3. 2003.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova: Teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas**. Curitiba: Juruá, 2010.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2.ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HOYOS, Arturo. **El debido proceso**. Bogotá: Temis.
- IACOBONI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè Editores, 2006.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Trad. Abel D'Azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a. Editores, 1963.
- \_\_\_\_\_ . **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- JOLOWICZ, J.A.. **Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation. On civil procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Jurisprudência no portal do Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br>.
- Jurisprudência no portal do Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.jus.br>.
- Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. <http://www.dgsi.pt>.
- Jurisprudência no portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. <http://www.tjmg.jus.br>.
- Jurisprudência no portal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. <http://www.tjrj.jus.br>.
- Jurisprudência no portal do Tribunal de Justiça de São Paulo. <http://www.tjsp.jus.br>.
- Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. <http://www.cjf.jus.br/juris/trf1>.
- KARAM, Munir. **Ônus da prova: noções fundamentais**. *Revista de Processo*. n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. /mar., 1980.

- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed.; 1ª reimpressão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KNIJINIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOICHEM, Ronaldo. **Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)**. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 311 –344.
- LACERDA, Maria Francisca dos Santos. **Ativismo-cooperativo na produção de provas**. São Paulo: LTr, 2012.
- LACERDA, Maria Francisca dos Santos. **Ativismo-cooperativo na produção de provas**. São Paulo: LTr, 2012.
- LANES, Júlio Cesar Goulart/POZATTI, Fabrício Costa. **O juiz como o único destinatário da prova (?)**. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 91-106.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Judicialização e ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning/ LEAL, Rogério Gesta. Orgs. **Ativismo judicial e déficit democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2012.



- LEGUISAMÓN, Héctor E.. **La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas**. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 109-124.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4.ed.; São Paulo: LTr, 2006.
- LEMOS, Jorge Nuno. **Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas**. *Julgar*. n.3. 2007, pp. 61-86.
- LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco**. Napoli: Morano, 1962.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil**. *Revista de Direito Processual Civil*. n.14. Curitiba: Genesis.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário: direito constitucional**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. v.1. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.
- LEVY, Wilson. **O ativismo judicial, o controle difuso de constitucionalidade e a “resposta correta”**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 615-637.
- LIANO GONZÁLEZ, Fernando Gómez de/ MARTÍN PÉREZ, Agustín Jesús Cruz. **Derecho Procesal Civil**. Gijón: Forum, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile**. Nápoles: Morano, 1962.
- \_\_\_\_\_ . **Do arbítrio à razão – reflexões sobre a motivação da sentença**. *Revista de Processo*. n.29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 1983.
- \_\_\_\_\_ . **Manual de direito processual civil**. v.1. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LLAMAS POMBO, E.. **La responsabilidad civil del medico. Aspectos tradicionales y modernos**. Madrid: Trivium, 1988.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo: Ensaio Sobre a Verdadeira Origem, Alcance**. 4.ed.; Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

- LOMBARDO, L. ***La prova giudiziale (contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo)***. Milão, 1999.
- LOPES, João Batista. ***A prova no direito processual civil***. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. ***Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença***. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 49-58.
- LOPES, José Joaquim Almeida. ***Princípios constitucionais da separação de poderes, da “reserva do juiz” e do estado de direito democrático. Evolução do contencioso tributário aduaneiro***. RDP. ano III, n. 6.
- LOPES, José Antônio Mouraz. ***Garantia judiciária no processo penal: do juiz e da instrução***. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- \_\_\_\_\_. ***A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português***. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. ***Ativismo judicial e o ônus da prova no processo civil***. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo/IASP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. /jun., 2007.
- LOPES JÚNIOR, Aury. ***Direito processual penal***. 12.ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo L.. ***Teoría general de distribución de la carga probatoria***. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. n.13. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1997.
- LOURENÇO, Haroldo. ***Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC***. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. ***Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa e identificação das decisões imotivadas***. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coord. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 114-134.
- MACEDO, Elaine Harzheim/ MACEDO, Fernanda dos Santos. ***O direito processual civil e a pós-modernidade***. *Revista de Processo*. v.37, n.204. São Paulo: fev., 2012, pp. 351-367.

- MACÊDO, Lucas Buril de/ PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. Coleção Eduardo Espínola. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016.
- MACHADO, Daniel Carneiro. **Breves anotações sobre as principais novidades da fase probatória, da sentença e da coisa julgada no CPC de 2015**. Cadernos da EJEJF – Curso jurídico do novo CPC. FIGUEIREDO, Helena Lanna. Org. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016, pp. 101-121.
- MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- MACHADO, Vitor Gonçalves. **A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro**. Revista Portuguesa de Filosofia. t.70. fasc.4. Braga: 2014, pp. 811-832.
- MAIER, Júlio. **Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos**. Tomo I-B. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- MALATESTA, Nicola Flamarino dei. **A lógica das provas em materia criminal**. v.I. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1911.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MANDRIOLI, C. **Diritto processuale civile**. v.II. 15.ed.; Torino: 2003.
- MANILI, Pablo L.. **El activismo em la jurisprudência de la Corte Suprema**. Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales. Tomo I. n. II. QUINTANA, Linares/ FAYT, Carlos S.. Orgs. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 1147-1153.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MARCASSA FILHO, André Luiz. **Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.** *Provas: aspectos atuais do direito probatório.* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, pp. 255-268.

- MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz/MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de processo civil.** v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MARQUES, Cláudia Lima. Coord. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MARQUES, Fernando Cristian. **Ativismo judicial e precedentes judiciais: técnicas do Common Law.** *Cognitio Juris.* a.4. n.10. João Pessoa: 2014, pp. 245-258.

- MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. **Acção declarativa à luz do código revisto.** 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. **Um breve olhar sobre o duplo grau de jurisdição em matéria de facto.** *Cadernos de Direito Privado.* nº. especial 01, dez., 2010, pp. 80-90.

\_\_\_\_\_. **Os poderes da Relação em matéria de presunções judiciais e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes.** *Boletim da Faculdade de Direito.* v. 92, t. II. Coimbra: 2016, pp. 757-825.

- MARQUES, Silvina Pereira. **La carga de la prueba de la culpa profesional médica.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 479-505.

- MATTA, Paulo Saragoça da. **A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença.** *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais.* Coimbra, 2004.

- MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **O ônus da prova na ação penal condenatória: aspectos principiológicos e jurisprudenciais**. São Paulo: Empório do Direito, 2016.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.
- MEDEIROS, Francisco José. **Sentenças (Direito e Processo Civil)**. 2.ed.; ampliada. Lisboa: M. Gomes Editor, 1905.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELENDO, Santiago Sentís. **La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJEA, 1978.
- MELLO, Alessandra Lopes Santana de. **Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. Ativismo judicial e garantismo processual**. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 35-63.
- MELLO, Felipe Viana de. **A flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova: estudo sobre a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica no direito luso-brasileiro**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2013.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Ponderação sobre a motivação das decisões judiciais**. *Revista de processo*. n.111. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. *Revista Diálogos Jurídicos*. v.I, n.5. Salvador: agosto, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3.ed.; rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa, 1961.
- MENDONÇA, Luís Correia de. **Vírus autoritário e processo civil**. *Julgar*. n.01. Coimbra: jan./abr., 2007, pp. 67-98.

- MESQUITA, Miguel. ***A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil: acórdão de 8 de Julho de 2010: [anotação]***. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. a.143. n.3983. Coimbra: 2013, pp. 129-151.
- \_\_\_\_\_. ***Princípio de gestão processual: o "Santo Graal" do novo processo civil***. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. a.145. n.3995. Coimbra: 2015, pp. 78-108.
- MIARELLI, Mayara Marinho/ LIMA, Rogério Montai de. ***Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal***. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.
- MICHELI, Gian Antônio. ***Curso de derecho procesal civil***. v. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1970.
- MIDÓN, Gladis Estigarriba de. ***A propósito del "ônus probandi": La parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo***. Ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires: La Ley.
- MIOTTO, Carolina Cristina. ***Onus probandi: uma breve análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a incidência nos sistemas processuais civis português e brasileiro***. *Scientia Iuridica*. t.63. n.336. Braga: Universidade do Minho, 2014, pp. 507-530.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Proceso penal***. 11.ed.; São Paulo: Atlas, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. ***Comentários ao código de processo civil***. Tomo III. 2.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- \_\_\_\_\_. ***Tratado de direito privado***. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- MIRANDA, Jorge. ***As constituições portuguesas de 1822 ao texto actual da constituição***. 4.ed.; Lisboa: Livraria Petrony Ltda, 1997.
- \_\_\_\_\_. ***Manual de direito constitucional***. Tomo V. 3.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- \_\_\_\_\_. ***Manual de direito constitucional***. Tomo III, 6.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. ***Manual de direito constitucional***. Tomo IV. 5.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui. **Constituição da república portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da república portuguesa anotada**. Tomo I. 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2.ed.; Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.
- MÓL, Ana Lúcia Ribeiro. **O ativismo judicial na justiça do trabalho e a reforma trabalhista**. *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 339-359.
- MONAGHAN, Nicola. **Law of evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MONTELEONE, Girolamo. **Principios e ideologias del proceso civil**. *Proceso e ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidade del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2001.
- \_\_\_\_\_. **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritária**. *Proceso e ideologia: um preacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos*. MONTERO AROCA, Juan. Coord.. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 141-156.
- \_\_\_\_\_. **La prueba en el proceso civil**. 6.ed.; Pamplona: Civitas, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 501-523.

- MONTESANO, Luigi. **Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione.** *La sentenza in Europa – método técnica e stile.* Padova: Cedam, 1988.
- MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15.ed.; São Paulo; Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial.** *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.* SOUSA, Marcelo Rebelo de, et all. Coords. v.1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 121-138.
- MORAIS, Felipe Soares Tavares. **O Ónus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro.** *Revista de Concorrência e Regulação.* a.6. n.23-24. Coimbra: 2015, pp. 359-392.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito.** *Temas de direito processual.* Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- \_\_\_\_\_. **O juiz e a prova.** *Revista de Processo.* v.35. São Paulo: abr./jun., 1984.
- \_\_\_\_\_. **La igualdad de las partes en el proceso civil.** *Temas de direito processual.* Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. **O processo penal norte-americano e sua influência.** *Temas de direito processual.* Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O neoprivatismo no processo civil.** *Leituras complementares de processo civil.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Org.. 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2009, pp. 309-320.
- MOREIRA, Sandra Isabel Cortesão. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012.
- MORELLO, Augusto Mário. **El derecho procesal a la vuelta del nuevo milênio.** *J.A.* nº. 6165, 1999.



- MORELLO, Augusto Mário/ SOSA, Gualberto Lucas/ BERIZONCE, Roberto. **Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación**. Tomo V-A. La Plata-Buenos Aires: Platense-Abeledo-Perrot.
- MORGADO, Pedro Trigo. **Admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Petrony Editora, 2016.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MUÑOZ ARANGUEREN, Arturo. **La influencia de los sesgos cognitivos em las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Uma aproximación**. Indret. *Revista para el análisis del Derecho*, n.1, 2011.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova**. Lisboa: LEX, 2000.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Ética da Magistratura – Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Ativismo judicial, garantismo ou produtividade adequada? Ativismo judicial e garantismo processual**. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 383-394.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10.ed.; revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson/ ABBoud, Georges. **Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém**. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 525-546.
- NERY JÚNIOR, Nelson/ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NETTO, Miranda. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- NEVES, António Castanheira. **Método Jurídico. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** NEVES, António Castanheira. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 301-315.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** São Paulo: Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015.** São Paulo: Método, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil.** 8.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016.
- NEVES, Getúlio Marcos Pereira. **Valoração das provas e livre convicção do juiz.** Relatório de mestrado. Lisboa: 1998.
- NEVES, Rosa Vieira. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal).** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba.** Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais.** 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_, et all. **Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 213–240.
- NUNES, Dierle/ SILVA, Natanael Lud Santos e. **Código de processo civil – Lei nº. 13.105/2015.** 2.ed.; revista e ampliada; Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NUNES, Manuel António do Rosário Nunes. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos.** 2.ed.; Coimbra: Almedina, 2007.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OAKLEY, Hugo Botto. **O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico? Ativismo judicial e garantismo processual**. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 303-312.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do contraditório. Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_ . **Do formalismo no processo civil**. 2.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **O ativismo processual no exercício da prestação jurisdicional. Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça**. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 93-117.
- OLIVEIRA, Ramon Tácio de. **Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos**. Curitiba: Prismas, 2015.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de. Coord. **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PAIVA, George Falcão Coelho. **A distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade prática no processo do trabalho à luz do que consta do projeto do novo CPC**. *Revista da Esma* 13. a.5. n.5. João Pessoa: 2012, pp. 73-84.
- PAOLINELLI, Camila Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões**. Livro

de *Estudos Jurídicos*. v.III. TUBENCHLAK, James/ BUSTAMANTE, Ricardo. Coords. Niterói: IEJ, 1991.

\_\_\_\_\_. **O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? Ativismo judicial e garantismo processual.** DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 607-614.

- PASTOR, Carlos Daniel. **Cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 419-433.

- PATTI, Salvatore. **Libero convincimento e valutazione delle prove.** *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v.40, 1985, pp. 481-519.

\_\_\_\_\_. **Le prove: parte generale.** Milano: Giuffrè, 2010.

- PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais.** Campinas: Servanda, 2012.

- PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação dos poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política.** *As novas faces do ativismo judicial.* FELLET, André Luiz Fernandes/NOVELINO, Marcelo. Orgs. Salvador: Juspodivm, 2011.

- PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Limites ao princípio da cooperação.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012.

- PEREIRA, Fernando Silva. **Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória: uma análise à luz do novo código de processo civil.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. a.10. Porto: 2013, pp. 111-131.

- PEREIRA, José Luciano Castilho. **A questão da distribuição do ônus da prova.** *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*. n.4. 1995, pp. 143-156.

- PEREIRA, Rui Carlos. **A fundamentação das sentenças em processo penal.** *Boletim da Delegação de Santarém da Ordem dos Advogados Portugueses*, nº. 3, jan. /mar., 2003, publicado em [www.oa.pt](http://www.oa.pt).

- PEREIRA, Wison Medeiros. **Judicialização das políticas públicas de saúde.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

- PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- PERO, Maria Thereza Gonçalves. ***A motivação da sentença civil***. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PERULLI, Gianfranco. ***La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici***. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. ***Máximas de experiência no processo civil***. Aracaju: Evocati, 2006.
- PEYRANO, Guillermo F.. ***Una sentencia en la que se patentiza la relación entre la interpretación contractual y la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones asumidas***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 229-263.
- PEYRANO, Jorge Walter. ***Cuestiones de Derecho Procesal***. Buenos Aires: La Ley, 1980.
- \_\_\_\_\_. ***Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 19-24.
- \_\_\_\_\_. ***La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 75-98.
- \_\_\_\_\_. ***De la carga probatoria dinámica emozada a su consagración legislativa***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 169-173.
- PEYRANO, Jorge W./ CHIAPPINI, Julio O. ***Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 13-18.
- PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. ***Cargas probatorias dinámicas***. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- . PEYRANO, Marcos L. ***La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000)***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 179-193.
- PEZZANNI, Titina Maria. ***Il regime convenzionale dele prove***. Milano: Giuffrè, 2009.

- PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milão: Giuffrè, 2006.
- PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba em el processo civil**. Bcelona: Bosch, 1996.
- \_\_\_\_\_. **El derecho procesal entre al garantismo y la eficácia: um debate mal planteado**. *Proceso civil e ideología: um prefacio, uma sentencia, dos cartas i quinze ensayos*. MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- PINA, Rafael de. **Tratado de las pruebas civiles**. 2.ed.; México: Editorial Porrúa, 1975.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Breves reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015**. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 339-353.
- PINTO, Hélio Pinheiro. **A expansão do Supremo Tribunal Federal através da judicialização da política e do ativismo judicial: da aplicação da constituição à assunção de poderes constituintes**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015.
- PINTO, Rui. **A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Urgência procedimental e direito à tutela jurisdicional efectiva no art. 382, nº 1, do código de processo civil**. *Caderno de Direito Privado*. n. 31. jul./set., 2010.
- \_\_\_\_\_. **Código de processo civil e legislação complementar**. Lisboa: AAFDL, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução**. *Colectânea de estudos de processo civil*. PINTO, Rui. Coord. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 69-104.
- PIQUER MARÍ, José Miguel. **La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de D. 22.3)**. Madrid: Edisofer, 2006.
- PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

- 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.*** *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.* KNIJNIK, Danilo. Coord. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. pp. 115-127.
- PORTANOVA, Rui. ***Princípios do processo civil.*** 3.ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PORTO, Guilherme Athayde. ***Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC.*** *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 135-157.
- POSADA, Giovani F. Priori. ***Proceso y constitución.*** Lima: Ara Editores, 2001.
- POUND, Roscoe. ***The spirit of the common law.*** 1906.
- PRADO, Geraldo. ***Sistema acusatório.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. ***O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.*** 4.ed.; Campinas: Millennium, 2008.
- PRATA, Ana. ***Dicionário jurídico.*** v.I. 5.ed. actual. e aument. 8ª reimp. da edição de janeiro/2008; Coimbra: Almedina, 2014.
- QUEIRÓZ, Cristina. ***Interpretação constitucional e poder judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional.*** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMBALDO, Juan Alberto. ***Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico.*** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 25-34.
- RAMOS, Elival da Silva. ***Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos.*** São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Glauco Gumerato. ***Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem.*** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 245-253.
- \_\_\_\_\_. ***Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual.*** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 255-271.

- \_\_\_\_\_. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 273-286.
- RAMOS, José Luis. **O ônus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor.** *Revista Jurídica.* n.22. mar., 1998.
  - RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no processo civil.** 3.ed.; Coimbra: Almedina, 2006.
  - RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** v.I. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
  - RASSAT, Michèle Laure. **Traité de procédure pénale.** Paris: PUF, 2001.
  - RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo judicial: características e regularidades – do voluntarismo à concretização de direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
  - REALE, Miguel. **Verdade e conjectura.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
  - \_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 24.ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.
  - REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos.** *Dialética.* n.93. São Paulo: dez., 2010, pp. 14-23.
  - REICHELDT, Luis Alberto. **Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2002.
  - REIS, José Alberto dos. **Comentário ao Código de Processo Civil.** v.I. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1960.
  - \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil anotado.** v.I. 3.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
  - \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil anotado.** v.III. 3.ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
  - REIS, Maurício Martins/ MELLO, Rafael Corte. **O Novo Código de Processo Civil e as (re)definições tópicas dos fatos independentes de prova e das máximas de experiência.** *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo*



CPC. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 907- 928.

- REIS, Sérgio Cabral dos. **Ativismo judicial, efetividade dos direitos sociais e desenvolvimento da democracia no Brasil.** *Parahyba Judiciária.* v.7. n.8. João Pessoa: 2012, pp. 411-435.

- RIBEIRO, Adolpho José. **As estruturas funcionais públicas e a atuação do poder judiciário: uma análise sobre as origens dos três poderes e os limites da justiça constitucional contemporânea.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2012.

\_\_\_\_\_. **Ativismo judicial vs. judicial self-restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo.** *Cognitio Juris.* a.4. n.10. João Pessoa: 2014, pp. 369-371.

- RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 639-647.

- RIVERA MORALES, Rodrigo. **La prueba: un análisis racional y práctico.** Madrid: Marcial Pons, 2011.

- RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. **A prova no novo código de processo civil – com ênfase na distribuição do seu ônus: análise da flexibilização subjetiva (inversão do ônus da prova) e objetiva (teoria da carga probatória dinâmica) e seus efeitos.** *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.* SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.2. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 165-214.

\_\_\_\_\_. **A convicção do julgador nas ações de responsabilidade civil médica.** Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa: 2015.

- RODRIGUES, Fernando Pereira. **A prova em direito civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Os meios de prova em processo civil.** 2.ed.; rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.

- RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. **Ativismo judicial e proteção de direitos.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 489-500.

- ROMAR, Carla Teresa Martins. ***Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho***. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 1007- 1022.
- ROSENBERG, Leo. ***La carga de la prueba***. 2.ed.; Trad. Ernesto Krotoschin. Colección Ciencia del Proceso. Buenos Aires: Editora Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- ROSS, Alf. ***Direito e justiça***. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- ROSSI, Marco. ***La prova civile: questioni processual***. Milano: Giuffrè, 2009.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. ***O Contrato Social - Princípios do Direito Político***. 2.ed.; Edipro: 2015.
- ROZAS, Luíza Barros. ***Controle jurisdicional de políticas públicas urbanísticas: o direito a moradia no âmbito do poder judiciário***. *Ativismo judicial e garantismo processual*. DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 465-475.
- RUFZA, Beatriz S. ***Las cargas probatorias dinámicas en juicio ejecutivo***. *Cargas probatorias dinámicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 367-403.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes, et all. ***Por um novo paradigma jurídico-decisório no que tange à resolução de conflitos***. *Direitos Fundamentais & Justiça*. v.7, n. 22. Porto Alegre: jan./mar., 2013, pp. 194-210.
- SALLES, Carlos Alberto de. ***Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova***. *A ação civil pública após 25 anos*. MILARÉ, Edis. Org. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 147-159.
- SALMORÁN, Rolando Tomayo. ***Interpretación constitucional: la falácia de la interpretación cualitativa***. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vázquez. Compilador. 3.ed.; México: Fontamara, 2002.
- SAMPAIO, Alex/ TÁVORA, Nestor. ***Princípios constitucionais penais***. Salvador: Juspodivm, 2008.
- SANTANA, Alexandre Ávalo. ***Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do novo CPC***. *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 46-60.

- SANTOS, Álvaro dos. **Ônus da prova no processo do trabalho brasileiro**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 1999.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11.ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS, Igor Raatz dos. **Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**. *Revista de Processo*. v.36. n.192. São Paulo: fev., 2011, pp. 62-73.
- SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **A boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Vitória: 2008.
- SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. **Quis custodiet ipso custodes: ativismo judicial e separação dos poderes no panorama do controle da atividade judicante**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.2. 12.ed.; São Paulo: Saraiva, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.3. 15.ed.; São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.1. 20.ed.; São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Prova judiciária no cível e comercial**. v.1. 4.ed.; São Paulo: Max Limonad, 1970.
- SANTOS, Paula Alexandra Magalhães dos. **Da problemática da prova ilícita no processo civil**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2011.
- SATTA, Salvatore/ PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civile**. 12.ed.; Padova: Cedam, 1996.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. **Provas: direito probatório material**. *Boletim do Ministério da Justiça*. nº.111, 1961.
- SERRA, Carlos Eduardo da Silva. **A livre apreciação da prova no processo penal: uma reflexão sobre seus limites e possibilidades à luz da constituição**. Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2010.

\_\_\_\_\_. **O problema da verdade material e a investigação judicial no âmbito da valoração das provas.** Relatório de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: 2010.

- SICHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho.** 12.ed.; México: Porrúa, 1997.

- SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.** 2.ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

- SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial.** Salvador: Juspodivm, 2007.

- SILVA, Beclaute Oliveira/ ROBERTO, Welton. **O contraditório e suas feições no Novo CPC. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.8.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 241 – 260.

- SILVA, Bruno Campos. **Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 367- 387.

- SILVA, Bruno Freire e/ FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. **Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. Provas: aspectos atuais do direito probatório.** NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Coord. São Paulo: Método, 2009, pp. 65-82.

- SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2015.

- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** v.2. 7.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1982.

- SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal.** v.II. 4.ed.; revisada e actualizada. Lisboa/São Paulo: Editora Verbo, 2008.

- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 19.ed.; São Paulo, Malheiros, 2001.

- SILVA, Juliana de Lima. **Ativismo judicial: a nova face da jurisdição brasileira.** *Revista da Esmat* 13. a.6. v.6. João Pessoa: 2013, pp. 183-196.

- SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. **Convenções de prova em processo civil**. Tese de doutoramento. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. v.1. 7.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 211-246.
- \_\_\_\_\_. **Dinamização do ônus da prova nas ações ambientais**. Curitiba: Juruá, 2016.
- SIMÃO, Carina Susana Vieira. **O ônus da prova na responsabilidade civil médica**. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2010.
- SOARES, Leonardo Oliveira. **Uma exigência de igualdade no NCPC. Coisa julgada, coerência jurisprudencial e o NCPC: ligeiro apontamento**. *Terceiros escritos de direito processual: Agora mesmo (de acordo com o novo Código de Processo Civil brasileiro) Lei 13.015, de 16 de março de 2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, pp. 29-38.
- SOUSA, Fábio Torres de. **O código de processo civil e o ativismo constitucional na defesa do consumidor**. *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça*. BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 277-296.
- SOUSA, Isabella Saldanha de. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de. **O ônus da prova na responsabilidade civil médica: questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (competência, instrução do processo, prova pericial)**. *Revista do CEJ*. n.16. Lisboa: 2º sem., 2011, pp. 37-80.
- \_\_\_\_\_. **A prova por presunção no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2012.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **A livre apreciação da prova em processo civil**. *Scientia Iuridica*. t.XXXIII, 1984, pp. 115-146.
- \_\_\_\_\_. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2.ed.; Lex, 1997.

\_\_\_\_\_. **Aspectos do novo processo civil português.** *Revista de Processo.* n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 1997, pp. 174-184.

\_\_\_\_\_. **As partes, o objecto e a prova na acção declarativa.** 1ª reimp. Lisboa: Lex, 1997.

- SOUSA, Raffaella Cássia de. **A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil.** Curitiba: Crv, 2015.

- SOUSA, Paulo Mendes de. **As proibições de prova no processo penal.** *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais.* PALMA, Maria Fernanda. Coord. Coimbra: Almedina, 2004.

- SOUZA, Eduardo Emanuel Dall'Agnol de. **Os poderes de instrução do juiz e a separação de funções entre o julgador e o acusador no Processo Penal.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2014.

- SOUZA, Gerson Amaro de. **Tiranía do judiciário. Ativismo judicial e garantismo processual.** DIDIER JÚNIOR, Fedie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 219-244.

- SOUZA, Selma Maria Marques de. **A dinamização e a inversão do ônus da prova segundo as relações jurídicas específicas.** Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa: 2014.

- STAMPA, Gonzalo. **Discovery arbitral.** Madrid: Colex, 2011.

- STEIN, Friedrich. **El conocimiento provado del juez.** Trad. André de La Oliva Santos. 2.ed.; Bogotá: Temis, 1988.

- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 7.ed.; Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

- STRECK, Lênio Luiz/ MOTTA, Francisco José Borges. **Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou: colaboração no processo civil é um princípio?** *Revista de Processo.* v.37, n.213. São Paulo: nov., 2012, pp. 13-34.

- STRECK, Lênio Luiz/ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e garantismo na corte interamericana de direitos humanos.** *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JÚNIOR, Fredie, et all. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 395-427.

- TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970.
- \_\_\_\_\_. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.
- \_\_\_\_\_. **Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana**. Pádua: Cedam, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Notas sobre a garantia constitucional da motivação**. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: 1982.
- \_\_\_\_\_. **La prova dei fatti giuridici - nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Funzione della prova: la funzione dimostrativa**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997.
- \_\_\_\_\_. **La prueba de los hechos**. Bologna: Editorial Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa**. *Revista de Processo*. São Paulo: mar., 2006, pp. 239-266.
- \_\_\_\_\_. **La prueba**. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Consideraciones sobre prueba y motivación**. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. TARUFFO, Michele/ ANDRÉS IBÁÑEZ; Perfecto/ CANDAU PÉREZ, Alfonso. 2.ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Processo civil comparado: ensaios – verdade e processo**. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Considerazioni su dubbi e verità**. *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 929- 940.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial – limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.
- TÁVORA, Nestor/ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7.ed.; Salvador: Juspodivm, 2012.

- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** *Revista Direito GV.* v.8, n.1. São Paulo: jan./jun., 2012.
- TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial: gerenciamento das políticas públicas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- TEPSTICH, María Belén. **Cargas probatorias dinámicas.** *Cargas probatorias dinámicas.* PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 153-167.
- TESHEINER, José Maria Rosa. **Sobre o ônus da prova.** *Estudos de Direito processual civil (em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão).* MARINONI, Luiz Guilherme. Coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, verdade e processo.** *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 59-90.
- THAMAY, Rennan Faria Kruger/ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. **Primeiras reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015.** *Direito Probatório. Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Coord. Geral. v.5. 2.ed.; Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 413- 423.
- THAMAY, Rennan Faria Kruger/ RODRIGUES, Rafael Ribeiro. **Fundamentos e princípios do novo código de processo civil.** *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro.* SANTANA, Alexandre Ávalo/ ANDRADE NETO, José de. Coords. v.1. Campo Grande: Contemplar, 2015, pp. 61-78.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** v.I. 50. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Código de processo civil anotado.** 13.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil.** *Constituição e processo: da constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* CATTONI DE OLIVEIRA,



Marcelo Andrade/MACHADO, Felipe Daniel. Coords. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_, *et all.* **Novo CPC fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- TRINDADE, Cláudia. **Prova, justificação e convicção racional: a propósito do conceito de verdade proposicional no processo decisório jurisprudencial.** Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. FERREIRA, Eduardo Paz, *et all.* Orgs. v.3. Palma/Coimbra: Almedina, 2013, pp. 149-185.

- TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil - presunções judiciais e regras da experiência.** Coimbra: Almedina, 2016, e-book.

- TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1987.

- VALLEJOS, Juan Carlos. **Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica.** Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 455-478.

- VARELA, V. Antunes. **A responsabilidade pessoal dos juízes.** *Revista de legislação e jurisprudência*, n.3874. n.3875 e n.3876, pp. 356-359, 9-11 e 34-35.

- VARELA, V. Antunes/ BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e. **Manual de processo civil.** 2.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil. Do antigo ao novo código.** 2.ed.; Coimbra: Almedina, 2002.

- VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento.** *Proceso e ideologia: um preacio, uma sentenciam, dos cartas y quinze ensayos.* MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 227-237.

- \_\_\_\_\_. **Sistema processual: garantia de la libertad.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

\_\_\_\_\_. **O garantismo processual. Ativismo judicial e garantismo processual.** DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. Coords. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 13-34.

\_\_\_\_\_. **Proceso y república. Crítica a las tendencias actuales del derecho procesal.** Lima: Grujley, 2014.

\_\_\_\_\_. **Debido processo versus pruebas de oficio.** Rosário: Juris.

- VERDE, Giovanini. **Prova (diritto processuale civile).** *Enciclopedia del diritto.* v.37. Milano: Giuffrè, 1988.

\_\_\_\_\_. **Apostilla. Proceso e ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quinze ensayos.** MONTERO AROCA, Juan. Coord. Valentia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 167-171.

- VÉSCOVI, Enrique. **Código General del Proceso. Comentado.** Buenos Aires: Ábaco, 1998.

- VIANA, Leilson Soares. **Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais.** Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2010.

- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Ativismo judicial e modo de ser da relação jurídica.** *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça.* BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 119-134.

- VIEIRA, Mônica Silveira. **Ativismo judicial e ações relativas a direitos do consumidor: diretrizes para a atuação jurisdicional.** *Ativismo e processo: novas perspectivas da prestação da justiça.* BORGES, Ronaldo Souza/ALMEIDA, Vitor Luís de. Orgs. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 297-338.

- VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- VILLELA, Alvaro. **A revisão no processo criminal.** Coimbra: 1897.

- VILLEY, Michel. **Réflexions sur la philosophie et le droit: lês carnets.** Paris: PUF, 1995.

- WALTER, Gerhard. **Livre apreciación de la prueba.** Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

- \_\_\_\_\_, *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. *Rivista di Diritto Processuale*. n.3. jul./set., 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Coord. **Curso avançado de processo civil**. v.1.; 6.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
  - WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
  - WASSERMAN, Rudolf. **Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat**. Neuwied: Luchterhand, 1978.
  - WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. *Participação e processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini/ DINAMARCO, Cândido/ WATANABE, Kazuo. Coords. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-135.
  - WHITE, Inés Lépori. **Cargas probatorias dinâmicas**. *Cargas probatorias dinâmicas*. PEYRANO, Jorge W./ WHITE, Inés Lépori. Coords. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 35-73.
  - YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.
  - ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.
  - ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium, 2004.
  - ZIMERMANN, David. **A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – A crise do Magistrado**. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. ZIMERMANN, David/COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Coords. Campinas: Millenium, 2008.
  - ZINNY, Jorge Horacio. **Actividad probatoria**. *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Vol. III. *Diritto Processuale. Processi Civili*. Milano: Giuffrè Editore, 1993.
  - ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.
  - ZUCKERMAN, Adrian. **Civil procedure**. Lexis Nexis, 2003.